

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LIX- NÚMERO 52
2014



THOMSON REUTERS
LA LEY

BUENOS AIRES

Anales 2014 / Gregorio Badeni ... [et al.] ; dirigido por Gregorio Badeni. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2015.
656 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3015-8

1. Derecho. 2. Derecho Constitucional . I. Badeni, Gregorio II. Badeni, Gregorio, dir.
CDD 342

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: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
www.academiadederecho.org.ar

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

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 – 7 de octubre - 2008*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana*
- *Historia 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 52

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 Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 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 Reu-

nión 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.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*
- 15.- *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.- *Consideraciones sobre el nuevo Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *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 INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vicepresidente

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

Secretarios

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Tesorero

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones
Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales
Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán
Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
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. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
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 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 septiembre 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
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Biliboni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h.)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
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. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Bertì	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante
Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho
Acta n° 1 del 7-10-1908

Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
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. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
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. Horacio P. Fargosi
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 Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Segundo V. Linares Quintana
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. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
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. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena

Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
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. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
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

INCORPORACIONES

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde, los miembros de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, me han conferido el alto honor de presentar al Doctor Francisco José Miró Quesada Rada, con motivo de su incorporación como miembro correspondiente de nuestra Corporación por la República del Perú.

Es un privilegio que acepto complacido debido a la merecida distinción que le otorgaron los integrantes de esta Academia por su constante y profunda labor científica en el ámbito de la Ciencia Política y el Derecho Constitucional. Labor desplegada con singular intensidad y apego a los principios éticos en la docencia universitaria y como publicista. A esto se añaden su reconocida capacidad de analista político y su idoneidad republicana en el desempeño de la función pública. Tales cualidades se proyectan sobre una actividad dominante en su vida cotidiana como es la libertad de expresión y la prensa libre. En definitiva, se trata de una personalidad vastamente conocida cuyo merecido prestigio supera los límites del continente americano enalteciendo a los intelectuales libres de su país natal.

El ingreso de un nuevo miembro a nuestra Corporación, al margen del reconocimiento que importa a su trayectoria científica y ética, siempre reviste un contenido positivo impregnado de entusiasmo y júbilo. Implica revitalizar a la Academia mediante la suma de los esfuerzos y la creatividad intelectual que aporta el nuevo académico teñido del pluralismo que caracteriza la labor académica. Cada nuevo miembro que se agrega a la Academia incorpora sus propios valores, su propia formación, sus propios ideales, su propia filosofía, sus experiencias, que contribuyen al enriquecimiento de una obra común.

(*) Discurso de recepción del Académico Correspondiente en la República de Perú doctor Francisco Miró Quesada Rada, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 5 de junio de 2014.

Cabe recordar que las Academias nacionales, por la propia razón de su existencia y la libertad responsable que impera en su actividad científica, constituyen el hito más elevado de la escala cultural de un país. Conforman las entidades más adecuadas y competentes para fomentar la manifestación, el crecimiento y el progreso de las ciencias.

Nuestra Academia no fue forjada para satisfacer anhelos profesionales o sectoriales. Tampoco es un organismo destinado a la promoción individual o social de sus miembros. Su cometido dista de tales metas, por más legítimas que ellas sean. Su objetivo se sintetiza en una finalidad claramente superior y trascendente como es la de cultivar la Ciencia Jurídica a través de los enfoques más variados y en un nivel de máxima excelencia. Es un recinto de investigación seria, de estudios profundos, de colaboración interdisciplinaria e intercambio de ideas creativas, donde la actividad académica se desenvuelve prescindiendo de las presiones sectoriales o políticas y con la finalidad de ofrecer a la sociedad un producto que incremente su conformación cultural.

Bernardo Houssay, Premio Nobel de Medicina, proclamaba que la potencia, la jerarquía y el prestigio de una nación dependen del nivel científico de sus academias. A su vez, Carlos Saavedra Lamas, Premio Nobel de la Paz y ex presidente de nuestra Academia, destacaba la importancia social que presenta la tarea académica, afirmando que las Academias nacionales son usinas de alta producción intelectual.

Con su generoso despliegue de sabiduría, nuestro ex presidente, el académico Segundo V. Linares Quintana, nos enseñaba que la condición primaria y esencial que debe satisfacer el académico reside en poseer una auténtica y firme vocación por la investigación científica, cuya concreción es el objeto principal de sus afanes. Añadía, con razón, que alcanzar el nivel académico comporta el coronamiento de una vocación científica. Honrosa distinción que impone el deber de velar por ella con el mismo amor, dedicación y perseverancia con que lo ha sido hasta ese momento.

En algunas oportunidades, percibimos cierta desconexión entre las Academias nacionales y algunos sectores sociales. Desconexión que es consecuencia de la ignorancia sobre la función social de las Academias, y que trae aparejada la reacción antiacadémica de quienes aspiran a subordinarlas a la mezquindad de sus fines políticos o a masificar a la sociedad endiosando la figura del hombre mediocre descrita por José Ingenieros y que nutre al populismo.

En un mundo donde se procura imponer el hedonismo social sin considerar sus efectos nocivos, desprovisto de horizontes nobles y despojado

de toda metafísica, en el que se mezclan las fábulas falaces y la simple avidez, las Academias nacionales prosiguen rescatando los valores del espíritu que son los fundamentos que sustentan la vida de una nación en la cual imperan la libertad, la dignidad y el progreso.

En tal sentido, y con un enfoque empírico, el académico y ex presidente de nuestra Corporación, Horacio García Belsunce, destaca que para ser académico no es suficiente con la consideración de la sabiduría y los conocimientos. A la dignidad intelectual debe añadirse la dignidad en la vida. El académico debe ser ejemplo de virtud y actuar siempre con señorío. En síntesis, para ser académico, no basta el saber científico si está desprovisto de atributos humanos honorables. Coincidiendo con esta línea de pensamiento, nuestro ex presidente, el académico José Domingo Ray, destaca que las Academias deben exaltar los valores morales en la inclaudicable búsqueda científica del bien común, que nos permite acceder a la virtud y la verdad.

Francisco José Miró Quesada Rada, tanto en su vida pública como en la privada, cumple con tales condiciones y exigencias. Cumplimiento que fue debidamente valorado por los miembros de nuestra Academia cuando decidieron su incorporación a ella.

Nuestro flamante académico concluyó sus estudios de abogacía y obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Mayor de San Marcos. La formación intelectual que obtuvo en su país fue enriquecida con los estudios de Derecho Constitucional y Ciencia Política que cursó en la Universidad de Besanzón, en Francia, y en España en la Universidad Deusto de Bilbao.

Con particular dedicación ejerció y ejerce la docencia universitaria. Su labor en los claustros se caracteriza por la infatigable búsqueda de la excelencia, manteniendo una comunicación directa con sus alumnos y forjando en ellos los instrumentos necesarios para estimular el estudio y el entendimiento, tanto del Derecho Constitucional como de la Ciencia Política.

Su vocación docente se puso de manifiesto cuando se desempeñó como Profesor de Ciencia Política en la Escuela de Oficiales y en la Escuela Superior de Guerra, Profesor de Ciencias Jurídicas y Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En esa prestigiosa Universidad también fue Profesor de Política Internacional, de Historia de las Ideas Políticas, y de Ciencia Política. Profesor de Ciencia Política en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega. Desde 1999 es Profesor de Ciencia Política y Derecho Constitucional en la Universidad Particular San Martín de Porres, así

como también Profesor de Ciencia Política en la Maestría y Doctorado en Ciencia Política y Relaciones Internacionales en la Universidad Ricardo Palma. También es Catedrático de Ciencia Política en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Su compromiso con la docencia universitaria se proyectó hacia su activa participación en el análisis y solución de los problemas universitarios. En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos fue integrante de su Asamblea Universitaria, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política y fundador de la Escuela Académica Profesional de Ciencia Política. Ese compromiso explica su pertenencia a la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y su condición de Past President del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Sección Peruana de la Asociación Iberoamericana de Ciencia Política.

Firme partidario de la autonomía universitaria declaraba, en el seno de la Asamblea Universitaria, que: “Creo en la autonomía universitaria porque si nosotros queremos construir una estructura democrática en nuestras universidades necesariamente tenemos que ser autónomos. Puesto que una democracia significa autogobierno y, por consiguiente, si no tenemos independencia, si no tenemos autonomía como cualquier institución, no podremos desarrollarnos plenamente”.

Desde su más temprana juventud, comenzó a desarrollarse su profunda pasión, su fascinación por la actividad periodística en el diario “El Comercio”, uno de los medios periodísticos más prestigioso de Latinoamérica. Fue fundado el 4 de mayo de 1839 y pertenece a la familia Miró Quesada desde 1875. Como casi la totalidad de los medios de prensa latinoamericanos, en varias oportunidades fue víctima de la intolerancia autoritaria por no alterar su tradicional línea editorial basada sobre la libertad y el pluralismo. Inclusive, en 1974, el régimen autocrático del Perú dispuso la expropiación del diario. Seis años más tarde, el presidente Fernando Belaúnde Terry restituyó el diario a sus legítimos propietarios.

Nuestro académico ejerció diversas funciones en el diario “El Comercio” satisfaciendo plenamente las expectativas puestas en su persona. Desde 1970 fue editorialista, entre 1985 y 1999 Sub Director, entre 1999 y 2008 editor de relaciones comunitarias y, entre los años 2008 y 2013, asumió la dirección del Diario. Actualmente, es miembro del Consejo Consultivo y Coordinador de Relaciones Comerciales de “El Comercio”.

Cabe acotar que, con motivo de una serie de artículos publicados en “El Comercio”, bajo el título de “El Referéndum Encadenado”, en 1997 la Sociedad Interamericana de Prensa le otorgó el Premio “Agustín Edwards

McClure” en la especialidad de opinión. En esos artículos, Miró Quesada Rada se pronunció con firmeza en defensa del referéndum contra la ilegal tercera elección consecutiva del presidente Fujimori. Asiduo asistente a las asambleas y reuniones de la Sociedad Interamericana de Prensa, integra actualmente el Consejo Directivo de tan prestigiosa entidad y tiene a su cargo la presidencia de la Comisión de Premios.

Sus inquietudes políticas y su vocación de servicio a la comunidad peruana determinaron su participación en la vida pública de su país. En 1993 fue elegido Regidor de la Municipalidad de Lima y en 2002 Miembro de la Comisión de Reforma Constitucional que presidiera el ex presidente del Perú Valentín Paniagua. Por otra parte, en el año 2005 fue convocado para desempeñar el cargo de Embajador del Perú en Francia.

La eminente labor desplegada por nuestro académico en la docencia universitaria, en el periodismo y la actividad pública, y como reconocimiento por su infatigable brega en defensa de los valores más preciados para la convivencia armónica, libre y progresista, a lo largo de su vida, quedó plasmada en una serie de distinciones. Entre ellas, podemos citar la Medalla de Honor otorgada en 2007 por la Universidad de la Sorbona, la Medalla de Honor concedida por la Asamblea Nacional de Francia en 2009, la Condecoración con el grado de Caballero de la Orden de la Legión de Honor de Francia en 2011, la Medalla de Honor del Congreso de la República del Perú en 2011 y la Condecoración con el grado de Gran Oficial de la Orden El Sol del Perú que le fue otorgada en 2011 por los servicios prestados a su país natal.

Como publicista se caracteriza por el dominio de los temas que aborda, por su estilo claro y conciso y por la emisión de juicios de conocimiento con particular sensatez y franqueza.

Es autor de numerosos ensayos y artículos publicados en revistas especializadas, así como también en periódicos nacionales y extranjeros, y de más de veinte libros sobre temas de Ciencia Política y Derecho Constitucional. Entre ellos, cabe citar “Ciencia Política Moderna”, “Partidos Políticos: Teoría y Análisis Sistemático”, “Democracia Directa y Derecho Constitucional”, “La Reinvencción de la Democracia” libro homenaje editado por el Congreso de la República del Perú y la tercera edición de su “Introducción a la Ciencia Política”.

Con una visión crítica y una cuota de optimismo realista sobre la crisis política que durante décadas afrontó el Perú, entendía que ella encontraba su origen en varios factores. “El primero de ellos fue la herencia colonial de un estado autoritario. Contradictoriamente, sobre esa base, construimos un modelo constitucional que asumía los principios y valores del

liberalismo contemporáneo, en donde la democracia es consustancial. A pesar de que hubo corrientes y fuerzas democráticas en el país, tenemos en el fondo un estado autoritario, muy distanciado de las demandas populares. Otro factor es el fenómeno del caudillismo, que personifica la política y afecta la institucionalidad de base. Es una herencia del caudillismo militar que tuvo el poder en la época de la Colonia. Si bien existe un caudillo democrático que tiene ideas y propuestas democráticas, el manejo que hace de la política es demasiado individualista y mesiánico, y eso impide la democratización de los partidos políticos, algo que es fundamental. Una de las características fundamentales de la democracia es que la elite política, en la terminología de Pareto, sea más fluida y dinámica para que así se dé una mayor distribución del poder en el aparato de las relaciones políticas”.

Al concluir esta presentación, y en la hora de recibir sus lauros académicos, es justo destacar el mérito que corresponde en el triunfo intelectual del Doctor Miró Quesada Rada a su digna esposa, la señora Ana María Westphalen y a sus hijos Francisco Luis, Doris y Elena, quienes le proporcionaron el clima de amor y serena alegría indispensables para que el éxito corone la tarea científica.

Doctor Miró Quesada Rada, le doy nuestra más cordial bienvenida poniendo en sus manos el diploma que acredita su pertenencia a nuestra Academia y manifestando el deseo que Usted concrete en nuestra Patria iguales o mayores logros intelectuales a los que obtuvo en su querida República del Perú, mediante su continua e infatigable lucha por el derecho, la libertad y la democracia que lo enaltecen. ♦

LA DEMOCRACIA DIRECTA EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS: UN ANÁLISIS COMPARADO

POR FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA (*)

Este trabajo tiene por objetivo exponer cómo se incorporaron las llamadas instituciones de la Democracia Directa en los diversos ordenamientos constitucionales de Latinoamérica.

Se ha dividido en tres partes. Sobre el concepto de la Democracia Directa. Los factores políticos que determinaron que surja en diversas constituciones del subcontinente latinoamericano. Y cuales son las normas en estas constituciones que se refieren a su funcionamiento y regulación.

Sobre el concepto de Democracia Directa

La Democracia Directa es una de las manifestaciones de la democracia como forma de vida y forma de gobierno, la otra es la Democracia Representativa, en consecuencia no son dos democracias distintas y antagónicas, sino componentes estructurales del sistema democrático.

La democracia es una forma política que, como hemos señalado, tiene dos maneras de manifestarse. También cabe resaltar que no hay una democracia directa pura, ni siquiera en los albores de su formación en Atenas, siempre y en todos los casos encontramos, en mayor o menor medida, la combinación de ambas en los sistemas políticos que se rigen y se organizan en un Estado de Derecho.

Lo que está sucediendo es que en los últimos años la democracia directa, denominada también participativa, ha ganado terreno en los espacios políticos y jurídicos de nuestras sociedades, esto se debe a que el ciuda-

(*) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 5 de junio de 2014.

dano ha tomado conciencia de que puede participar más y que esta situación contribuye a su empoderamiento.

En todo caso dentro del amplio espacio de la dinámica y de las reglas del juego político que definimos como democracia, existen un conjunto de instituciones que han sido creadas para que el ciudadano participe lo más directamente posible, o con el mínimo de intermediación, con la finalidad que pueda empoderarse. Tengan también, al lado de las autoridades, la potencialidad de ejercer el poder. Estas instituciones han sido recogidas y luego definidas jurídicamente sobre todo a través del Derecho Constitucional, pero también en leyes especiales.

Son el Referéndum, la iniciativa popular en la formación de las leyes, la remoción de funcionarios, la revocatoria de las autoridades, el rendimiento de cuentas, los cabildos abiertos, las audiencias públicas, los consejos comunales y locales, las asambleas populares y la democracia telemática. No obstante a esta larga relación de instituciones, no podemos olvidar que el voto es un acto directo, universal, personal y secreto.

Pasaremos a definir las más importantes y que están consideradas en la mayoría de las constituciones de nuestros países, obviamos el voto, que aunque directo, es generador de la democracia representativa, su origen, pues las autoridades nacen del sufragio popular, que como toda institución democrática ha pasado por un proceso que va desde su restricción a la vigente universalización.

Cabe resaltar que algunas de estas instituciones son creaciones de la República Romana, como por ejemplo el Referéndum y el Plebiscito. El Referéndum es la consulta de normas al pueblo y decimos normas en general, porque se puede consultar constituciones, proyectos constitucionales, leyes, normas estatales y regionales, ordenanzas municipales, normas de rango administrativo e incluso tratados como se establece en las constituciones ecuatoriana y panameña.

A veces se utiliza como sinónimo el término plebiscito que significa citar a la plebe para consultarle una ley para plebeyos. Pero en las democracias modernas no hay plebe, todos somos ciudadanos. Sin embargo ambos conceptos sirven para diferenciar una forma de consulta de otra, tal como sucede en el Uruguay, que es el país latinoamericano en donde más se han hecho este tipo de consultas desde épocas ya lejanas, porque de acuerdo a su Constitución hay Referéndum cuando se consulta una ley, pero se llama Plebiscito cuando se somete a consulta popular la Constitución. Por lo general, los referéndum nacen por iniciativa popular. El Derecho de iniciativa es tan antiguo como el referéndum. Toda auto-

ridad desde Roma hasta la Edad Media tenía ese derecho, para presentar proyectos de ley. Con el advenimiento de la democracia moderna surgió la iniciativa popular por medio de la cual los ciudadanos pueden solicitar, por ejemplo, les sea consultada una ley, o se revoque a una autoridad, o pueden presentar un proyecto de norma a las autoridades correspondientes.

La iniciativa popular como concepto, queda resumida en esta frase del filósofo alemán Emmanuel Kant: “En la república de las voluntades libres el ciudadano es la vez legislador y súbdito”.

Hemos señalado que la iniciativa popular es el medio, por ejemplo, para solicitar la revocación de autoridades. La revocación, consiste en el derecho que tiene la ciudadanía de retirar el mandato a una autoridad elegida antes de que concluya su período de gobierno.

Uno de los problemas que más se advierte en la vida política latinoamericana es la mala costumbre que tienen las autoridades de no rendir cuentas de su gestión a la ciudadanía que, como se sabe es pan de cada día en las naciones de cultura anglosajona, y se conoce con el nombre de “accountability”, una sana costumbre, por cierto, que contribuye a transparentar la política, costumbre que incluso en la mayoría de nuestras constituciones, salvo la Constitución ecuatoriana (art. 139), no obliga a las autoridades a rendir cuenta.

Con los avances de la electrónica ha surgido la democracia telemática que es el ejercicio de los derechos democráticos por medios electrónicos. Ella tiene tres modalidades: el voto electrónico que funciona, para el caso de América Latina, totalmente en Brasil, Venezuela y Ecuador. El Gobierno electrónico o portal, que son los servicios que por esta vía las instituciones del Estado ofrecen al usuario y finalmente la democracia electrónica, propiamente dicha que es una combinación de interconectividad con interactividad, entre el ciudadano con la autoridad y entre los ciudadanos. Hay muchas experiencias en el mundo, esta es una tendencia que según el politólogo y publicista norteamericano Lawrence Grossman, se va a imponer. Destaco brevemente la importancia de la democracia electrónica porque contribuye a empoderar al ciudadano. Ya se está legislando sobre esta modalidad. Por ejemplo en el Código Electoral francés hay un capítulo para encuadrar normativamente las tres modalidades.

Para el caso de América Latina en Brasil, existe un programa que se llama “Fale com seu Deputado”. Este programa facilita al internauta interactuar con sus representantes.

Los hechos

Como se sabe a partir de los años 80 del siglo pasado la ola democratizadora invadió América Latina. Las diversas dictaduras de aquella época concluyeron. En la mayoría de los casos porque los gobiernos militares dejaron el poder, en otros convocaron a asambleas constituyentes como en Ecuador, el Perú, Brasil y Chile, o se retornó a la Constitución anterior como aconteció en el Uruguay restableciéndose la Constitución presidencialista de 1966. México y Argentina también hicieron lo propio. En cambio Venezuela y Colombia, que no sufrieron golpes de Estado mantuvieron sus constituciones. Sin embargo ellas serían modificadas. En el caso de Venezuela cuando Chávez es elegido Presidente y en el colombiano por decisión del gobierno de aquel entonces. El cambio de la Constitución Colombiana fue ejemplar porque estuvo vinculado al uso de la democracia directa con doble efecto. Primero se convocó un referéndum para consultarle al pueblo si estaba o no a favor de una nueva Constitución y, luego de que el pueblo se pronunció a favor de este cambio, el gobierno convocó a una Asamblea Constituyente, para que hiciera una nueva Constitución, cuyo proyecto Constitucional, fue sometido a Referéndum.

Hay otro caso enigmático cuando Pinochet convocó un Plebiscito, así llamó el dictador chileno a esta consulta, para que el pueblo se pronunciara por su permanencia y lo perdió. Hecho que contribuyó a que se restablezca la democracia en Chile.

Sin embargo a partir de los noventa y durante la presente siglo, tanto la democracia y algunas constituciones serán fuertemente afectados por gobiernos, que si bien sus presidentes fueron elegidos democráticamente, rompieron el orden Constitucional que regía, como sucedió en el Perú con Fujimori quien dio un Coup de Palais (un golpe desde palacio) y posteriormente, luego de una serie de negociaciones, convocó a una Asamblea Constituyente, implantándose la reelección inmediata como un medio para que el dictador permaneciera en el poder. Esta Constitución fue sometida a referéndum y aprobada por un escaso margen. Sin embargo en la vigente Constitución peruana se incorporaron las instituciones de la democracia directa.

En los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, es cierto que sus presidentes no dieron un golpe como sucedió en el Perú, pero poco a poco fueron usurpando facultades a las otros poderes del Estado para ponerlos a su servicio. Igualmente han usurpado gradualmente el poder a la ciudadanía, han establecido la reelección inmediata como en el Ecuador o indefinida como Venezuela y Bolivia, afectando las libertades democráticas y

sobre todo la libertad de prensa. Pero también en sus constituciones se incorporaron todas las instituciones de la democracia directa.

El caso argentino está en este contexto porque, si bien no se cambió la Constitución vigente no cabe duda que el actual gobierno por medio de leyes especiales amenaza la libertad de prensa y otras libertades, tratando de poner a su servicio otros poderes del Estado, sobre todo al poder judicial.

En consecuencia cuando comparamos las constituciones latinoamericanas, desde que se retornó a la democracia, paralelamente a la democracia representativa surgen, en mayor o menor medida, las instituciones de la democracia directa, salvo el caso argentino, uruguayo y mexicano que mantuvieron sus añejas constituciones. Aunque como se sabe la Argentina ha tenido modificaciones parciales. El conocido referéndum uruguayo y la iniciativa popular establecidos durante el gobierno de Batlle Ordoñez a principios del siglo veinte, es un ejemplo a destacar.

Igualmente, la Constitución Argentina incorpora la iniciativa popular para la formación de las leyes y el referéndum legislativo (arts. 39 y 40).

¿Cuál ha sido la razón por la que se incorporaron, según los casos y realidades de cada país, estas instituciones de la democracia directa? A nuestro entender se debió a la tendencia democratizadora surgida en los años ochenta, que rescató la democracia representativa, pero que paralelamente el legislador advirtió la demanda ciudadana por participar directamente. También la vigente Constitución española consultada, por los Constituyentes en los países en donde se elaboraron nuevas constituciones, que norma el referéndum y la iniciativa popular, influyó en esta dirección.

Con las instituciones de la democracia directa sucede lo mismo que con las instituciones de la democracia representativa. Tienen validez democrática en la medida que se ejerzan dentro de un sistema político democrático, en donde todas las libertades están constitucionalmente garantizadas y se regulan por leyes especiales. No es el caso de las autocracias revestidas de formalidades democráticas, porque las libertades políticas y civiles, caso la libertad de prensa, están amenazadas por los caudillos en el poder. Parafraseando a Karl Loewenstein podemos afirmar que en estos casos, esas constituciones son más semánticas que normativas. Puesto que no hay una transparencia en el ejercicio del poder y en las reglas del juego democrático. Los modernos caudillos populistas nacionalistas manipulan las instituciones de la democracia directa, como también manipulan, por diversos medios, a las instituciones de la democracia repre-

sentativa, puesto que no sólo por el hecho de ser normadas y figurar en las constituciones, tienen un valor democrático en sí mismo, ya que el poder de los caudillos se ejerce autoritariamente produciendo una contradicción entre el enunciado normativo y la realidad política.

Una autoridad es democrática no sólo por su origen, sino por su ejercicio. Es este segundo proceder lo que afectó gravemente la democracia en el Perú de Fujimori, la continúa afectando en la Venezuela de Chávez y Maduro, el Ecuador de Correa y la Bolivia de Morales. Aún en casos más extremos, como sucede en Venezuela, prácticamente es una dictadura. Más allá de la ideología que inspiran a estos caudillos que utilizan las instituciones democráticas, sean estos de derecha o de izquierda, la manera como ejercen el poder tiene fuertes rasgos autoritarios. Dado que se produce una usurpación del poder, en donde la democracia es más formal que real, contra ella cabe la insurgencia popular, reconocida en diversas constituciones latinoamericanas, insurgencia para reponer plenamente el orden jurídico democrático.

Es necesario hacer esta precisión, porque las instituciones de la democracia directa, que son democráticas, figuran no sólo en las sociedades con caudillos autoritarios, sino en sistemas totalitarios, Cuba por ejemplo, pues cuando analizamos su Constitución encontramos todos los mecanismos democráticos participativos. Un caso de Constitución semántica radical. Hacemos esta aclaración porque consideramos que el análisis constitucional no debe reducirse sólo a su contenido formal sino que debe ser confrontado con el contexto político en que las constituciones rigen.

La Democracia Directa en la estructura normativa de las Constituciones latinoamericanas

Teniendo en cuenta estos hechos, haremos una rápida revisión de las instituciones de la Democracia Directa en las constituciones latinoamericanas, no sin dejar de resaltar que estas han sido incorporadas en esos textos debido a que los legisladores han recogido las diversas demandas populares relacionadas con la participación ciudadana.

La Constitución Argentina, cuya última reforma es la de 1994, reconoce la iniciativa popular en la formación de las leyes y el referéndum legislativo, en consecuencia los argentinos tienen el derecho para poder presentar proyectos de ley a la Cámara de Diputados. Pero no serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal (art. 39). Es el Congreso que tiene la facultad de someter a consulta popular un

proyecto de ley. Tanto el Congreso como el Presidente pueden convocar a la Consulta Popular, ella no es vinculante y para este caso el voto no es obligatorio (art. 40). Si bien la revocatoria no está en la Constitución, los artículos 87 y 88 de la Ley Orgánica Municipal vigente, establecen que los electores pueden revocar a las autoridades municipales elegidas y de acuerdo al artículo 93, el 10% de ciudadanos en el padrón electoral de un municipio la pueden solicitar. Esto quiere decir que el derecho de revocación es facultativo, queda a criterio de los ciudadanos si accionan o no este mecanismo.

Otro ejemplo, es el de la Constitución peruana de 1993 que en el artículo 31 precisa que los ciudadanos tienen derecho vía referéndum a la reforma total o parcial de la Constitución, iniciativa popular en la formación de leyes, remoción de funcionarios, revocatoria de las autoridades elegidas y rendimiento de cuentas.

En el Perú el referéndum también se puede aplicar para leyes nacionales, normas regionales y municipales y están sujetos a revocatoria los presidentes y consejeros regionales, alcaldes y regidores. Tanto la iniciativa de referéndum como de revocatoria son facultativos, esta modalidad de revocación también se encuentra en la Constitución colombiana.

También encontramos casos como los de Venezuela, Ecuador y Bolivia cuyas constituciones reconocen todas las instituciones de la democracia directa e incluso la revocación alcanza al Presidente de la República y a los congresistas, de lo que se colige que ella puede ser integral cuando abarca a todas las autoridades elegidas o limitada al dirigirse sólo sobre algunas autoridades, como son los casos de Argentina, el Perú Colombia, Costa Rica y Panamá. En Panamá se puede revocar a los diputados y en México la revocación es interautoridades y no ciudadana. En la Constitución panameña, además de la revocación ciudadana, esta facultad la pueden ejercer los partidos políticos. Esta norma coincide con la propuesta que hace Hans Kelsen en su obra "De la esencia y valor de la democracia", cuando se refiere a la revocación señalando que a los partidos políticos "debería atribuirse, por tanto, esta facultad para instar la pérdida del mandato al propio partido político cuyos intereses se ven amenazados por la separación del diputado".

La revocación ha sido ejercida en diversas ocasiones, las más conocidas por su magnitud electoral, fueron las de Chávez y Evo Morales y a menor escala el proceso revocatorio seguido a la Alcaldesa de Lima, Susana Villarán, donde votaron más de 3 millones y medio de electores. Ninguna de estas autoridades fueron revocadas, el pueblo las ratificó en sus cargos.

La Constitución brasileña reconoce el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular (art. 14). Hubo un plebiscito en 1993 para que el pueblo brasileño se pronuncie si quería constituirse en República o en Monarquía, hecho que podría llamar la atención para quienes no saben que en el siglo XIX Brasil fue una Monarquía Imperial.

Igualmente como se ha señalado, ya por tradición la Constitución uruguayana reconoce el referéndum y la iniciativa popular, es el país de América Latina con mayores Consultas Populares. Desde que se inició en 1917 se han realizado 10 consultas populares. No es este por cierto el caso de Paraguay con iniciativa popular y referéndum (art. 120). La Constitución Guaraní indica que no pueden someterse a Consulta Popular: las relaciones internacionales, tratados, convenios o acuerdos internacionales. También no es materia de referéndum las expropiaciones, defensa nacional, limitación de propiedad inmobiliaria, sistemas tributarios, monetarios y bancarios, la contratación de empréstitos, presupuesto general de la nación, elecciones nacionales, departamentales y municipales. Algunas constituciones, como la peruana, le ponen límites al referéndum sobre temas vinculados con los derechos humanos y leyes tributarias. Estos límites sirven para proteger que los derechos humanos no queden expuestos a los cubileteos de la política que siempre se presentan y pueden dañarlos.

Hasta aquí hemos dado un breve repaso de estas instituciones y no todas son iguales, tanto en calidad como en cantidad. Por ejemplo en Chile sólo existe referéndum para la reforma Constitucional y procede en caso de que el Presidente rechazara totalmente el proyecto Constitucional, en cambio no hay iniciativa popular. Si bien en América Latina la mayoría de las instituciones de la democracia directa nacen de una iniciativa popular, en el caso del referéndum, se presenta lo que técnicamente se denomina Referéndum autoritativo, no porque provenga de un dictador sino porque una autoridad democrática puede decidir que una norma se someta a consulta. Una práctica heredada de la Constitución francesa, porque el Presidente de Francia puede decidir someter un proyecto de reforma constitucional o una ley a referéndum, modalidad que se da en Ecuador, Colombia y Bolivia. En estos países esta institución puede ser utilizada por la autoridad y por la ciudadanía. En cambio en la mayoría de nuestras naciones es facultativa, como igualmente lo es la revocación, nace de una iniciativa popular activada por los ciudadanos.

Vemos pues como con estos ejemplos se constata la proliferación de las instituciones de la democracia directa y su reconocimiento constitucional. Demos otros ejemplos. La Constitución de Costa Rica reconoce la consulta popular, que denomina plebiscito, para la creación de nuevas provincias. La Constitución guatemalteca norma la consulta popular, pero no utiliza

los términos referéndum y plebiscito. No hay en Guatemala iniciativa popular en la formación de las leyes pero sí para la reforma constitucional (art. 280).

En Nicaragua la Constitución, en el art.167, establece que al Poder Electoral, entre otras facultades, le corresponde la organización, dirección y vigilancia de elecciones, plebiscito y referéndum, y aunque no están normados en la Constitución, al reconocer que el poder electoral puede convocarlos, se puede interpretar que la Constitución deja abierta esta posibilidad.

Haciendo la precisión que en los estados totalitarios las instituciones de la democracia directa se ejercen dentro de un contexto unilateral del ejercicio del poder, también Cuba las considera en su Constitución.

La autoridad está obligada a rendir cuentas, dice el texto constitucional de la isla caribeña y el pueblo puede revocarlas (art. 68). El referéndum figura en los art. 68 inciso c), arts. 75 y 85. La iniciativa popular es reconocida en el art. 68.

La Constitución de El Salvador, considera el Referéndum en relación a la integración de las repúblicas americanas y en especial del Istmo centroamericano, así como el compromiso de propiciar la reconstrucción total o parcial de la República Centroamérica (art. 89). Se puede advertir que es un referéndum proyectado hacia el futuro, pensando en la tendencia hacia la integración que existe en nuestra región, claro está como un proceso gradual.

Igualmente las decisiones políticas de especial trascendencia, entre ellas reformas constitucionales aprobadas por el Congreso o por una Asamblea Nacional Constituyente, deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos (arts. 173 y 280).

Un caso sui generis es lo que señala la Constitución de Haití, pues a diferencia de las demás constituciones que estimulan y reconocen el referéndum, esta en su art. 284, inc. 3 precisa "Toda consulta popular tendiente a modificar la Constitución por la vía del referéndum está formalmente prohibida".

Los textos constitucionales de la República Dominicana y de Honduras, como las anteriores constituciones mencionadas reconocen los mecanismos directos de participación ciudadana. La Constitución de la República Dominicana indica en su art. 203 que tanto el referéndum, plebiscito y la iniciativa popular se aplican a nivel municipal con la finalidad de forta-

lecer el desarrollo de la democracia y la gestión local. No considera esta Constitución la revocación del mandato.

La Constitución de Honduras reconoce los derechos de participación ciudadana que son el plebiscito y el referéndum. El referéndum es una consulta de normas a la ciudadanía, en cambio el plebiscito se aplica para “asuntos de importancia fundamental en la vida nacional” (arts. 2 y 5). Esta participación está regulada en el decreto-ley 3-2006. De acuerdo a esta norma, la democracia participativa, permite la igualdad de oportunidades de los habitantes, para la adopción, ejecución y evaluación de políticas públicas sin discriminaciones de carácter político, religioso, social, ideológico, de género o de ninguna especie” y señala que son instancias de participación ciudadana: el Foro Nacional de participación ciudadana. Los Consejos de Desarrollo Municipal y Departamental y las Mesas Comunitarias de Participación Ciudadana.

Del análisis comparativo de las constituciones aquí expuestas, estadísticamente queda demostrado que todas las constituciones, salvo la de Haití reconocen el referéndum. Sin embargo, la Constitución de Guatemala, norma la Consulta Popular, pero no la denomina ni referéndum, ni plebiscito. Algunas como los casos de Uruguay, Brasil, El Salvador, Honduras y Costa Rica, utilizan el término plebiscito, pero sólo para situaciones especiales.

Igualmente, salvo el caso de la Constitución Chilena la iniciativa popular campea en nuestras constituciones.

El reconocimiento de la revocación es menor pues sólo en el Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela, Ecuador, Panamá y Cuba tienen rango Constitucional. En Argentina, México y Costa Rica figura en sus correspondientes legislaciones municipales. Lo mismo sucede con la rendición de cuentas que tiene poca presencia en nuestros textos constitucionales y como se ha señalado sólo en Ecuador y Cuba es obligatoria.

En este contexto, entre los avances y retrocesos que, respecto a la democracia existe en nuestro Continente, podemos proyectarnos hacia el futuro con un sentido analítico y crítico, pero en la medida que se use internet, es decir, se vaya consolidando la democracia electrónica y si la tendencia hacia la democratización, para utilizar las palabras de Samuel Huntington, continúa en nuestros países organizados bajo el Estado de Derecho y en aquellos países donde la democracia es agredida por líderes caudillistas de corte populista-nacionalistas, en la medida insistimos, que esta situación cambie la democracia podrá consolidarse. Con el tiempo y debido a los avances de la electronalidad se irán imponiendo el voto electrónico,

los referendos, revocatorias, iniciativas populares, la rendición de cuentas ejercidos por esta vía, así como la interactividad entre los ciudadanos con las autoridades como entre los mismos ciudadanos, e igualmente los servicios electrónicos de los organismos públicos, lo que significa un avance porque sirve al ciudadano para que pueda ejercer sus derechos democráticos y desde luego el Derecho Constitucional tendrá que incorporar esta democracia electrónica dentro del conjunto de los derechos a la participación, definiendo su naturaleza y normando su correcto uso, porque como se ha sostenido para que estas instituciones sean democráticas y haya un equilibrio entre el poder del ciudadano y el de la autoridad, deben ejercerse en el marco del Estado de Derecho, pues de otra manera su ejercicio fuera del orden jurídico las convertirá en un instrumento al servicio de los autócratas de turno.

El problema central que nos plantea una democracia integral, es decir total y no sólo política como proponen coincidentemente Norberto Bobbio y Mario Bunge, es constituir una institucionalidad democrática, la que a partir de lo avanzado a lo largo de la historia de nuestros pueblos, se pueda conseguir que el poder político esté ampliamente distribuido en la sociedad civil, origen y fuente de todo poder legítimo. En este proceso los avances tecnológicos, el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, cumplirán una tarea fundamental.

Parafraseando a Hans Kelsen, quien en su obra antes citada afirma que “el parlamentarismo representa, por tanto un compromiso entre la pretensión democrática y el principio de todo progreso técnico social, de la división diferenciada del trabajo”, podemos decir que la democracia será más directa debido al progreso tecnológico y social, pero sin menoscabo de la democracia representativa, precisamente por el avance de las tecnologías de la comunicación e información, que contribuirán con la formación de nuevas formas de representación. Lo que significa que hacia un futuro inmediato seguirán existiendo, en el contexto de los cambios tecnológicos, políticos, económicos y sociales, espacios para la consolidación de la democracia, tanto en sus dos modalidades de representación y participación. ♦

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

DISPOSICIONES COMUNES A AMBOS REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO EN EL PROYECTO DE REFORMAS

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

I. Introducción

El Proyecto admite dos regímenes patrimoniales del matrimonio, por uno de los cuales los cónyuges pueden optar.

De acuerdo con el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial, entre las convenciones matrimoniales admitidas, el Proyecto enumera en el inciso d) del artículo 446 a la opción que hagan los esposos por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código, que son el de comunidad de ganancias, y el de separación de bienes. No obstante, el ejercicio de dicha opción no es, estrictamente, por alguno de los regímenes patrimoniales, como dispone dicha norma, sino únicamente por el régimen de separación de bienes, ya que en el supuesto de no haberse hecho la opción por dicho régimen, “los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias...” (art. 463 del Proyecto). Para encontrarse incurso en el cual, no debe efectuarse opción alguna (1).

Todas las convenciones matrimoniales, inclusive la referida al régimen patrimonial del matrimonio, deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo produce efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Y para que la opción ejercida por el régimen de separación de bienes produzca efectos respecto de terceros, debe ser anotada al margen del acta de matrimonio

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 24 de abril de 2014.

(1) Conf. ROVEDA, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en AA.VV., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, 2012, p. 356, nro. 5.

(art. 448). Adviértase que si bien la anotación al margen del acta no se puede hacer, como es obvio, hasta que el matrimonio se celebre, la norma requiere que la opción por el régimen de separación de bienes sea practicada antes de la celebración del matrimonio; naturalmente que lo mismo sería si la escritura fuera otorgada en el momento mismo de la celebración, situación a la que se hace mención en los Fundamentos del Proyecto.

Cabe señalar que no siempre los futuros cónyuges pueden efectuar la opción por el régimen de separación de los bienes conyugales, ya que de acuerdo con el artículo 450, las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden... ejercer la opción prevista en el artículo 446, inciso d). Por otra parte, el régimen patrimonial aplicable —cualquiera sea— puede ser modificado cuantas veces quieran por convención de los esposos, pudiendo dicha modificación ser practicada sólo luego de transcurrido un año o más de aplicación del régimen patrimonial convencional o legal, lo que debe hacerse por escritura pública, que —al igual que la convención matrimonial de opción por el régimen de separación de bienes—, para que produzca efectos respecto de terceros, debe ser inscrita marginalmente en el acta de matrimonio (art. 449).

II. Disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales

El proyecto contempla disposiciones que son comunes a ambos regímenes patrimoniales.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en la sección 3ª del capítulo 1º del Régimen Patrimonial del Matrimonio, en el proyecto se establecen ciertas disposiciones comunes a los dos regímenes de bienes, las que son inderogables por convención de los cónyuges.

Dicha sección 3ª se ocupa del deber de contribución de los esposos a su sostenimiento, así como el del hogar y de los hijos; de la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables, por medio del asentimiento que deben prestar los mismos para la realización de ciertos actos, así como a su eventual inejecutabilidad; del mandato entre los esposos; de su responsabilidad solidaria por ciertas obligaciones; y de los actos de administración y disposición a título oneroso de ciertos bienes muebles no registrables de propiedad de los cónyuges.

Dichas normas son conocidas bajo el nombre de “régimen primario”, existen en otros países, y se encuentran destinadas a la protección de los

intereses familiares comprometidos. Son, según se ha dicho, demostrativas de la solidaridad familiar (2).

III. Deber de contribución

Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, así como el del hogar y el de los hijos.

De acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 455 del Proyecto, cuya fuente es el Proyecto de 1998, los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, extendiéndose esa obligación a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

a) Alcance del deber de sostenimiento

El deber de sostenimiento no comprende únicamente lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, así como también para la asistencia médica —incluyendo gastos tanto de carácter ordinario como extraordinario—, sino que abarca asimismo otros rubros tales como, por ejemplo y entre otros, lo necesario para las necesidades culturales en general, así como para el descanso y el esparcimiento, además de la educación (3) (3).

b) La obligación entre los esposos

Con relación al deber de sostenimiento entre los esposos, ambos se deben alimentos, sea el varón a la mujer, o ésta a aquél, lo cual no sólo es así mientras conviven, sino también tanto en el caso de la separación de hecho, como en el supuesto de haberse decretado el divorcio, conforme resulta del artículo 432 del Proyecto. Basta con que durante el matrimonio uno de los esposos tenga una necesidad alimentaria, para que el otro se encuentre obligado a acudir en su ayuda (4), habiendo afirmado al res-

(2) MEDINA, Graciela, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, en AA.VV., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, cit., p. 303, nro. 14.2.

(3) Conf., al analizar el Código Civil, MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Tratado de Derecho de Familia*, t. 2, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, ps. 65 y ss., parágr. 241; BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, t. 1, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, ps. 389 y ss., parágr. 175.

(4) López del Carril afirma, sin embargo, que la obligación alimentaria recae en mayor extensión e intensidad sobre el marido, quien, a su juicio, se halla colocado dentro

pecto, entre otros, Fanzolato, que resultaría incoherente exigir al cónyuge que solicita ayuda alimentaria, la prueba de la necesidad y de la impotencia para cubrir sus requerimientos (5).

Señalamos, asimismo, que el precitado artículo 455 explicita que el deber alimentario entre los cónyuges debe ser cumplido en proporción a los recursos de cada uno de los esposos. Lo que actualmente así ha sido admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, no obstante que el actual artículo 198 del Código Civil nada dispone sobre la proporción en que cada uno de los esposos debe contribuir al respecto.

c) El deber de sostenimiento con respecto a los hijos

Cabe en primer lugar señalar que la obligación que consagra el artículo 455 del Proyecto en cuanto a los hijos comunes, lo es sea o no que convivan con ellos, ya que dicha norma no distingue (6). En cambio, para que la obligación se extienda a los hijos menores de edad, o con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los esposos, los hijos deben convivir con los obligados; de no ser esto último así, la obligación pesa únicamente sobre quienes sean los padres del menor.

El deber que consagra el artículo 455 se extiende, en principio, hasta los veintiún años de edad de los hijos —o sea, más allá de la mayoría de edad—, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo (art. 658 del Proyecto). No obstante, según el artículo 663 del Proyecto, la obligación

de las condiciones establecidas en el art. 370 del Código Civil, que establece que el pariente que pida alimentos debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido a tal estado (LÓPEZ DEL CARRIL, *Régimen del Matrimonio*, Buenos Aires, 1989, p. 150, nro. 138).

(5) FANZOLATO, Eduardo Ignacio, “Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio”, Buenos Aires, 1993, p. 8, nro. 3. Conf. VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Matrimonio civil. Ley 23.515”, Buenos Aires, 1991, ps. 262 y ss. En contra, GROSMAN, Cecilia P. - MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Alimentos entre cónyuges. Ley 23.515 (Incumplimiento del deber de cohabitación. Separación de hecho)”, LA LEY, 1989-A, ps. 916 y 917; CNCiv., sala D, ED, 148-714. En el proyecto que elaboró la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobado por esa Cámara en el mes de noviembre de 1993, se propuso agregar como artículo 198 bis, una norma que establecía que “si durante la convivencia, uno de los esposos requiriese judicialmente alimentos al otro, deberá probar la falta de medios propios y el incumplimiento por parte de su cónyuge”.

(6) Conf. MEDINA, Graciela, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, La Ley, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, nro. 10, noviembre de 2012, p. 17, nro. 12.

de los progenitores subsiste hasta los veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente, siendo también la fuente de esta disposición el Proyecto de 1998.

De la redacción del artículo 455 parecería entenderse que con relación a los hijos de uno solo de los cónyuges, la obligación de sostenimiento se extiende únicamente hasta la mayoría de edad —interpretación que no parece razonable—, salvo en el supuesto de hijos con capacidad restringida o con discapacidad, en que no se establece límite alguno al respecto.

Cabe por otra parte observar que dicha norma omite contemplar el supuesto del hijo cuya incapacidad haya sido judicialmente declarada, que es aquel que siendo mayor de trece años, por causa de una incapacidad mental se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, parte 2ª, del Proyecto); no obstante, no dudamos que la obligación de sostenimiento también alcanza al hijo judicialmente declarado incapaz, por cuanto no existe razón alguna para efectuar una distinción (7).

Graciela Medina afirma que el hogar con el que deben contribuir los esposos puede ser el normal o el transitorio (por razones de estudio o de enfermedad), y señala que el mismo es la sede de la familia, que puede ser en una vivienda propia o no, pudiendo no tratarse de un inmueble, como ocurriría en el caso de que la familia viviera en un circo ambulante o en una caravana (8).

IV. Disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables

Para efectuar esos actos, se requiere el asentimiento del otro cónyuge.

De conformidad a lo establecido en la primera parte del artículo 456, ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables

(7) Se puede decretar la capacidad restringida, en cambio, de la persona mayor de trece años de edad que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que (el juez) estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (art. 32, parte 1ª).

(8) MEDINA, Graciela, "Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil", ED 184-1300. Véase, de la misma autora, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", cit., p. 17, nro. 12.1.

de ésta, ni transportarlos fuera de ella, siendo su fundamento la protección del interés familiar (9) (9). El artículo 456 es similar al establecido para los convivientes que viven en unión convivencial, según resulta de la primera parte del artículo 522 del Proyecto, aunque esta norma requiere que la unión haya sido inscripta. Cabe señalar que el asentimiento debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457).

Graciela Medina afirma que una de las cuestiones de mayor trascendencia en todo matrimonio es la relativa a la vivienda habitual de la familia como base física del hogar, así como de los muebles de uso ordinario de la familia, que constituyen elementos esenciales para la satisfacción de sus necesidades más elementales; y ello, agrega, con independencia de que su titularidad le corresponda a uno de ellos o a un tercero, lo que lleva al legislador a dictar reglas imperativas al respecto, cualquiera sea el régimen patrimonial de los cónyuges (10).

El precitado artículo 456 no se refiere únicamente a la disposición sobre la vivienda familiar, sino de los derechos sobre la misma, que es un término más amplio (11), encontrándose comprendida la disposición sobre bienes que si bien pueden no estar inscriptos en el respectivo Registro a nombre de los esposos, ni ser de propiedad de éstos, los cónyuges pueden tener un determinado derecho sobre ellos, como puede ser el derecho a escriturar un bien inmueble, o un derecho a ocupar el bien con motivo de un contrato de arrendamiento. Asimismo, entendemos que también se encuentran comprendidos derechos tales como el de usufructo o de comodato, u otros como el de uso o habitación (12).

(9) O, como señala Bossert, de “los intereses individuales no patrimoniales de los miembros de la familia” (BOSSERT, Gustavo A., “Protección del hogar familiar y conflicto conyugal”, LA LEY, 1982-B, 717, apart. V).

(10) MEDINA, Graciela, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, cit., p. 21, nro. 14.

(11) Conf. CAPPARELLI, Julio César, “Protección de la vivienda familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, nro. 10, noviembre 2012, p. 28, nro. 2.a.

(12) Graciela Medina afirma que la fórmula disponer de los derechos sobre la vivienda común “tiende a englobar todos los derechos reales y personales, de modo que quedan comprendidas la venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o que impliquen desmembramiento del dominio, como también la locación, y la disposición de la locación de la que el cónyuge es titular” (MEDINA, Graciela, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, cit., p. 304, nro. 14.2. Véase, de la misma autora, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, cit., p. 23, nro. 14.4. Asimismo, véase ROVEDA, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, cit., p. 358, nro. 6.2.1;

La norma no hace distinción sobre si se trata o no de un inmueble —puesto que la vivienda puede estar constituida en un bien mueble, como puede ser, por ejemplo, un barco o una casa rodante (13)—, ni si la misma es de carácter propio o ganancial.

Como puede advertirse, la disposición proyectada amplía la protección del esposo no titular del bien contenida en el artículo 1277 del Código Civil no sólo al incorporar a los bienes muebles indispensables a la vivienda, sino también al suprimir la necesidad —en el caso de ser el inmueble propio del esposo que quiere disponer del mismo— de que en el inmueble hubiere hijos menores o incapaces.

Y en cuanto a los bienes muebles a los que se refiere el artículo 456, se trata de los muebles indispensables del hogar que se requieren para el desarrollo de la vida conyugal y con los hijos, si los hubiera (14).

La voluntad del esposo no titular del bien sólo constituye un asentimiento, y no, en cambio, un consentimiento para el acto.

La voluntad del esposo no titular del bien no se encuentra dirigido a consentir el acto, sino a asentir lo actuado por su cónyuge, lo que es distinto. En efecto, el único consentimiento que se requiere para disponer o gravar el inmueble de que se trata, es el del esposo administrador, titular del bien, que es el único que puede disponer del mismo y que, en consecuencia, pasará a ser deudor y/o acreedor de las obligaciones que resulten del acto jurídico a practicar, además de que percibirá el precio y tendrá derecho a disponer del mismo (15).

LEVY, Lea M. - BACIGALUPO de GIRARD, María, “La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil”, en Derecho de Familia, Revista *Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 57, de noviembre de 2012, p. 206, II).

(13) Véase en igual sentido, entre otros, CAPPARELLI, Julio César, *Protección de la vivienda familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 28, nro. 2.b).

(14) Capparelli señala que para la determinación de cuáles son los bienes muebles a que se refiere el artículo, habría que aplicar el criterio adoptado por la jurisprudencia en cuanto a los bienes que se hallan en la vivienda que pueden o no ser embargados. Y agrega que quedarían fuera de la restricción las obras de arte, la biblioteca personal de uno de los cónyuges, un instrumento musical de uno de ellos y otros bienes de uso exclusivo que no tienen un destino común (CAPPARELLI, Julio César, *Protección de la vivienda familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 28, nro. 2.b).

(15) Conf. CNCiv., sala A, LA LEY, 1990-C, 539, con nota aprobatoria de ANDORNO, Luis O., “Alcance de la responsabilidad del cónyuge que asiente. Consecuencias jurídicas de los contratos a título gratuito. Procedencia del daño moral en el ámbito contrac-

Al tratarse de un asentimiento, no interesa que el esposo que deba prestarlo se encuentre o no inhibido para disponer de sus bienes inmuebles, ni que alguna otra medida cautelar de cualquier naturaleza pudiera impedirle efectuar actos de disposición de los mismos, ya que el bien a disponer no le pertenece a él, sino al esposo a cuyo nombre se encuentra inscripto en el pertinente Registro (16).

El asentimiento no constituye, por tanto, un acto de codisposición (17), pues quien dispone es el cónyuge titular del bien, limitándolo-

tual”; C. Nac. Civ., sala A, La Ley 149-557, 29.796-S; ídem, sala C, LA LEY, 1983-B, 629; ídem, sala E, LA LEY, 1980-D, 99; ídem, sala F, LA LEY, 1982-C, 8, con nota de BOSSERT, Gustavo, “Sobre la autorización judicial al acto de disposición de un cónyuge”; AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, 2002, ps. 138 y SS., pto. b, y “Los contratos celebrados por uno de los cónyuges y el asentimiento del artículo 1277 del Código Civil”, en *Derecho de Familia*, Revista *Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 42, marzo/abril de 2009, p. 2, pto. II; MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 256, parágr. 341.a; VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil y el fraude”, LA LEY, 1998-B, 864; GAMES, Luis María, “El artículo 1277 del Código Civil reformado por ley 17.711 y la transformación y fusión de sociedades de personas”, La Ley 134-1156; BLAQUIER, Rodolfo, “Dos inquietudes acerca de la transformación de sociedades comerciales en particular y de personas jurídicas de carácter privado en general”, ED 122-920, apart. 1.1.1.

(16) Conf. FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, Buenos Aires, 2004, p. 97; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 109, parágr. 371; VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., ps. 339 y ss., parágr. 290; PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires, 2006, p. 806, nro. 596; AZPIRI, Jorge O., *Régimen de Bienes en el Matrimonio*, cit., p. 139, b; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, t. I, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 312, nro. 389; MEDINA, Graciela, *Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil*, cit., p. 1307, apart. h; SOLARI, Néstor E., “Consecuencias por la falta de asentimiento conyugal (Artículo 1277 del Código Civil)”, LA LEY 2005-C-1075 y ss.; CAFFERATA, José Ignacio, “Las cargas de la sociedad conyugal. Libro en Homenaje a María Josefa Méndez Costa”, Santa Fe, 1991, p. 233, nro. 4; TRUJILLO, Juan Carlos, “Asentimiento conyugal”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigida por Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, t. I, Buenos Aires, 1991, ps. 411 y ss., nro. 5. Conf., asimismo, C. Apela. Bahía Blanca, LA LEY, 1978-D-477; C. Familia y Suc. Tucumán, ED 95-658.

(17) Conf., entre muchos otros, MOISSET de ESPANÉS, Luis, “El artículo 1277 (consentimiento conyugal) y el conflicto de leyes en el tiempo”, LA LEY 1979-B-1042, pto. IV; CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, ED 63-479; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de familia*, t. 1, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, p. 613, parágr. 491; PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 806, nro. 596; MEDINA, Graciela, “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, cit., p. 1307, apart. h; TRUJILLO, Juan Carlos, “Asentimiento conyugal”, p. 412; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial”, Santa Fe, 2004, p. 192; DE AMBROSI, Eduardo Alberto, “Algunas conside-

se el otro esposo, como acabamos de señalar, a prestar su asentimiento al acto, el cual constituye una condición para su validez, pues integra el negocio (18).

Lo expresado hace que el esposo no titular del bien no asuma responsabilidad respecto del otro contratante, no puede ser demandado por incumplimiento (19), no responde por evicción (20), ni por el pago de los gastos que origine el acto, ni debe requerirse certificado de inhibición por él para la transferencia de un inmueble (21). Lo que es así por cuanto el esposo que presta el asentimiento no es parte en el acto jurídico para el cual dicha manifestación de voluntad es requerida, por lo que no le alcanzan sus efectos, ni asume responsabilidad alguna con motivo de su celebración (22).

raciones sobre el artículo 1277 del Código Civil”, La Ley 144-1058; VENINI, Juan Carlos, “Falta de asentimiento conyugal. Efectos”, JA, 1978-I-720; LLOVERAS, Nora, “Gestión de los bienes de los esposos en la sociedad conyugal”, JA 1986-II-884, pto. 1. Se ha resuelto al respecto que “aun cuando el texto del artículo 1277 del Código Civil alude al consentimiento de ambos cónyuges, cuadra advertir que no se trata de un acto de codisposición, pues quien dispone —y no parece ocioso destacar que la limitación apuntada no importa derogar el principio general— es el cónyuge titular del bien, limitándose el restante a prestar su asentimiento al acto” (CNCiv., sala A, LA LEY, 1976-D, 321). Conf. CNCiv., sala C, LA LEY, 1976-A, 113; C1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, LA LEY, 1978-D, 977.

(18) Conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil comentado. *Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 192.

(19) CNCiv., sala B, LA LEY 1998-F-359, con nota de XANTHOS, “Nulidad absoluta del instrumento y del negocio. Falsedad instrumental y la teoría de la inexistencia jurídica del acto”; ídem, sala C, ED, 183-34; ídem, sala E, ED, 91-402; ídem, sala F, ED, 95-576; C. Apels. Bahía Blanca, LA LEY, 1978-D, 477; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 112, parágr. 373; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, p. 284, nro. 355; CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., p. 479; TRUJILLO, Juan Carlos, “Asentimiento conyugal”, cit., p. 412; PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 806, nro. 596.

(20) CNCiv., sala C, LA LEY, 1983-B, 629; ídem, sala F, ED, 95-576; CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., p. 479; TRUJILLO, Juan Carlos, “Asentimiento conyugal”, cit., p. 412; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 112, parágr. 373; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, cit., t. I, p. 806, nro. 596; AZPIRI, Jorge O., “Régimen de Bienes en el Matrimonio”, cit., p. 139, pto. b.

(21) Conf., entre otros, PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 806, nro. 596; DE AMBROSI, Eduardo Alberto, “Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código Civil”, p. 1060, cit., p. 1060; TRUJILLO, Juan Carlos, “Asentimiento conyugal”, cit., p. 412.

(22) En virtud de lo expresado, el esposo que debe prestar su asentimiento no puede ser demandado, por ejemplo, por escrituración, sino, en todo caso, para que preste

El cónyuge que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto.

En efecto, en la parte final de la primera parte del artículo 456 se dispone que el cónyuge que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de los seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Como se advierte, salvo en el supuesto de la extinción del régimen matrimonial, el plazo se computa desde que el cónyuge que reclama la anulación del acto lo conoció, el mismo puede extenderse por un tiempo mucho mayor que el que prevé la norma.

Autorización judicial para el supuesto de la falta del asentimiento.

a) La disposición proyectada

La primera parte del artículo 458 del Proyecto establece que uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz o con capacidad restringida, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia.

La necesidad de la autorización judicial con respecto a la persona con capacidad restringida sólo es necesaria en el supuesto de que en virtud de esa restricción el esposo no pudiera prestar el asentimiento, lo que no siempre es así, puesto que la restricción podría estar referida a otros as-

el asentimiento. En tal sentido, se ha decidido que “no es procedente la demanda de escrituración contra el cónyuge no promitente de la venta, que sólo debe prestar el asentimiento. La acción contra éste sólo puede perseguir que exteriorice ese asentimiento o que, en su defecto, y no siendo ajustada a derecho la negativa a darlo, que el juez conceda la autorización supletoria” (CNCiv., sala C, ED, 73-201. Conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Obligación de resarcir emergente del incumplimiento del boleto de compraventa y deudas de los cónyuges con respecto al acreedor”, JA, 1981-II-105, pto. c). Se ha resuelto, asimismo, que “...quien efectivamente dispone es el cónyuge titular. El no titular no asume responsabilidad alguna respecto de la otra parte, ni por evicción ni por el pago de gastos que origine al acto; no debe presentar certificados de inhibiciones ni tiene derecho a la mitad del precio” (CNCiv., sala E, ED 91-402; ídem, sala A, LA LEY, 1990-C, 539, con nota cit. de ANDORNO, Luis O., “Alcance de la responsabilidad del cónyuge que asiente. Consecuencias jurídicas de los contratos a título gratuito. Procedencia del daño moral en el ámbito contractual”; ídem, sala C, ED, 184-264; ídem, ídem, LA LEY 1983-B, 629; ídem, ídem, ED, 95-579; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, ps. 313 y ss., nro. 389, incisos a) y b)).

pectos distintos a la posibilidad de asentir la realización de alguno o de todos los actos referidos en el artículo 456.

b) El juez puede autorizar el acto si no fuera contrario al interés familiar

En los supuestos contemplados en el artículo 458, el juez puede otorgar la autorización para la realización del acto, si no fuera contrario al interés familiar, para determinar lo cual el esposo que requiere la autorización, debe informar sobre las condiciones del mismo, para que el juez pueda resolver con conocimiento de causa (23).

Bossert afirma que para el otorgamiento de la autorización, el juez merituará tanto la razonabilidad de la operación en sí misma —el precio, las condiciones de venta, las condiciones del gravamen a constituir—, como también la situación de conflicto conyugal que pudiera existir entre los esposos (24). Nora Lloveras, por su parte, dice que el juez “deberá analizar la naturaleza del acto que se cuestiona por el esposo no titular, las razones que aducen uno y otro, las condiciones de celebración del negocio jurídico, la razonabilidad y conveniencia del acto, y el interés familiar” (25).

c) Motivos por los que puede considerarse justa la oposición

Son innumerables los motivos por los cuales se puede llegar a considerar que es justa la oposición del cónyuge que debe prestar el asentimiento, a la realización del acto para el cual el esposo titular del bien solicita la autorización del juez. Lo cual hace virtualmente imposible enumerarlas, habiendo sido variadas las circunstancias en virtud de las cuales se ha hecho lugar a la oposición del cónyuge no titular del bien, por violentar el interés familiar (26).

(23) Conf., entre otros, BOSSERT, Gustavo A., “Sobre la autorización judicial al acto de disposición de un cónyuge”, LA LEY, 1982-C, 9. Con relación a lo cual se ha decidido que no basta que el cónyuge que solicita el asentimiento manifieste que quiere disponer, sino que debe ofrecer los elementos necesarios para la actuación judicial: CNCiv., sala C, LA LEY, 1985-B, 164; ídem, sala D, LA LEY, 1981-D, 333; ídem, sala G, ED, 94-220.

(24) BOSSERT, Gustavo A., “Protección del hogar familiar y conflicto conyugal”, cit., p. 717, pto. V.

(25) LLOVERAS, Nora, “Gestión de los bienes de los esposos en la sociedad conyugal”, cit., p. 887.

(26) CNCiv., sala A, ED, 33-14; ídem, ídem, LA LEY 1975-D-321; ídem, fallo del 14 de abril de 1981, cit. por FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., “Régimen de Bienes del Matrimonio”, cit., p. 122, nro. 10; ídem, sala B, ED, 41-367; ídem, ídem, LA LEY, 1975-A, 221; ídem, sala F, ED, 96-708, con nota de BORDA, Gui-

Vidal Taquini afirma sobre el tema, que durante el juicio de divorcio o de separación personal, el juez, en principio, se debe abstener de otorgar la autorización judicial para cualquiera de los actos que comprende el artículo 1277 del Código, porque, a su juicio, es suficiente causa de oposición el hecho de querer que no se produzca ninguna alteración en la composición de los bienes gananciales, debiendo la cuestión diferirse para el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, no siendo óbice a ello el hecho de que el cónyuge no propietario no haya requerido la traba de medidas cautelares sobre los bienes. No obstante, dicho autor deja a salvo el supuesto de la existencia de necesidades imperiosas o graves que puedan llevar a la conveniencia del otorgamiento de la autorización, supuesto en el cual, agrega, deben tomarse recaudos sobre el precio obtenido, con la finalidad de evitar una disminución de la masa de bienes a partir, cuya incolumidad se debe preservar (27).

La disposición de un bien ganancial no siempre tiene que ser por un acto oneroso, ya que también podría tratarse de uno gratuito, como ocurriría en el caso de que el cónyuge titular de un bien ganancial quisiera donarlo; si bien en principio parece difícil que la autorización judicial supletoria sea en ese caso otorgada, lo cierto es que no necesariamente debe ser así, pudiendo por ejemplo ocurrir que los bienes gananciales sean cuantiosos, y uno de los esposos quisiera donar un bien inmueble de poco valor a sus padres, que se hallan necesitados por carecer de bienes y tener magros ingresos para su sustentación (28), o quiera realizar una donación que, en razón de existir un patrimonio suficiente, no cause perjuicio al cónyuge no propietario (29).

V. Inejecutabilidad de la vivienda familiar

Para poder ser ejecutada la vivienda familiar, ambos cónyuges deben haber contraído la deuda, o ésta haber sido contraída por uno con el consentimiento del otro.

lermo A., "Acción del tercero interesado para pedir la venia supletoria del artículo 1277 del Código Civil"; ídem, ED, 36-707; SCBuenos Aires, ED, 138-490. Véase, asimismo, al respecto, GUASTAVINO, Elías P., "Subrogación en acciones derivadas de la falta de asentimiento conyugal.."; La Ley 151-976, nro. 16; BOSSERT, Gustavo A., "Sobre la autorización judicial al acto de disposición de un cónyuge", cit., p. 9.

(27) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Algunos efectos de la notificación de la demanda de separación judicial de bienes", LA LEY, 1993-C, 314 y ss.

(28) Conf. BORDA, Guillermo A., quien trae a colación el ejemplo de la donación de un departamento al hijo que se casa (*Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, ps. 328 y ss., nro. 402).

(29) AZPIRI, Jorge O., "Régimen de bienes en el matrimonio", cit., p. 149, pto. f.

En efecto, la última parte del artículo 456 del Proyecto establece que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. La fuente de dicha norma es el Proyecto de 1998, siendo su razón la de evitar que el endeudamiento de uno de los esposos sin el consentimiento del otro lleve a la pérdida de la vivienda en la que habita la familia.

La protección que resulta del artículo 456 es una novedad del Proyecto, pues ello no resulta de la legislación vigente. Y al igual que con respecto a la primera parte de dicha disposición, la inejecutabilidad por deudas protege asimismo a la vivienda familiar de quienes se encuentran unidos en una unión convivencial inscripta, conforme surge de la última parte del artículo 522 del Proyecto.

Como se advierte, la disposición transcrita no efectúa distinción alguna en lo relativo al carácter de la deuda que uno de los cónyuges ha contraído; ni siquiera —lo que es ciertamente criticable— en el caso de que la deuda en cuestión provenga de construcciones o mejoras introducidas en el inmueble, que constituye uno de los supuestos contenidos en el artículo 38 de la ley 14.394 como excepción a la inejecutabilidad del inmueble constituido como bien de familia. Lo que no quita la eventual posibilidad de que una deuda de esas características haya sido contraída por ambos esposos.

Cabe por otra parte señalar que el artículo sólo se refiere a las deudas contraídas, pero no, en cambio, a otras deudas cuya asunción no depende de la voluntad de uno de los cónyuges, como podrían ser las derivadas de impuestos y tasas sobre el inmueble, o las que resultan, por ejemplo, de las expensas en el régimen de la propiedad horizontal, con fundamento en las cuales el inmueble podrá ser ejecutado (30).

VI. Mandato entre cónyuges

El Proyecto admite en forma expresa el contrato de mandato entre cónyuges para ejercer las facultades patrimoniales.

Siguiendo la pauta de la última parte del artículo 1276 del Código Civil, que permite la celebración del contrato de mandato entre cónyuges, el

(30) Véase al respecto, entre otros autores, MEDINA, Graciela, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, cit., p. 24, nro. 16.

artículo 459 del Proyecto establece que uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen patrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Para concluir en el sentido de que, excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos. Naturalmente que los cónyuges también podrán otorgar mandato a favor de terceros para la administración de sus bienes.

a) El mandato puede ser tanto para actos de administración como de disposición, y ser otorgado en forma expresa o tácita

Contrariamente al actual artículo 1276 del Código Civil, que sólo se refiere al otorgamiento de mandato para la realización de actos de administración —aunque ello no excluye la posibilidad de que el mandato también se otorgue para actos de disposición (31)—, al referirse al ejercicio de las facultades que el régimen patrimonial le atribuye, el Proyecto admite que el poder también puede ser otorgado por uno de los esposos al otro para actos de disposición.

Al no estar designada una forma determinada para la exteriorización de la voluntad para el otorgamiento de un mandato, los cónyuges pueden utilizar la que estimen conveniente (art. 284), pudiendo el mandato ser conferido y aceptado en forma expresa o tácitamente, debiendo al respecto recordar lo normado en la segunda parte del artículo 1319 del Proyecto, donde se dispone que si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. También en la última parte del artículo 460 se admite la posibilidad de la aplicación de las normas del mandato tácito.

Una situación de esa naturaleza podría darse por actos del mandatario practicados con conocimiento del otro cónyuge que nada objeta al respecto, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en el supuesto de que uno de los esposos se ocupara de administrar un bien que se encuentra a nombre del otro, que no se opone a pesar de conocer la actuación de su consorte (32). En un caso en que la esposa había hecho presupuestar los costos de las reparaciones de un bien de administración reservada

(31) Conf. AZPIRI, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., p. 135. En contra, VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., p. 329, parágr. 285.

(32) Véase al respecto PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 795, nro. 582.

a su cónyuge, con conocimiento y sin oposición de éste, se resolvió que aquélla se encontraba legitimada para reclamar a un tercero por los perjuicios que la cosa había experimentado con motivo de esas reparaciones, por entenderse que en el caso había existido un mandato tácito a favor de la misma por parte del marido (33). Lo que no puede ocurrir es la existencia de un mandato tácito para actos de disposición, por cuanto para dichos actos son necesarias facultades expresas (conf., art. 375, inciso e], del Proyecto); se sigue, de tal forma, lo normado en el artículo 1881, incisos 7º y 15, del Código Civil.

Pero del hecho de la existencia de un mandato tácito para la realización de uno o más actos determinados no puede inferirse que ese mandato haya sido otorgado para que el esposo mandatario pueda intervenir en todos los negocios de su cónyuge, ya que las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva (art. 375, parte 1ª), por lo que el mandato general debe ser otorgado en forma expresa (34). El mandato puede, en efecto, siguiendo las reglas de la representación, aplicables al caso, ser otorgado en términos generales, supuesto en el cual el mandatario no puede practicar los actos para los cuales —conforme establece el artículo 375— se requieren facultades expresas, o ser otorgado únicamente para realizar uno o más actos; aunque un poder concebido en términos generales puede comprender la realización de actos para los cuales son necesarias facultades expresas.

b) Con respecto a la remuneración del cónyuge mandatario

Si bien el artículo 459 nada dispone sobre la remuneración del esposo mandatario, el artículo 1322 del Proyecto establece que el mandato se presume oneroso, por lo que, salvo acuerdo en contrario, el mandatario puede reclamar a su cónyuge una remuneración por los trabajos efectuados en cumplimiento del mismo.

La solución es, por tanto y a nuestro juicio, distinta a la que resulta del Código Civil, según el cual entendemos que, en principio y salvo supuestos de excepción, el esposo mandatario carece del derecho a una retribución (35).

(33) C1ªCiv. y Com. San Nicolás, del 7/7/2005, cit. por FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 95, 4.

(34) Conf. MAZZINGHI, Jorge A., "Tratado de Derecho de Familia" cit., t. 2, p. 239, parágr. 317.

(35) Véase al respecto GUASTAVINO, Elías P., "Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos", La Ley 145-635, nro. 13; MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 247, parágr. 319; VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Ré-

c) *La eximición de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos*

La eximición de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos por parte del esposo mandatario —excepto convención en contrario (36) (36)— que se establece en la última parte del artículo 459, constituye una excepción al principio general establecido en el artículo 1324, inciso f), del Proyecto, teniendo dicha norma su fundamento en la especial relación que existe entre los esposos, ya que el cónyuge no es un mandatario común.

Borda justifica la solución legal en razón de que la confianza recíproca que supone el matrimonio haría absurda e impracticable la exigencia de llevar una contabilidad perfecta, con todos los gastos y comprobantes (37) (37). No obstante, el artículo 459 del Proyecto sólo se refiere a los frutos y rentas percibidos, lo que denota la necesidad de rendir cuentas con respecto a los actos de disposición; ésa es, por otra parte, la doctrina actualmente aceptada (38). De otra manera, dicen Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, el mandato podría convertirse en una vía indirecta para efectuar una transferencia prohibida entre los esposos (39).

Cabe asimismo recordar con respecto a la eximición de rendir cuentas, que se ha decidido que la solución legal se refiere a cónyuges en convi-

gimen de bienes en el matrimonio”, cit., p. 332, parágr. 285; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial”, cit., p. 29, nro. 1.3. No obstante, creemos que lo expresado por dichos autores no puede ser aplicado para todos los supuestos, ya que de tal forma se haría inaplicable el contenido del artículo 1871 del Código, además de que la aplicación indiscriminada de dicha doctrina podría llevar a situaciones sumamente injustas. Recordamos en tal sentido un fallo de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que en un caso en que la esposa había otorgado a su marido un poder general para juicios, resolvió que los trabajos realizados por éste como abogado de la matrícula en representación de su cónyuge, debían ser remunerados, por tratarse de trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario o de su modo de vivir (ED, 227-386).

(36) En esto se innova con relación al actual Código Civil, que nada dispone al respecto.

(37) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, p. 305, nro. 376. Véase, en similar sentido, PERRINO, Jorge A., *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 796, nro. 583; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Mandato entre cónyuges”, JA, 1971, secc. Doctrina, p. 315.

(38) CNCiv., sala B, ED, 102-275. Conf. MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 238, parágr. 316, pto. b; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 333, parágr. 285; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, cit., t. I, p. 796, nro. 583; AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 136. Contra, BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, p. 305, nro. 376.

(39) FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 92. Conf. BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 132, parágr. 379.

vencia normal que supone la confianza recíproca entre los integrantes del matrimonio, pero no puede subsistir si se ha promovido juicio de divorcio y separación de bienes (40).

d) El deber de restituir lo recibido en virtud del mandato

No obstante la eximición de rendir cuentas que dispone la última parte del artículo 459, ello no implica, a nuestro juicio, que el mandatario no deba entregar al mandante lo recibido en virtud del mandato (arg. art. 1324, incisos e] y g]). Además de tener que responder por los daños causados a su cónyuge con motivo del dolo en el que hubiera incurrido en el ejercicio del mandato; pero no si, en cambio, hubiera actuado con culpa (41).

e) No se permite limitar la facultad de revocar el mandato

Por último, el artículo 459 del Proyecto establece que la facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones, lo que significa que no se encuentra permitido convenir un mandato irrevocable.

VII. Situación de ausencia o impedimento de uno de los cónyuges

Uno de los esposos puede ser judicialmente autorizado para representar al otro en caso de ausencia o impedimento.

Dentro de las disposiciones comunes a todos los regímenes, el artículo 460 del Proyecto contempla los supuestos de la ausencia o impedimento transitorio de expresar su voluntad por parte de uno de los cónyuges, casos en los cuales se establece que el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen patrimonial, en la extensión fijada por el juez. Y agrega que, a falta de mandato expreso o de autorización judicial, a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de nego-

(40) CNCiv., sala B, ED, 102-275. Conf. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., t. 1, p. 602, parágr. 483; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 27, 1.1.; PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, cit., t. I, ps. 797 y ss., nro. 585; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, p. 308, nro. 380; C1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, JA, 1994-II-314.

(41) Véase al respecto, entre otros trabajos, nuestra nota "El reclamo a los padres de una indemnización por enfermedades graves transmitidas genéticamente a los hijos", LA LEY, 2006-F, 1249, y Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y Público, nro. 85, del mes de marzo de 2008. Conf. MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., t. 2, ps. 242 y ss., parágr. 318.

cios, según sea el caso. La norma parte de la hipótesis de la inexistencia de mandato para realizar los actos para los cuales se pide la autorización.

a) Supuesto de la autorización judicial para representar al esposo

Cabe señalar que si la autorización judicial conferida es para representar al otro esposo de modo general, quedan de lado los actos contemplados en el artículo 375 del Proyecto, para los cuales son necesarias facultades expresas. Pero tanto en ese supuesto como si el juez faculta al cónyuge para ciertos actos en particular, ello siempre es en la extensión fijada por el juez. Y si bien nada se expresa al respecto en el artículo 460, éste debe entenderse que comprende tanto a los bienes propios, como a los gananciales de titularidad exclusiva del esposo ausente o transitoriamente impedido.

La norma en cuestión se refiere a la ausencia, sin otra aclaración, debiendo a nuestro juicio entenderse que comprende tanto a la ausencia simple legislada en los artículos 79 y siguientes del Proyecto, como a la ausencia con presunción de fallecimiento (arts. 85 y ss.).

b) Aplicación de las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios

La última parte del artículo 460 contempla el supuesto de que el cónyuge que requiere la autorización no tuviera un poder expreso otorgado a su favor por el otro esposo en virtud del cual pudiera realizar los actos que se quieren realizar, caso en el cual dispone que se deben aplicar las normas sobre mandato tácito y sobre gestión de negocios.

c) Otros supuestos de incapacidad o capacidad restringida

Para los restantes supuestos de incapacidad o capacidad restringida, se aplican las normas establecidas al respecto en el Proyecto, o en otras normas especiales, de manera que los representantes designados puedan actuar a nombre de quien no se encuentra capacitado para el acto de que se trate.

Un supuesto especial lo constituye el de los condenados a pena de prisión o reclusión por más de tres años, a los que el artículo 12 del Código Penal considera incapaces de hecho, correspondiendo en tal caso que se le designe un curador, que actuará en su representación para los actos que el condenado no pueda realizar por sí mismo, debiendo la designación, si el condenado fuera casado, recaer en su cónyuge.

VIII. Responsabilidad solidaria de los esposos por determinadas deudas

La responsabilidad se extiende a las necesidades ordinarias del hogar y al sostenimiento y educación de los hijos comunes.

Como es sabido, la responsabilidad solidaria no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación (art. 828 del Proyecto). En el caso de los cónyuges, el artículo 461 —cuya fuente es el Proyecto de 1998— establece que los mismos responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias (42) del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

Debemos señalar que, a nuestro juicio, la responsabilidad solidaria del esposo que no contrajo la deuda existe en tanto y cuanto los gastos que se realicen con relación a los rubros comprendidos en el artículo 461 no sean manifiestamente irrazonables teniendo en cuenta la situación patrimonial de los cónyuges (43). Por otra parte, por el hecho de tratarse la responsabilidad que resulta de dicha disposición de supuestos de excepción, en caso de duda deben ser interpretados en forma restrictiva (44), aunque, como bien señala Mazzinghi, la interpretación debe ser practicada en forma flexible (45) (45), debiendo al respecto destacar que el rubro necesidades del hogar es suficientemente amplio como para comprender una cantidad considerable de supuestos, que deben quedar reservados a la apreciación judicial.

Fuera de los supuestos enumerados en el artículo 461 —así como del contemplado en la segunda parte del artículo 467, que se refiere a los gastos de reparación y conservación de los bienes gananciales, en que el otro esposo sólo debe responder con sus gananciales—, con respecto a los demás gastos sólo debe responder el cónyuge que contrajo la deuda, conforme resulta de la primera parte de esta última disposición.

(42) Se ha sostenido que el referirse a las necesidades ordinarias del hogar no constituye una terminología precisa, pudiendo llevar a discutir sobre cuáles necesidades son ordinarias y cuáles extraordinarias.

(43) Véase al respecto AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., ps. 176 y ss.

(44) Conf. con relación al art. 6° de la ley 11.357, MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Alimentos y familia ensamblada", LA LEY 1996-D, 471, pto. d, y "Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial", cit., p. 161; FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., ps. 129; AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 176, parágr. 26.

(45) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 205, parágr. 302.

a) Al establecer la responsabilidad solidaria, el artículo 461 se aparta de la norma actualmente vigente

En efecto, de acuerdo con el artículo 6° de la ley 11.357, un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes. Como se advierte, la disposición transcrita no establece la responsabilidad solidaria de los esposos por las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender los gastos que allí se enuncian; pero tampoco aclara si la misma es mancomunada, accesoria o concurrente, no habiéndose puesto la doctrina de acuerdo en el carácter de la responsabilidad del otro cónyuge, siendo a nuestro juicio la solución más adecuada considerar, siguiendo en esto a la generalidad de la doctrina, que la misma es de carácter concurrente, cuyo alcance consiste en que se puede reclamar a cada uno de los esposos el pago de la totalidad de la deuda, pero no en forma solidaria (46) (46).

Además, el artículo 461 deja sin efecto la limitación que establece el art. 6° de la ley 11.357, en cuanto de esta norma resulta que el cónyuge que no contrajo la obligación sólo responde con los frutos tanto de sus bienes gananciales, como de los propios.

b) Hijos que se encuentran comprendidos en la norma

Al remitir el artículo 461 a lo dispuesto en el artículo 455, la responsabilidad solidaria que resulta del contenido de aquella norma referida a los gastos de sostenimiento y educación de los hijos comprende a los que efectúe cualquiera de los cónyuges con relación tanto a los hijos comunes, como a los de uno de los cónyuges que convivan con éstos —no a los que no convivan—, sea que se trate de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad.

(46) Conf. entre otros, MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., t. 2, ps. 207 y ss., parágr. 303; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 146, parágr. 387; RADZYMINSKI, Alejandro P., "La ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Internacional Privado Argentino", ED, 156-893; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., t. 1, p. 585, parágr. 465; MALASPINA, José Rafael, "Reflexiones sobre la responsabilidad de los cónyuges durante el régimen económico del matrimonio y con posterioridad a su disolución", ED, 99-906, apart. II-C; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial", cit., p. 162; HERNÁNDEZ, Lidia, "Pasivo de la sociedad conyugal", en *Revista de Derecho de Familia*, nro. 19, p. 91, nro. 4; CNCiv., sala A, La Ley 103-45.

La remisión al artículo 455 fue obra del Ministerio de Justicia, lo que fue incluido en el Dictamen que posteriormente fue aprobado por la Cámara de Senadores. El Proyecto, en cambio, establecía que la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 461 existía únicamente con respecto a los hijos comunes, pero no, en cambio, con relación a los de sólo uno de los esposos.

La disposición en análisis tampoco aclara si comprende únicamente a los hijos hasta que cumplan veintiún años de edad (que es hasta donde, como norma general, se extiende la obligación alimentaria), o si también alcanza a los gastos de sostenimiento y educación de los hijos mayores de esa edad, en el supuesto contemplado en el artículo 663 del Proyecto, lo que así entendemos.

c) Personas cuyos gastos están comprendidos dentro de las obligaciones contraídas para atender las necesidades del hogar

Nada resulta del artículo 461 del Proyecto en cuanto a cuáles son las personas cuyos gastos necesarios se encuentran comprendidos dentro de las obligaciones contraídas para atender las necesidades del hogar. No obstante, podemos afirmar que si bien no cabe duda de que dentro del concepto deben considerarse alcanzados los cónyuges y los hijos —del mismo o de otro matrimonio— matrimoniales y extramatrimoniales que habitan en el hogar (47), incluso los adoptivos, a nuestro juicio también lo están las demás personas que conviven con ellos, tengan o no con los mismos vinculación familiar, como pueden ser los abuelos u otros parientes cercanos, o las personas de servicio (48).

(47) Conf. AZPIRI, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., p. 176, párr. 26; HERNÁNDEZ, Lidia, “Pasivo de la sociedad conyugal”, cit., p. 89.

(48) Conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Alimentos y familia ensamblada”, cit., p. 471; HERNÁNDEZ, Lidia, “Pasivo de la sociedad conyugal”, cit., p. 88; AZPIRI, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., p. 176, párr. 26; MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 211, párr. 304. Con relación a los parientes, este autor sólo menciona a los ascendientes de los esposos, amparados por el derecho alimentario, no obstante lo cual, aclara que “hay que considerar aquí, más que el grado o índole del parentesco..., la convivencia”; por lo cual, excluye a los hijos de un matrimonio anterior o extramatrimoniales, que no habitan en el hogar común. Y agrega que como la norma procura la protección de los terceros, para los cuales suele ser difícil determinar con precisión la vinculación existente entre quienes habitan en una casa y aparecen como miembros de una familia, la fórmula “necesidades del hogar” autoriza una comprensión muy amplia.

IX. De los actos de disposición y administración a título oneroso de ciertos bienes muebles

Para disponer o administrar determinados bienes muebles, se requiere el asentimiento del cónyuge que no tiene su tenencia.

En el artículo 462 del Proyecto se dispone que los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión. En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la nulidad (49) dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Consideramos criticable la posibilidad que resulta de dicha norma de poder decretarse la nulidad de ciertos actos celebrados a título oneroso con terceros de buena fe, cuyo derecho de propiedad se vería de tal manera conculcado. El artículo transcrito no se limita a los actos de disposición, sino que también comprende a los de administración; mientras que el artículo 456 se refiere únicamente a los actos de disposición de los bienes muebles indispensables de la vivienda familiar (y a los derechos sobre ésta), además de al transporte de esos bienes fuera de la vivienda.

Por otra parte, tal como se advierte, el artículo 462 no sólo se refiere a los muebles indispensables del hogar —como dispone el artículo 456—, sino también a otros bienes muebles no registrables, siendo evidente la inseguridad jurídica que resulta de dichas normas con relación a los terceros de buena fe y a título oneroso. El artículo 462 establece el mismo plazo de caducidad que el dispuesto en el artículo 456, con respecto a la posibilidad de requerir la nulidad del acto.

La disposición o el alquiler de cosas muebles se verán de tal manera limitados y serán altamente riesgosos para el adquirente, que, salvo en los supuestos en que dichos actos se practiquen por ambos esposos, o que el otro cónyuge preste el asentimiento, el comprador se verá sujeto a una acción de nulidad cuyo término de caducidad de seis meses, en la práctica, puede llegar a ser muy extenso —tal como sostuvimos al analizar el artículo 456—, ya que su comienzo sólo se computa desde el

(49) También en este artículo se modificó la referencia a la “anulación” del acto establecida en el Proyecto de la Comisión reformadora, al reemplazar dicho término por el de “nulidad”.

conocimiento del acto por parte del cónyuge legitimado para la acción, aunque no más allá de los seis meses de producida la extinción del régimen matrimonial. Fácil es de imaginar las complicaciones que de todo ello puede resultar. ♦

SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

§ 1. Se cumplen en el presente, cuarenta y dos años de vigencia de la Ley de Sociedades Comerciales. Es un período temporal loable, más que relevante para resaltar, en una breve mirada, su pasado, proyecciones y perspectivas actuales, aludiendo a algunos aspectos de ella que nos parecen sobresalientes.

De más está decir que esta, y cualquier otra oportunidad, resultan propicias para destacar el valor jurídico que dicho régimen ha representado en nuestro país, con ciertos alcances —como se verá— en el derecho comparado.

El carácter y esencia del derecho mercantil, calificado como especial, y del que el régimen societario es uno de sus contenidos, recibe —en nuestra opinión— otra consideración más, tal la de su índole de excepcional.

Derecho “especial” es, pues, la materia mercantil que aparta ciertas categorías de personas, actos y cosas de la esfera de la regla general —que considerada en sí misma sería también valedera para ellas— y las somete a una disposición especial.

Derecho “especial”, pues configura una categoría histórica y no dogmática, cuya razón de ser no es eterna —advertencia de Ascarelli—, sino “relativa a la importancia de los principios generales que lo animan, importancia que debe ser avalada de tanto en tanto”.

Decimos que la citada ley es de orden “excepcional”, por las razones laudatorias que se enunciarán. A los fines propuestos, debe tenerse en cuenta que las acepciones para “excepcional” son “que constituye excepción a la regla común” y “que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez” (Diccionario, Real Academia Española).

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 22 de mayo de 2014.

Como punto de inicio, se recuerda que las leyes deben ser sencillas... si las hacen quienes conocen el derecho. La precedente afirmación sobreabunda en el tema de nuestras reflexiones. Sencillez que alude a la necesidad de que las normas resulten inteligibles para todo destinatario. A propósito, Alberdi, citando una interesante ley de Partidas, recuerda, en el Fragmento preliminar al estudio del derecho, que es imperioso conocer profundamente el derecho para redactar leyes adecuadas y veraces.

Una síntesis que justifica el calificativo que le asignamos a la referida ley es que en su trayectoria y curso de acontecimientos a través de los años resulta un cuerpo legal con sobradas pruebas de resistencia y suficiencia normativa; como pocos —quizás único—, ordenamiento adscrito al sistema jurídico continental-europeo, recibió, y también hoy recibe, un constante e invaluable comentario de sus contenidos o eventuales enmiendas por parte de los autores de los proyectos y/o de lo que luego resultó ser el texto ordenado del régimen de sociedades.

Sería arduo enumerar los variados aportes autorales, no obstante lo cual debe mencionarse la presentación que hicieron los redactores del texto de la ley 19.550, que figura en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, nro. 1968-1, en cuya oportunidad el académico Fargosi, y los doctores Halperín, Zaldívar, Colombres y Odriozola, expusieron acerca del Anteproyecto de Ley de Sociedades, disertando sobre los núcleos principales del referido cuerpo.

Así, el doctor Halperín presentó en tal ocasión las ideas centrales de la reforma, demostrando un absoluto criterio realista. Porque la subsistencia y eficacia de una buena ley, en la especie de Sociedades, está condicionada a que responda lo más fielmente posible a la realidad política, social, económica, cultural e histórica del país. Debe ser expresión, lo más exacta posible, de la situación real del medio a la que está destinada, tanto de la proyección vigente de su pasado, como de su presente y futuro. Tales son las pautas que prevalecieron y que destacara en su presentación uno de sus distinguidos coautores (Halperín).

Por su parte, el académico Fargosi trató en aquella exposición lo relativo a la contabilidad social, anticipando que el régimen proyectado era perfectible, aspecto más que meritorio, pues entonces ya se admitía la recepción de otras propuestas que pudieran resultar más aptas, y al concluir su conferencia dice: "No se trata de una intervención del Estado en la vida y gestión de las sociedades, sino en el proporcionar un ordenamiento legislativo que, aunque minucioso, cumpla la finalidad de tutelar preventivamente los distintos intereses que convergen, específicamente, en las anónimas, para que puedan cumplir la finalidad de maquinarias, como se las ha llamado, insustituibles en un ordenamiento económico".

El doctor Odriozola explicitó de manera analítica la articulación de los derechos de los accionistas en las sociedades anónimas.

Asimismo, el doctor Colombres —prematuramente desaparecido— aludió a las implicancias y sustento de la “teoría orgánica” en la gestión y desarrollo de la sociedad comercial, novedosa situación jurídica que motivara interesantes controversias.

Por último, el doctor Zaldívar, jurista experimentado en la teoría y práctica de las sociedades, entre otros motivos por haber desempeñado altas responsabilidades en la Inspección General de Justicia, trató de manera extensa la fiscalización o control interno de las compañías comerciales “uno de los problemas de más difícil solución en materia societaria”.

Repárese que dichos comentarios provienen de voces autorizadas, precisamente de los redactores de la ley, que, aun cuando no se correspondan con los clásicos métodos de interpretación legislativa, reciben merecidamente una nueva denominación, cual es la de sistematización interpretativa autoral, por los orígenes de los respectivos trabajos.

§ 2. Ha señalado el académico García Belsunce cuáles son las reglas y la sistematización de las normas tributarias, las que en lo pertinente y vía analógica resultan aplicables a la regulación de sociedades. Entre ellas se enumera la estabilidad, flexibilidad, generalidad, lenguaje común, claridad y concisión.

El régimen comentado responde a los puntos propuestos y, respecto de la concisión, cabe argumentar que se trata de la expresión de ideas con palabras justas y adecuadas, lenguaje que se relaciona con la esencia y espíritu, en el particular, de la Ley de Sociedades Comerciales.

Esto que brevemente se ha explicitado necesariamente nos conduce a la pureza legal en la intención legisferante, corrección en las formas e inobjetable índole en su exterioridad.

El cumplimiento de estas exigencias posibilita indagar el alcance y sentido de las normas individuales, cuyo Norte es la ratio juris del precepto en función del entorno socioeconómico que ha de condicionar su aplicación; esto es, que debe imponerse el criterio racional y teleológico, pues —como diría Radbruch— la interpretación ha de buscar el sentido objetivamente válido del precepto jurídico.

§ 3. A once años de la vigencia de la original Ley de Sociedades Comerciales, se sancionó una enmienda parcial, más sustancial, en el texto

integral del ordenamiento, cuya redacción estuvo a cargo de una comisión de versados juristas, entre otros, los académicos Anaya, Fargosi y Palmero.

En lo que se refiere a la modificación instrumentada —ley 22.903—, se destaca que fue sumamente loable la coherencia, unidad de pensamiento y técnica legislativa utilizada, desde que se adaptó plenamente al régimen de la ley 19.550.

Debemos señalar un hecho inusual en el historial de la sociedad comercial. En efecto, a instancias de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en octubre de 1983, se realizó una exposición pública de la reforma de la ley 22.903 y, he aquí lo destacable: participaron autores de la última reforma y algunos correddores del texto originario de la Ley de Sociedades Comerciales.

§ 4. Ambos textos —el original y la enmienda citada— fueron ordenados en el contenido del decreto 841/1984 y de allí en más han tenido fecunda aplicación, lo que subraya lo ya dicho: la buena técnica legislativa utilizada.

Desde ya anticipo que soslayo considerar las reformas motivadas por el decreto-ley 677/2001, relativas al denominado “gobierno corporativo”, con incidencia en las sociedades que operan como “agentes económicos” en el mercado de capitales, pues su análisis y ponderación me desviarían del propósito central.

§ 5. Y, en este panorama, es del caso señalar que las modificaciones introducidas en general responden a distintas pautas de la jurisprudencia judicial y alguna resolución administrativa dictada especialmente en la esfera de la Inspección General de Justicia.

Nos parece apropiado mencionar que la jurisprudencia judicial del caso individual resulta fuente del derecho comercial y, en nuestro estudio, del derecho de sociedades.

Téngase en cuenta que, para ciertos autores, las decisiones judiciales aisladas no tendrían el carácter de génesis de nuestra disciplina. Sin embargo, cabe desestimar este criterio cuando, en razón de las reiteradas soluciones de un problema jurídico, llegare a conformarse un *usus fori* y, por consiguiente, una regla general creada por los tribunales.

Un brillante jurista como fuera Fontanarrosa, rectificando su opinión, sostenida en ediciones anteriores de su Tratado, estima en su tercera edición, de 1967, que la sentencia judicial puede ser fuente creadora de normas jurídicas concretas o particularizadas que integran el ordenamiento jurídico general.

Cabe señalar que en materia de proyectos al régimen societario, el académico Vanossi, en tiempos en que se desempeñara como ministro de Justicia y Derechos Humanos, designó —según resolución ministerial 112/2002— una comisión integrada por el académico Anaya y los doctores Etcheverry y Bergel, a fin de elaborar un anteproyecto de reformas a la normativa de sociedades comerciales. La nota de elevación, sin perjuicio de reseñar aspectos de lo proyectado, advierte que el criterio inicial que imperó fue el de mantener los lineamientos sobre los que reposaba la legislación vigente, desestimando ciertos postulados tendientes a disgregar el ordenamiento al pretender separar del régimen general al que tiene como materia específica a las sociedades anónimas o más genéricamente a las sociedades por acciones, tal como acontece con ciertos antecedentes del derecho comparado. Tampoco pareció conveniente —a juicio de la Comisión— adoptar una disgregación interna, abriendo un capítulo separado para las sociedades que cotizan sus acciones en bolsas o mercados o que tienen autorizada su oferta pública.

Se dice, pues, que el anteproyecto no innova en la estructura y metodología a la que se ciñe la normativa vigente. Finalmente, señala la Comisión que se ha tratado de no exceder, con las reformas propuestas, las fronteras de las soluciones que pueden resultar más acordes con nuestra idiosincrasia, atendiendo a la receptividad y aceptación conjeturable frente a las manifestaciones más difundidas en nuestro medio jurídico.

El referido anteproyecto aún no ha tenido tratamiento parlamentario, deuda pendiente para una valiosa actualización en la esfera de las sociedades mercantiles. Pero, en carácter de anteproyecto, recibió calificados comentarios públicos, entre otros, de los académicos Anaya y Fargosi.

§ 6. En lo que respecta a los contenidos del vigente régimen de sociedades, hemos seleccionado tres cuestiones —dentro de las muchas y significativas que existen—, para, brevemente, comentar.

Un primer aspecto está dado por la precisión y delimitación de la mercantilidad de las sociedades contempladas en el texto normativo. De lo que se trata es de esclarecer el criterio con arreglo al cual deben calificarse como civiles o mercantiles las distintas formas societarias reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional. Y, en este orden de ideas, es necesario tener en cuenta, la mercantilidad de la sociedad como contrato, lo que implica la referencia a los preceptos que contempla el tipo social, acorde con la legislación mercantil y las disposiciones que tratan la sociedad civil en el Código Civil.

La otra perspectiva que cabe analizar en función de la personalidad jurídica es la mercantilidad subjetiva o mercantilidad del sujeto, o sea, el problema de la mercantilidad de la sociedad como persona jurídica. Y sobre esta última cuestión el art. 2 del texto de la ley 19.550, dice: “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley”.

Esta última aclaración normativa (“con el alcance fijado en esta ley”, lo hemos reiterado deliberadamente) da cabida —en nuestra opinión— a la excepción de especie del art. 54, segundo apartado, introducida por la reforma de la ley 22.903 ya citada, en cuanto posibilita “la superación de las formas societarias” y/o “desestimación de la personalidad jurídica”.

Debe señalarse que, si bien este último precepto tiene su autonomía funcional y operativa, la advertencia del “alcance fijado en esta ley” le asigna coherencia legislativa, como si ambos textos respondieran a un mismo acto de sanción legal cuando, en rigor, los dispositivos cuentan con un margen de diez años de existencia formal.

No menos significativo y de merecida difusión es la coexistencia armónica, bajo el mismo régimen jurídico, de sujetos de derecho o personas jurídicas (sinonimia legal), según las respectivas normas legales, de importantes centros de interés patrimonial, por caso, la unión transitoria de empresas o contratos de colaboración empresaria, los que por expresa disposición legal no son ni sociedades ni sujetos de derechos; otro supuesto es la destacada figura de la “asociación bajo forma de sociedad”, dando carta de ciudadanía a la verdadera propiedad horizontal en el instituto de los “countries”, moderna realidad del dominio, cuya operatividad está en función de un reglamento con amplio margen al poder dispositivo y negocial de las partes constituyentes y, por último, y sin agotar las alternativas de la ley, la denominada “sociedad accidental o en participación”, que tampoco es sociedad ni sujeto de derecho.

Y en este sumario inventario del orden jurídico societario no podemos desatender la “tipicidad”, que alude a la configuración de los variados tipos legales de sociedades. Es que la atipicidad en esta materia es un marcado valladar a la autonomía de los particulares y la libertad societaria. Sobre el particular, hacemos mención de un ilustrado trabajo del académico Alegria, Reglas y principios del derecho comercial, quien trata “el replanteo de la nulidad por atipicidad societaria” y, entre otros conceptos, sostiene que “se reafirma la conveniencia de mantener la tipicidad societaria, pues los efectos propios del tipo no se producen en caso de atipicidad” y, de lege ferenda, sigue diciendo, el autor “que la atipicidad no debe causar la nulidad de la sociedad”.

§ 7. Antes mencionamos que nuestro régimen societario ha sido fuente de ilustración al derecho comparado, señalamos al respecto una de las

dos grandes escuelas del derecho mercantil, que reconoce su maestro en el profesor Joaquín Garrigues. Hoy, sus orientaciones, muy especialmente son continuadas por sus discípulos, todos versados mercantilistas. Uno de ellos, Jesús Fernández de la Gándara, expuso hace años ya en esta Academia.

En otro plano, la Comisión que elaborara el Anteproyecto, luego ley 19.550, cita como uno de sus antecedentes la entonces ponderada Ley de Sociedades Anónimas de España, del año 1951, texto donde prevalecía la coautoría del profesor Joaquín Garrigues. Y, he aquí, lo destacado: en un libro que contiene conferencias y discursos de Garrigues titulado *Temas de Derecho vivo*, en ocasión de un homenaje a un catedrático español que se jubilaba, durante su conferencia, “El Derecho Mercantil en el siglo XX”, p. 325, dice en alusión a las modificaciones que en distintos países actualizan la regulación de sociedades “...y en la Argentina con la ley de 1967, que constituye un verdadero modelo en su género...”

Asimismo, el catedrático Vicente Santos, profesor en la Universidad de Zaragoza, en un libro de homenaje a su maestro, José Girón Tena, titulado *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, tratando el tema “La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo”, más allá de las dos carillas que le dedica a nuestra escisión societaria, en citas 24 a 37, sustenta su opinión mencionando, entre otros, a nuestros colegas académicos, Otaegui, Manóvil y, al recordado amigo, Héctor Cámara. Repárese la agudeza del catedrático Santos, quien elogia al académico Cámara, en cita 37, al decir: “La expresión escisionaria no ha escapado a la minuciosa atención de Héctor Cámara, quien la critica, como también la expresión fusionaria, palabras que no son castizas”.

Enaltece Santos nuestra ley, sosteniendo: “El Derecho argentino, que se ha abierto al fin a la escisión total, ofrece a la historia de las instituciones jurídico-societarias un valioso dato: el haber tipificado, ante todo, la escisión parcial que ha de ser considerada tan merecedora de la calificación de escisión como la total”.

§ 8. Para concluir, señalamos que los instrumentos jurídicos que en un momento dado el legislador concibe para que los empresarios organicen la actividad económica, ante las exigencias de la compleja realidad, resultan muchas veces superados y se imponen adaptaciones. Hablamos entonces del nuevo derecho de sociedades, lo que significa aludir a las modificaciones que se introducen en ese sistema como consecuencia de una serie de hechos novedosos de los que, tal vez, los menos relevantes sean los de origen jurídico y los más condicionantes resulten de génesis económica y laboral —nacional e internacional—. Lo importante es, pues, que la legislación alcance a todas las sociedades.

En un momento en el que la economía tanto influye en el bienestar y en la calidad de vida de los ciudadanos, los juristas y los legisladores tienen la grave responsabilidad de hacer que el derecho societario, sirviendo a la justicia y atendiendo a la seguridad jurídica, esté a la altura de los acontecimientos para posibilitar, con sus fórmulas, el mejor desarrollo de las iniciativas y generar sociedades capaces de crear riqueza, trabajo y prosperidad; luego vendrá la etapa de la adecuada distribución, confiando en el espíritu emprendedor del hombre y asignándole los medios de crecimiento, porque de la burocracia, el inmovilismo y la negación de la libertad creadora no se puede esperar más que la pobreza y la tristeza y sus consecuencias: la resignación o el miedo. Por el contrario, si partimos de la capacidad del hombre, el resultado será talento e ingenio en sus soluciones jurídicas, la mejora en la calidad de vida y el bienestar general. ♦

ALGUNOS ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

I. Reflexión preliminar

I.a. En el caso argentino tuvimos una Constitución poco reformada y muy violada, paradójica situación en la cual cabe señalar que el carácter de Constitución rígida estaba doblemente calificado por la rigidez procedimental y la rigidez orgánica.

Esa Constitución poco reformada y muy violada tuvo numerosas mutaciones constitucionales en la opinión de los autores y los analistas. Tuvo también reformas de facto, generalmente de duración limitada, efímeras, como los estatutos que consagraban fines revolucionarios, a veces enunciados sin este nombre, como en 1930, ya con ese nombre, en otras oportunidades, o implícitos como en 1943, o enmiendas como la de 1972, sancionada por vía del propio ejercicio del poder constituyente, por quienes detentaban en ese momento el poder político.

I.b. A manera de introito, quiero decir que mucho se ha señalado sobre la gestación de esa reforma constitucional del noventa y cuatro, que tuvo lugar en instancias muy peculiares pues se creó una suerte de clamor que procedía de los oficialistas de aquella época, que ante el eventual desistimiento de una prolongación con otros candidatos del partido oficialista, bregaron por la posibilidad de un nuevo periodo del presidente en ejercicio, pues todavía regía la constitución histórica de mil ochocientos cincuenta y tres, y mil ochocientos sesenta, que no permitía la reelección inmediata. Esa continuidad aseguraría, según los que eran íconos de esa tesitura, la continuidad no solo de la política seguida hasta entonces por el presidente sino también la continuidad de todos los equipos que acompañaban en esa gestión. Por supuesto que el propio presidente manifestaba su interés en ello: distinta había sido la situación con el presidente

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 12 de junio de 2014.

anterior, que cuando el Consejo para la Consolidación de la Democracia emitió sus dictámenes que contemplaban también un periodo de cuatro años con reelección, envió de inmediato una nota en la cual sostenía y afirmaba (y se comprometía) a que si eventualmente se llegaba a aprobarse, él se autoexcluía del beneficio que podía otorgarle una reforma de ese tipo.

I.c. En ese estado de la cuestión se llega a una elaboración conocida bajo el nombre de “coincidencias básicas”, que dentro de un proceso de reforma constitucional daba por un lado habilitación de temas al poder constituyente, para que resolviera dentro de la incumbencia propia que el constituyente tiene, es decir, diciendo sí o no, o de otra manera, pero siempre dentro de esos temas.

Pero incluía un “núcleo” en el cual el constituyente debía decir sí o no, pero no podía seleccionar, dividir, separar, desglosar o modificar los contenidos como estaban señalados en el llamado “núcleo de coincidencias básicas”. Era una suerte de curatela que el poder pre-constituyente le imponía al poder constituyente. Esto daba lugar a dos actitudes posibles: la resignación ante el hiperfactualismo recordando las palabras de Tosca frente al cadáver del Barón de Scarpia: “davanti a lui tremaba tutta Roma”, es decir delante de él temía o se anonadaba toda Roma. O la otra actitud, en el extremo opuesto, era la que asumió Monseñor De Nevares, es decir: ir, sostener que no estaba de acuerdo con eso, que no se podían establecer esas limitaciones al poder constituyente, y en un acto de coherencia —que me merece el mayor respeto y admiración— manifestar su voluntad de no participar de un proceso condicionado en esos términos.

Trataré de resumir al mínimo distintos aspectos de la reforma que, con motivo de los veinte años, conviene recordar. Uno es el de los vicios originarios, que fue muy discutido en su momento: es el del “núcleo de sus coincidencias básicas” (art. 5º), entendido como un “container”, es decir, como un bloque cerrado y hermético proveniente del pacto de Olivos. Esto era muy discutido y discutible desde el punto de vista constitucional, por cuanto significaba un retaceo del poder constituyente, pues había que votar la totalidad de sus contenidos por la afirmativa o por la negativa y sin poder modificar una coma. Fuera del núcleo de coincidencias básicas que habían acordado en Olivos (un acuerdo entre dos), existían sí otros puntos que el Congreso incluyó en la ley 24.309 como pasibles de reforma y que permitían una mayor libertad para los convencionales constituyentes.

I.d. En todos los casos el límite de su competencia estaba dado por los temas fijados por el Congreso Nacional. De admitirse la validez del art. 5º

en examen, resultaría que la Convención es un órgano superfluo. O está de más el acto excesivo del Congreso, o está de más la competencia castrada de la Convención. Una cosa es una competencia limitada, porque se trata de un ejercicio del poder constituyente en etapa de revisión o de reforma y una muy otra es una competencia enervada o aniquilada por la usurpación de la Ley de convocatoria. La distinción tiene su importancia, toda vez que si resultara irrealizable la decisión adoptada por el legislador ordinario en el art. 5º, tendríamos que admitir que en tales condiciones de cercenamiento de la facultad constituyente sería preferible que la Constituyente no se constituya (sic). La aceptación lisa y llana del art. 5º equivalía ciertamente a desconocerle a la Convención el mismísimo atributo de dictar el Reglamento que habría de regir sus sesiones y su trabajo. Nadie hasta hoy había sostenido tamaña agresión, ya que siempre se había reconocido a estos Cuerpos las facultades implícitas inherentes al cumplimiento de su función.

La justificación del art. 5º por razones “políticas” entronca, por lo demás, en la raigambre del más puro decisionismo, que es como decir que habrá de prevalecer el capricho e interés de los actores y gestores del Pacto por sobre la voluntad del pueblo que se traduce en los Constituyentes. En última instancia, el art. 5º resume una vez más lo que en tantas oportunidades ha significado el predominio de la facción por sobre el interés de la Nación. Este art. 5º rompe con la noble tradición del Acuerdo de San Nicolás, que preservaba la libertad de los constituyentes como dato valioso para la gestación constitucional (y así lo recogió el primer dictamen del llamado Consejo para la Consolidación de la Democracia, que desaconsejaba cualquier tipo de mandato imperativo: Eudeba, p. 96).

Lo más preocupante de esta situación planteada a partir del art. 5º: que un condicionamiento así, más allá de lo opinable en cuanto a su remanida “conveniencia” política, pone en el camino del proceso constituyente una alarma de deslegitimación; el poder pre-constituyente cobró primacía sobre el poder constituyente.

El tema motivó un gran debate inicial en la Convención al momento de aprobarse el Reglamento, lo que llevo varios días hasta que finalmente se aprobó el “container” tal como venía establecido en la ley de convocatoria que el Congreso había sancionado após su crítica y descalificación por convertir a la Convención Reformadora en “un órgano superfluo”, con “competencia castrada”, en una asamblea “refrendataria” y resignada a pronunciar el “amén”. Si bien el último intento por romper el “container” fue en esa discusión del reglamento, para llegar a esos consensos hubo muchas concesiones recíprocas que después se han traducido en el articulado: concesiones para todos y entre todos, tales como el tercer sena-

dor, la jerarquía constitucional de los pactos de derechos humanos, la ley de coparticipación, la propiedad originaria o dominio originario de los recursos naturales, etc.; todo ello con la finalidad de ir conformando una mayoría compacta en el momento de la votación. No se puede ocultar que también hubo alguna disciplina “stalineana” en los partidos políticos que aceptaron esa situación y que sólo permitieron que se inscribieran como candidatos para ser presentados en la elección aquellos que aceptaban esos condicionamientos, por lo cual hubo proscripciones (sic) de las personas que fueron vetadas por no aceptar el núcleo de coincidencias básicas (caso concreto: la UCR, Comité Nacional).

II. Los aciertos

Voy a empezar por los que considero que fueron aciertos de la reforma de la constitución. No se pueden excluir entre los aciertos la incorporación del artículo cuarenta y tres, que tiene a la vista un doble mérito. Dicha norma se refiere a las garantías y ese mérito lo podemos señalar de la siguiente manera: primero, superar las limitaciones del “decreto ley” de facto de mil novecientos sesenta y seis en materia de amparo, que era la norma que regía en ese momento, pues la Constitución no tenía una referencia específica al amparo, porque en 1853 y 1860 todavía no se hablaba de ello. Pero el decreto ley dictado por Onganía y Martínez Paz tenía sí un punto anti-amparista, es decir de limitación al amparo, que la Corte había creado pretorianamente con los casos “Siri” y “Kot” (en 1957 y 1958 respectivamente) y después otros ya más desarrollados como el caso “Buosi”; y así sucesivamente.

Una ingenuidad fue la de ese decreto-ley porque siempre hubo y habrá jueces super amparistas, que consideran al amparo como un “sana lo todo” y van más allá de lo que Orgaz y los demás jueces señalaron en “Siri” y en “Kot”. Hay jueces razonablemente amparistas, es decir, que se ciñen a la doctrina que la Corte estableció, es decir, cuando no existe otra vía apta para reparar el derecho, o que existiendo, es una vía que puede resultar ineficaz por extemporánea o tardía y por eso hay que acudir a un remedio sumario y no a las vías ordinarias. Y hay jueces decididamente anti amparistas, es decir, que se han caracterizado por su reticencia en el tema. Es bueno recordar que la propia Corte Suprema de Justicia de ese mismo período (es decir cuando se dictó el decreto-ley), acogió el amparo en muchísimos casos, mediando declaraciones implícitas de inconstitucionalidad. En segundo lugar, del art. 43 resulta algo muy importante: que los jueces, todos, pueden declarar la inconstitucionalidad por vía del amparo. Aunque es más fácil obtenerlo por otra vía, tal como la “acción decla-

rativa de certeza”, del art. 322 del código ritual, la que resulta a veces mucho más segura y más expeditiva, toda vez que para muchos jueces el nombre mismo del amparo los asusta un poco y los hace meditar demasiado prolongadamente respecto de la rapidez con que hay que otorgarlo. La Corte Suprema de aquellos tiempos prescindió de la prohibición que establecía el “decreto ley” en el inciso donde se disponía que no se podían declarar inconstitucionalidades por vía del amparo. Así resolvió algunos casos, dos de ellos muy memorables: el caso “Outón” y el caso “Mate Larangeira Mendes”. En el caso “Outón” era un problema de libertad de trabajo que estaba en juego. Un trabajador al cual no se le facilitaba el acceso al trabajo por no estar acreditado como afiliado sindical. Y Mate Larangeira Mendes era la impugnación de una resolución prohibiendo el levantamiento de cosecha de yerba en la provincia de Misiones, lo que afectaba la libertad de comercio y el derecho de propiedad y otros derechos. Y la Corte hizo caso omiso de la prohibición y en consecuencia accedió al amparo solicitado por los afectados. Pero el mayor mérito del art. 43 es que al reconocer el “control difuso” de constitucionalidad, según el cual todos los jueces pueden ejercerlo, elimina la posibilidad de la creación de un “tribunal constitucional” a cargo del monopolio del citado control, la que sería una institución totalmente ajena a nuestra inveterada tradición, habida cuenta que los Constituyentes en su momento (1853 y 1860), lo dieron como un valor entendido, siguiendo el sistema americano, del que no hubo nunca cuestionamiento. Pero hay una prédica (la ha habido y algunos sectores la sostienen y la mantienen) de crear un tribunal constitucional que significaría un despojo más de la Corte Suprema en sus potestades. Ya ha tenido un retaceo con la creación del Consejo de la Magistratura, al quitarle facultades que eran propias de la Corte, y transferirlas a los largos incisos del art. 114 actual. Si se creara un tribunal o Corte constitucional, a mi modo de ver un órgano innecesario, estaríamos realmente produciendo un “vaciamiento” porque quedaría la Corte relegada a una tercera instancia simplemente para interpretar las normas del derecho federal, pero no sería la “palabra final” en materia de control. No hay que olvidarse de que la Corte se ha autodefinido con tres caracteres: cabeza visible del poder judicial, tribunal de garantías constitucionales e intérprete final de la Constitución. Eso lo ha dicho desde el comienzo y lo sigue diciendo, siendo el criterio al cual debemos permanecer fieles. Hay países latinoamericanos que han creado tribunales constitucionales, sin prescindir de la Corte Suprema: la verdad es que no sirven para nada. Lo tienen varios países especialmente centroamericanos y algunos sudamericanos. En Europa sí tiene su explicación, debido a esa vieja tradición de origen “rousseauiano” de la voluntad general y de la imposibilidad de que

un juez pueda dejar de lado una norma sancionada por el parlamento. Se fueron creando sucedáneos, de los cuales el más importante fue la creación kelseniana de Austria en 1920 con la Constitución por la cual se introdujo una “corte constitucional” que no solo tiene el monopolio de esa jurisdicción sino que además tiene la facultad anulatoria de la norma que llegue a ser fulminada. Nosotros no necesitamos eso. No obstante, hasta en la propia Convención de 1994 llegaron ecos en ese sentido (del lado del justicialismo el Dr. Masnata era partidario); y si bien ya había fallecido el Dr. Nino que también era simpatizante de la idea, en sus últimos años de vida no estaba tan convencido, tal como lo reconoció en un debate que compartimos. Estimo que no existe sistema más democrático que el del control “difuso”, a través del cual y en un juicio, cualquiera de las partes puede plantear la cuestión constitucional y el juez interviniente debe resolverla, si perjuicio de las ulteriores instancias apelatorias.

En tercer lugar, habría que mencionar que aunque resultara innecesario pues tenían apoyatura en el art. 33 de la Constitución Nacional, que reconoce los derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, no ha estado mal que se incluyera en el art. 43 la cobertura constitucionalizada de forma explícita del hábeas corpus, del amparo y del hábeas data. Con un alcance amplio en los tres casos, para cubrir una serie de hipótesis. De la única que no se cumplió, por parte del Congreso, con el dictado de leyes reglamentarias, ha sido el caso del amparo. ¿Por qué? ¿Qué es lo que ha sucedido? Somos el único país de América Latina que no tiene una ley específica de amparo. Se mantiene ese viejo decreto ley que sigue vigente, aunque está superado por el art. 43 de la Constitución, o sea que ésta ha ido mucho más lejos con la reformada de 1994 en ese punto, que el viejo decreto-ley. Pero han fracasado todos los intentos de sancionar una ley. El último intento ocurrió en el año 2006, en el cual se consiguió finalmente conformar una comisión plurisectorial en la que estaban representados todos los sectores para elaborar un proyecto en la Cámara de Diputados. Después de una ardua tarea y donde cada uno de los miembros resignó algo de lo que por su cuenta ya había anticipado en proyectos anteriores, se llegó a una redacción bastante amplia (alrededor de 30 artículos) que, incluía también el amparo colectivo, lo que hubiera hecho innecesario la creación jurisprudencial de la “class action”, que no ha sido reglamentada (y que la Corte acaso quedó un poco asustada de la criatura que inventó). El proyecto fue aprobado por unanimidad de la Cámara y, con gran sorpresa cuando se hizo la votación en particular de los treinta tantos artículos, todos fueron aprobados por una-

nimidad. Nadie pidió la palabra para corregir nada. Lo cual llama la atención porque siempre hay alguien que pide la palabra pedir que se cambie aunque sea una coma para quedar inmortalizado en el diario de sesiones. Pero no pasó nada de eso; al contrario: hubo un aplauso colectivo, toda la Cámara se puso de pie y el proyecto pasó al Senado donde alguien decidió “cajonearlo” y que no se tratara nunca más ese proyecto. El mismo fue reiterado una o dos veces, ya que por aplicación de la ley Olmedo, se produce la caducidad de los proyectos después de cierto plazo, pero hasta hoy no ha habido nunca “luz verde” para que se tratara de nuevo.

En cuarto lugar, merece encomio la disposición transitoria número uno de la reforma constitucional referente a los derechos argentinos sobre las Islas Malvinas y territorios afines, por cuanto remite expresamente a la conformidad con los principios del derecho internacional. Se reitera y ratifica la soberanía argentina con la obligación indeclinable de bregar por la obtención y el recupero de esas islas del Atlántico Sur, añadiendo la conformidad con los principios del derecho internacional, de lo que resulta una exclusión de la hipótesis bélica.

En quinto lugar, me parece también un acierto (aunque es muy opinable), la instalación ya definitiva del tercer senador, que había sido prevista y aplicada con la Enmienda de 1972 en el Congreso elegido en 1973 y que duró hasta 1976, período en que hubo tercer senador. La finalidad fue la misma que en aquella oportunidad: evitar que pueda darse una composición unánime con un único sector político, como ocurrió en algunas oportunidades. Así fue en 1946 a causa de la exclusión arbitraria de los senadores de Corrientes, por lo cual hasta el año 1955 hubo un Senado unánime; y en 1958 hasta la elección de Alfredo Palacios en el 1961 que fue el primer senador no oficialista que pudo incorporarse en esa oportunidad. Pero el art. 54 cambia la terminología y, por ende, la interpretación acerca de la adjudicación de las bancas. En 1972 se hablaba de la mayoría y de la minoría y en 1994 se pone al “partido político” que obtenga el mayor número de votos y al que le siga en el número de votos, es decir, prácticamente concentra en la partidocracia la decisión respecto de la nominación del senador por minoría. Esto tiene, a mi modo de ver un inconveniente, porque rigidiza en vez de flexibilizar la presencia opositora y pluralista en ese cuerpo.

En sexto lugar, debemos contar que alivió el trámite de sanción de las leyes en cuanto a los pases entre ambas Cámaras por discrepancias entre la “iniciadora” y la “revisora” (de 5 a 2), tratándose de “adiciones” o “correcciones” (art. 81).

III. Cuestiones que plantean dudas e interpretaciones polémicas

El art. 124 reconoce el dominio originario de los recursos naturales por parte de las provincias. En este momento es un tema polémico vinculado con el proyecto de nuevo régimen legal para el tema del petróleo. Ya esto ha sido debatido en el Congreso en los años 1929 y 1930. Frondizi también envió un proyecto de ley que fue aprobado y Julio Oyhanarte —entre otros— escribió al respecto. Una cosa es el dominio y otra cosa es la política petrolera o la política de recursos naturales. ¿Dónde comienza una cosa y donde termina o empieza la otra es difícil de establecer?

Pero hay algo más polémico que es la potestad de las provincias para celebrar convenios internacionales con países y con organismos internacionales. Parecería que esto es inocuo o que no tiene ningún ribete adverso. Sin embargo, por el art. 27 del “tratado de los tratados”, es decir la famosa Convención sobre régimen de tratados, también llamado Tratado de Viena, que estipula cómo deben ser los tratados y cuáles son las responsabilidades (que es ley 19.865 que se aprobó y por lo tanto posee jerarquía superior a otras leyes), tiene un artículo, el 27, en el cual se establece que no se pueden argüir ningún tipo de cuestiones de derecho público interno para no cumplir los tratados, por lo que entonces la responsabilidad es del estado nacional. Esto podría significar que esos convenios o acuerdos que celebren las provincias con otros países pudieran ocasionar en algún caso reclamos reparatorios y el que tendría que enfrentarlos sería el Estado Nacional, o sea el pueblo de todo el país a través de los recursos que van al tesoro federal. Además, esos acuerdos que se hagan son compromisos que no están registrados, pues nunca llegó a establecerse en el Congreso la creación de un organismo registral de los actos que puedan celebrar internacionalmente las provincias, y ese problema sigue sin resolver. La Cancillería en algún momento hizo algunas consultas acerca de si esta norma 124 vinculada con los compromisos internacionales es directamente “operativa”. Y algunos opinaron, entre ellos el suscripto, de que tiene que ser reglamentado porque se puede prestar a dificultades muy grandes en el orden interno nuestro. Pero no ha habido ninguna “implementación” hasta el día de hoy.

Otra cláusula, la más conocida de todas: la de co-participación. Nunca se ha sancionado la Ley de Coparticipación. La verdad es que esto ha sido un engaño porque mientras tanto continúan viejos arreglos que son parches o remiendos de sus precedentes. No se cumplió el plazo que estaba en la cláusula sexta y establecía un año concreto: 1996. Estamos en el 2014 y no hay Ley de Coparticipación. Lo que hay son más “parches” y

“remiendos”. Y ningún Presidente tampoco ha manifestado mayor interés en que se proceda a poner en funcionamiento el mecanismo del inciso segundo del art. 75, que tiene sí un aspecto que puede ser polémico. Después de la gestión, la negociación y la sanción de esa ley, se requiere la aprobación de las provincias (de todas las provincias). No es un problema de simple mayoría. Esto se habrá hecho con la finalidad de robustecer el régimen, forzando o provocando un acuerdo en el cual resultara que el reparto entre lo que le corresponde a la nación y lo que le toca a las provincias sea equitativo. Pero es una cláusula propia de las confederaciones y no de los estados federales, por lo cual se está violando el artículo primero de la Constitución que establece que nuestra forma de gobierno es representativa, republicana y federal. En las confederaciones sí hay (y se les reconocen a los estados confederados, como ocurrió antes de que se estableciera la Constitución de Filadelfia en los Estados Unidos) el “derecho de nulificación”. Los Estados podían declarar la nulidad de una norma acordada por la Confederación. En la Argentina, y en los Estados Federales eso no es admisible. De modo que creemos que la parte del art. 75, inc. 2º, es de dudosa constitucionalidad, porque los Constituyentes no podían modificar los artículos del 1º al 35 donde están las decisiones políticas fundamentales como son las declaraciones, derechos y garantías y además se establece un estado de tipo federal y no confederal.

Otro problema de dudas e interpretaciones es el art. 120, que erige al Ministerio Público en una especie de cuarto poder del estado. Si uno lee los títulos de la Constitución en la segunda parte, aparecen el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial del Gobierno Federal, pero también aparece este cuarto (sección cuarta) que es el Ministerio Público. Uno lee ese artículo: es un poema, es una maravilla, está muy bien redactado en cuanto al elogio de la función del ministerio público, especialmente el ministerio vinculado con la jefatura de los fiscales y también de la defensa. Pero esto fue agregado a último momento y de apuro, cuando ya se había cerrado el plazo para la elevación al plenario de la Convención. Los constituyentes no encontraban dónde insertarlo: si dentro del poder judicial o dentro del poder ejecutivo, pues se había discutido mucho, durante décadas y décadas en qué órbita estaba el ministerio público. Y entonces optaron por una creación de Poder; pero eso no es lo grave: lo más grave es que cuando uno lee ese artículo se acuerda de aquello que dice que “cuando la limosna es grande hasta el santo desconfía”. ¿Qué falta en ese art. 120? Y ahora estamos viendo que lo que falta en este momento es de gravedad enorme, pues no se menciona la estabilidad. Y alarma el caso de Campagnoli, el fiscal, que puede ser un torniquete anunciatorio para que otros fiscales se domestiquen y no tengan la libertad de acción y el elevado espíritu que tiene este hombre que está padeciendo la “espada de

Damocles” de un jury de enjuiciamiento que se le viene encima. Todo esto ha sido pergeñado por la procuradora general, que considera que puede por sí y ante sí suspender a un fiscal. Aunque la propia ley reglamentaria de Ministerio Público, confiere una cierta estabilidad al Ministerio Público. Pero es de una ley: aquí hacía falta la estabilidad constitucional que hubiera evitado estas situaciones enojosas; la conformación de un “jury” no es suficiente garantía, pues la ley puede ser modificada por otra ley.

Por último, otro tema que también parece que entra en este mismo capítulo, es el del art. 75 inc. 22, cuando después de mencionar los diez pactos, convenios y tratados vinculados con los derechos humanos (más los tres que se han incorporado por el mecanismo que la propia norma habilita para que tengan esa jerarquía constitucional) contiene un párrafo que afirma que son complementarios de los derechos que están en la Constitución y que no pueden ir en contra de tales derechos y garantías. Pero sostiene que tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Y esto ha querido ser mal interpretado por algunos, señalando una serie de hipótesis y conjeturas. En las “condiciones de su vigencia” está referido a que muchos tratados, acuerdos y pactos se acuerdan con “reservas”. La Argentina puede hacer reservas, sugeridas por el Congreso o introducidas por el Ejecutivo. Así ocurrió con el Pacto de San José de Costa Rica, así ha acaecido con la aprobación del Pacto de derechos civiles y políticos, que es complementario de la Declaración Universal; y que son reservas importantes, que muchas veces no aparecen reconocidas por los jueces en el momento en que dictan las sentencias y que deberían tomar en cuenta dado que la norma ha tenido una “reserva” y que por lo tanto no rigen en los términos en los que ha sido redactado el documento de marras. Por ende “en las condiciones de su vigencia”, fue puesto para eso, o sea, para que se respeten las reservas. Pero hay algunos doctrinarios que admiten otro tipo de interpretaciones.

IV. Errores. Cuestiones a reconsiderar

En el caso que eventualmente pudiera hacerse, el primero de los errores que creo y aquí debo *“cantar la palinodia”* porque en algunos momentos pensé que había que ir hacia la elección presidencial directa con distrito único y voto directo, que es el sistema que ha regido con la reforma de la Constitución. Sin embargo, estimo que ha sido un error. Un país como Estados Unidos, primera potencia mundial, manejándose con una Constitución de tanta antigüedad y de tanto consenso, no cambió el régimen de elección indirecta de segundo grado por medio de colegios electorales compuestos por electores o compromisarios. Lo que ha ocurrido en nuestro país es que la elección presidencial se reduce a una disputa en cinco distritos aproximadamente: provincia de Buenos

Aires, con 16 millones de habitantes, Capital Federal o Ciudad Autónoma de Buenos Aires como se llama ahora, Santa Fe, Córdoba y Mendoza. Y el resto participan, votan, pero obviamente su gravitación es mínima. Tenían mucha más gravitación que podía servir para un desempate, o podía valer eventualmente para un acuerdo o formar una fórmula presidencial y vice presidencial de convergencia, lo que ahora obviamente no tiene ninguna posibilidad. Personalmente estimamos que también hay que introducir alguna otra modificación en el tema de la duración del período presidencial. Hay que fijar el término, no en seis ni en cuatro años, sino en cinco años. Creo que cuatro es muy poco: enseguida se está pensando en la reelección, y seis era demasiado, porque “el mal humor social” surge por lo general después del cuarto año. Creo que sin ir muy lejos, nada más que mirando a la República Oriental del Uruguay, el plazo de cinco años sin renovaciones intermedias, permite una estabilidad y una gobernabilidad o gobernanza suficientemente adecuada. Es por supuesto opinable todo esto, pero las renovaciones parciales en un país como el nuestro politizan todo en forma permanente. Termina una elección y empieza ya la primaria o la interna o los acuerdos o las expectativas, como lo estamos viendo ahora: hubo el año pasado una elección y ya se está politizando todo en vista de la elección del año venidero, que además de la presidencial abarca la mitad de la Cámara de Diputados y un tercio del Senado (que cada dos años se renueva por tercios). En Estados Unidos renuevan cada bienio la totalidad de la Cámara de Diputados o de representantes (así los llaman), pero ellos están habituados a eso. Creo que no es el mismo efecto de psicología social en nuestro país que la que media en el caso de los EE.UU. en que —por otra parte— se aplica el voto uninominal por circunscripciones.

Lo segundo que requiere también algún cambio es el régimen constitucional de los decretos de necesidad y urgencia. Sobre todo en un aspecto, y no me refiero a la ley reglamentaria, sino a que la Constitución excluyó de los DNU nada más que la materia penal, la materia tributaria, el régimen electoral y el régimen de los partidos políticos. Estos temas no pueden ir por DNU. Pero todo lo demás puede aprobarse por DNU: entonces se puede expropiar por medio de un decreto de necesidad de urgencia (es grave). Se puede cambiar el número de los jueces de la Corte, sin ley, sino por un DNU. Se pueden modificar las garantías del art. 18 en su reglamentación, por medio de un DNU, como toda la seguridad personal, o la reglamentación misma de los derechos que la Constitución dice que lo serán “por las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 14) o sea que todo eso se puede hacer por DNU, mientras la partidocracia se protegió a sí misma disponiendo que lo electoral y los partidos políticos no se modifican por DNU. Lo penal y tributario va de suyo, porque son principios que vienen

desde la Carta Magna en adelante. Pero quedan desprotegidas un montón de situaciones que creo que deberían haber sido incluidas en la exclusión. Dicho todo esto sin dejar de expresar que el acudimiento constante a los DNU —habiendo mayorías propias en las Cámaras— obedece a la displi-cencia del Ejecutivo en relación con el “debate” y la transparencia (sic).

En tercer lugar, el Consejo de la Magistratura, tal como está en el art. 114, considero que no puede seguir así en forma eterna. En principio, porque estimo que debió haberse fijado la integración con mayor preci-sión cuantitativa, como por ejemplo, lo hizo la Constitución de la Ciudad (CABA): nueve miembros, tres, tres y tres, por cada estamento: jueces, abogados y legisladores. Hemos tenido otro Consejo de la Magistratu-ra enorme, que fue reducido a 13, y que puede variar en el futuro otra vez para hacerlo más enorme o gigantesco. Yo recuerdo una anécdota, cuando me tocó ejercer el Ministerio, con las dos visitas protocolares que de inmediato que hay que hacer de acuerdo a las tradiciones: a la Corte Suprema, debiendo sumar también ahora al Consejo de la Magistratura. Era enero del año 2002, mes de feria. La Corte Suprema estaba también de feria, pero salvo uno que no pudo llegar a tiempo, todos los demás miembros estuvieron presentes. Así, el día tres o cuatro de enero los vi-sité y tuvimos una muy grata reunión, muy prolongada y fecunda. Pero el Consejo de la Magistratura dijo que no, ya que ellos estaban de feria y que hasta febrero no recibían a nadie. Lo cual parecía una descortesía; habida cuenta que tienen por lo menos autoridades, presidente y vice-presidente. Hice llegar mi malestar respecto de esa falta de cortesía; y en-tonces, alrededor del día 20 o 21 anunciaron que recibirían al Ministro de Justicia. Sesionaban en esa época, instalados en el cuarto piso del edifi-cio de Tribunales, donde antes estaba la sala de audiencias de la Cámara Civil. Era una reunión con los titulares, obviamente, como lo había sido con la Corte. Cuando llego me esperaba el vicepresidente, porque nunca el presidente del Consejo de la Magistratura había ido a ninguna sesión (el Dr. Nazareno nunca en su vida pisó el Consejo de la Magistratura). Estaba el vicepresidente. Abrió la puerta y había a la vista una multitud. Entonces dije: “Pero entendí que era una reunión con los consejeros”. Me respondieron: “Sí, son los que están sentados en esa mesa, no están to-dos porque algunos están de vacaciones”. “¿Y todos esos que están allí, esa multitud?”, pregunté. “Son los asesores”. Como fui acompañado por el Subsecretario, le pedí al oído que los contara mientras yo hablaba y dialogaba con ellos. Eran 160, más o menos; una cosa impresionante. Perdón por la anécdota, pero es atinente.

En segundo término, creo que no se respeta lo que dice la Constitu-ción en cuanto a que se procure el equilibrio dentro de la composición

del Consejo de la Magistratura. Por lo cual, insisto en el argumento: tendría que especificarse cuánto le corresponde a cada uno. También la Constitución dice “en representación” de los órganos políticos resultantes de la elección popular. “Representantes” no significa que los senadores y diputados tengan que tener un doble rol: estar sentados en la banca y a su vez en el Consejo. La tarea del Consejo por lo visto y dadas la gran cantidad de vacantes judiciales que se producen, es una tarea *full time*; y la tarea del Congreso, me consta, también es una tarea *full time*: se está allí y no se puede estar en otra función. Pero nunca se interpretó que la “representación” era la posibilidad de nombrar a representantes por parte de los diputados o por parte de los senadores para que actuaran en el Consejo de la Magistratura. Personalmente creo que hay que eliminar la participación de los senadores porque éstos intervienen después, cuando se les giran las ternas a efectos de darle el “acuerdo”. De modo que tienen una doble intervención ahora: en el Consejo de la Magistratura primero para la selección y, después, cuando las ternas llegan al Senado y tienen que darle el “acuerdo” (sic). Y por lo mismo creo que el Poder Ejecutivo no debe estar interviniendo en el Consejo de la Magistratura, porque el Poder Ejecutivo participa luego, al final, cuando llega la terna y de ésta elige uno de los tres. Lo que ocurre es que hay poderes ejecutivos a los que no le gustan las ternas y procuran que haya una “terna alternativa”, es decir, una figura que no está prevista ni en la Constitución ni en la ley, pero esa anomalía se ha cometido. También la Constitución habla del representante del ámbito académico y científico; y el país tiene dos academias nacionales de Derecho y Ciencias Sociales, pero ningún académico, ni de Córdoba, ni de Buenos Aires, ha sido elegido miembro del Consejo de la Magistratura. En el ámbito científico, la palabra “científico” tiene una laxitud muy grande, pero lo de “académico” es mucho más preciso. Lo cierto es que el art. 114 se refería exclusivamente a científicos o académicos del campo del derecho. Por ejemplo, la convencional María del Carmen Falbo fue concluyente cuando dijo que el artículo requería que “...estén las mejores personas pertenecientes a [las academias de derecho]...” (Diario de Sesiones, 3era. Sesión Ordinaria, 28 de julio de 1994).

Ha habido campañas electorales en las que los candidatos han recorrido las universidades de todo el país buscando votos para su postulación. Verdaderas campañas políticas para ser elegido consejero de la magistratura (que aseguran una jubilación equivalente al Tribunal Nacional de Casación, es decir, casi como la Corte).

Un detalle, que hay que conocer, que hay que saber: tienen demasiadas atribuciones. No vamos a leer los seis incisos, pues todos ustedes

los conocen. Pero la Corte Suprema, y esto creo que es fundamental, sigue siendo “suprema”, pues el art. 108 no ha cambiado la denominación. Y dice, una Corte Suprema, que la ha creado la Constitución y no la ley: es pues, el tribunal creado por la Constitución y, después, la cantidad de miembros se fija por ley. Pero apunto a que las decisiones del Consejo de la Magistratura, si adolecen de arbitrariedad o de inconstitucionalidad, pueden ser revisadas o llevadas a revisión ante la Corte Suprema. Es la única forma de poner coto a exorbitancias o desviaciones de poder que puedan incurrirse por parte del Consejo de la Magistratura: considero que la Corte puede, a mi modo de ver, asumir la potestad de revisión respecto de las decisiones del Consejo de la Magistratura. Bueno hubiera sido que los constituyentes argentinos tomaran en cuenta también otros modelos y no se inspiraran en el del Consejo Supremo del Poder Judicial, del Reino de España, que ha resultado ser el más escandaloso y desaconsejable. ¿No contaron acaso —en Santa Fe— con traductores de otros idiomas? Hace años tuve oportunidad de asistir a una sesión del Congreso de los Diputados de España, en la que se procedía a la elección de miembros del Consejo Supremo del Poder Judicial. El voto era secreto; y con gran sorpresa observé que al practicarse el escrutinio aparecían votos insólitos: por un torero, por una “porno star”, por artistas de la farándula, etc.; en medio de las carcajadas y los aplausos de los propios legisladores; causándome esa frivolidad una pésima impresión.

Y una cuarta observación es que en el inciso sexto de este art. 114, termina diciendo que el Consejo de la Magistratura dictará las medidas de reglamento que aseguren la independencia de los jueces y la eficaz prestación del “servicio” de justicia. Esto me parece un horror; y si decir “administración de justicia” es un concepto monárquico, que viene de la época en que los reyes impartían justicia en nombre del rey, y dependían de éste (basta ver como en Locke estaba así previsto), que hoy se confunda con un “servicio público”, que por las acepciones que tiene en el diccionario de la Real Academia puede ser desde un retrete de baño, al servicio doméstico, o al servicio de lo que sea, como un orinal, los sanitarios, el transporte o “hacer un flaco servicio” (conf. DRAE). Además, la palabra “servicio” está vinculada con contraprestaciones por lo general, y con tasas en particular. De modo que este engendro que creo que se debe a ciertos autores que han empezado en el país a hablar de “servicio de justicia”, puesto así en la Constitución resulta que en vez de ser un avance es un retroceso.

La justicia es un Poder, es una función que prestan los jueces que forman parte de uno de los poderes, y no una simple “administración” o un “servicio”.

V. Desprolijidades y silencios

El artículo “perdido”. Esto no hay que olvidarlo: el art. 77, segunda parte de la Constitución. Una ley del Congreso encontró y redescubrió un artículo que se les había perdido en el momento en que se imprimió la Constitución. ¡Oh casualidad! ¿Qué dice esa parte que se perdió y que se descubrió después y que la ley 24.430 la introduce? *“Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las cámaras”*. Es decir, otra vez la partidocracia, que se autopreserva estableciendo una mayoría especial para que no se modifiquen las normas vinculadas con el régimen electoral y con los partidos políticos. ¿Es un resguardo precaucional para la partidocracia? Parecería que sí. Y esto está vinculado con la mayor protección que se da para la estabilidad de las normas electorales. Otra desprolijidad es la del artículo 120, del Ministerio Público, en cuanto a la forma en que fue introducido: el último día, a último momento cuando estaban vencidos los plazos. Otra improvisación que podría haber dado lugar a una impugnación.

V.a. Llama a la atención que el tema de los “Derechos Humanos” no contó con el interés ni la preocupación de los diputados constituyentes Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner. Néstor solamente hizo uso de la palabra en dos oportunidades, para preguntar por el monto de los viáticos de los Convencionales y el costo de la Convención; y la otra para criticar al presidente Carlos Menem por ser bajos los aportes del Tesoro Federal a la provincia de Santa Cruz. La única participación oral de la actual Presidenta fue en el mismo sentido: el reparto de los recursos (Conf. Ricardo Roa, “Clarín”, 24/05/2014). Tampoco abrieron la boca al tratarse el Capítulo Segundo sobre “Nuevos derechos y garantías” (arts. 36 al 43).

VI. Omisiones y olvidos

Creo que hubo omisiones que se prestan, como toda omisión, a que pueda articularse o esgrimirse cualquier argumentación. Una: que los “conjueces” deban ser elegidos de la misma manera y forma que los jueces de la Corte Suprema. El inciso cuarto del art. 99 ha introducido lo que no estaba en la Constitución: el requisito de los dos tercios de los miembros del Senado, presentes y en sesión pública convocada al efecto. Eso no se ha cumplido con la última nómina de los conjueces (año 2014), donde no hubo los dos tercios de los presentes. Sin embargo, no obstante que las oposiciones o las minorías lo cuestionaron, salió adelante nomás. Y al día siguiente se publicó el decreto de nominación. El primero que sostuvo

en el país que los conjuces tenían ser designados como los jueces de la Corte Suprema fue José Benjamín Gorostiaga —constituyente de 1853 y 1860—. En un intervalo en que fue, al tiempo de la organización nacional, diputado nacional y vicepresidente de la Cámara de Diputados, sostuvo esa doctrina (era un “intérprete auténtico” de la Constitución). Segundo. El tema del voto. Si es libre u obligatorio. Esta es una situación de duplicidad. La Constitución ha dispuesto que sea obligatorio, entre las condiciones del sufragio (art. 37). Pero todos los Pactos que hemos jerarquizado no lo dicen. De modo que podría ser libre si esos pactos tienen jerarquía constitucional. ¿Qué predomina: el 37 o los pactos que tienen jerarquía constitucional? Personalmente soy partidario —en los tiempos actuales— del sufragio libre, tal como lo votó una de las Cámaras del Congreso en 1912.

La inhabilitación. Yo estimo que la condena por inhabilitación en el juicio político debería ser considerada como una pena principal y no accesoria. Es mucho más impactante la “inhabilitación” que la segregación. Se han dado casos en que alguien ha sido destituido por juicio político y después ha sido propuesto para otro cargo. Tendría que ser pena principal.

La libre circulación de las monedas. Perú, por ejemplo. Todo esto que está pasando por el cepo. Hay constituciones de varios países que prohíben todo eso. Perú tiene en su Constitución el art. 64 que prohíbe cualquier tipo de coerción o de coartada tendiente a poner límite a la libre circulación de las monedas y su libre cambio. En el caso argentino se sumó a las potestades del Congreso (art. 75), inc. 19 la de cuidar el valor de la moneda, “su defensa”, pero es evidente que los legisladores son sumisos a la voluntad del Poder Ejecutivo y permiten que nuestro signo esté “al garete” de las fauces insaciables de la voracidad fiscal. Es por ello que a nuestro “peso” se lo conoce como “peso pijama”, que sólo sirve para entrecasa (sic).

La Auditoría General de la Nación (art. 85). La gente se embelesa pensando en los dictámenes del presidente Leandro Despouy, pero sólo el presidente deberá ser designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, o sea, en ambas cámaras. Pero el resto de los auditores la mayoría son representantes del oficialismo. Entonces, lo que se lee en los diarios (que Despouy impugna esto, cuestiona lo otro, etc.) después, cuando se vota, sale otra cosa porque los demás miembros son del oficialismo, es decir que la autoridad moral del Presidente puede ser por ser Presidente, pero no pesa. En cambio en algunas Constituciones provinciales, donde se empezó a incluir ya hace muchos años este tema de que la oposición tuviera un órgano de control, era para todo el cuerpo y todo el organismo.

Con respecto al control, yo no sé si la Auditoría ha sido realmente un paso adelante. Me parece que el viejo sistema del Tribunal de Cuentas por un lado y la Contaduría por el otro, era mejor. Pero allí hubo un entusiasmo en el cual casi todos los partidos, en el Congreso y antes de la reforma de la Constitución, cambiaron el sistema. El régimen actual es un “viva la pepa” porque la Sindicatura nacional no controla nada y la Auditoría informa al Congreso. Es decir: no hay Tribunal de Cuentas.

Un caso especial es el del art. 129 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No está claro el alcance de la autonomía. Está enunciado como ya lo conocen, y la “ley de deslinde”, llamada “ley Cafiero”, fue una ley de “acogotamiento”, que prácticamente ha quedado después en parte modificada o superada por los hechos, pero es obvio en mi modesta impresión que el art. 129 no resuelve un problema. La vieja ambición porteña era la votación popular del intendente: la electividad. No se hablaba de la autonomía. Hubo un gran debate en los años 1916 y 1917 en la Cámara de Diputados y en el Senado, y, por un voto, no salió el Intendente elegido (también había sido defendida en 1881 por el diputado Pedro Goyena). Y después hubo una media sanción la última vez que se volvió a tratar, que fue en 1987, ante un proyecto de mi autoría, que se votó en la Cámara de Diputados y que incluso el doctor Ítalo Luder, que además de constitucionalista era diputado en ese momento, apoyó la constitucionalidad de esa elección directa (Debates, año 1987). Pero esa media sanción nunca fue aprobada por el Senado, por mera especulación electoral en vista del próximo cambio presidencial (en 1989 resultó electo presidente el doctor Menem).

Mientras tanto, la CABA fue omitida en el inc. 12 del art. 75, en lo referente a la aplicación de los Códigos de fondo: sólo mantiene la distinción entre tribunales “nacionales” y tribunales “federales”.

La misma omisión se repite en el inc. 2º cuando no la incluye en la etapa de formulación de la “ley convenio” “sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias” en materia de coparticipación, aunque la incluye en el párrafo referente a la “distribución”.

Otras omisiones u olvidos merecen apuntarse.

a) El Consejo Nacional Económico y Social (CONES), que en algún momento existió y sobre el cual me ocupé en la obra “El misterio de la representación política” (Bs. As., Ed. Pannedille, 1972) y en “Estado de Derecho” (Bs. As. 4ª. Edición, Astrea, 2008); como órgano consultivo y emisor de opiniones y dictámenes no vinculantes, por iniciativa propia o por requerimiento de los poderes ejecutivo y legislativo, a fin de prestar

el asesoramiento indispensable para la adopción de medidas económicas y sociales que requieran tomar en cuenta criterios provenientes de los sectores del capital y del trabajo, sin perjuicio de ampliar su composición a efectos de alejarlo de los riesgos de “quórum” cuando es bisectorial y paritario, siendo preferible que sea plurisectorial y no paritario numéricamente (experiencia argentina de 1972-1975).

b) Inclusión constitucional de los “símbolos nacionales”, con mención expresa de su composición, a fin de resguardar el acervo histórico de la nacionalidad, compuesto del conjunto de bienes morales o culturales acumulados por tradición (DRAE); evitándose así la introducción de emblemas o signos ajenos al sentir general del pueblo argentino o de sectarismo político.

En el futuro, mi opinión es que hay que convertir a la Ciudad de Buenos Aires en una Provincia y hay que trasladar el asiento de los órganos del gobierno federal a otro sitio. De lo contrario, va a seguir el síndrome del conflicto Tejedor-Avellaneda, que se va a repetir. ¿Quién sabe, habrá que ver, no sé si la solución tiene que ser a la brasilera o tiene que ser otra? Pero creo que el “tironeo” ese está siempre pendiente, más allá de las antinomias electorales entre el Poder nacional y el gobierno local.

VII. Incógnitas

Hay una que la quiero plantear para pensarla y en su momento discutir, que es la siguiente. Lo que acontece con la denuncia de los tratados. Los tratados de derechos humanos del inc. 22 y los tratados de integración del inc. 24 del art. 75. El 22 es más severo, pues para “denunciar” un tratado el Poder Ejecutivo tiene que pedir autorización al Congreso, que tiene que concederla por los dos tercios de los miembros de cada Cámara. En cambio, para el inc. 24, que son los tratados de integración, al Congreso se le pide mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara. Es un poquito menos rígido.

¿Cómo se jerarquizan normas o derechos humanos en el supuesto de la denuncia de un tratado de derechos humanos? Supongamos que de los trece que hay en vigencia se decidiera denunciar varios. Es una hipótesis. ¿Sería esta una nueva vía, distinta del art. 30, para reformar “por la tangente” la supremacía del “bloqueo” de derechos y garantías que está en la Constitución? Es decir: si para reformar artículos de la Constitución necesito declarar la necesidad de la reforma por dos tercios de los miembros de las Cámaras del Congreso, convocar al pueblo para que elija una convención constituyente y recién allí modificar la Constitución por vía de la “denuncia”, pues entonces “tirando abajo tratados” estoy modifican-

do normas que tienen jerarquía constitucional. Es un interrogante. Es un tema teórico y no creo que se vaya a traducir nunca en su aplicación práctica. Pero es una hipótesis.

Y otra incógnita es el art. 36, que al hablar de la “resistencia a la opresión” la reconoce como “un derecho”. Con el Dr. Rodríguez Varela en la Academia Nacional de Derecho dimos una “comunicación” en donde expusimos sobre el tema y dijimos que era un “derecho natural”, en todo caso. Pero es muy difícil sostenerlo de otra manera. ¿Puede consistir en un derecho subjetivo, individual, o colectivo, el derecho de resistencia a la opresión? Además no es reglamentable. ¿Cómo se va a reglamentar la resistencia a la opresión? Fue un disparate que lo pusieran. Pero es bueno que lo hayan puesto con la firma de muchos detentadores del poder porque así da pie a que algún día acaso se lo pueda invocar frente a un “golpe desde el Estado”.

VIII. Conclusiones

Las principales fallas se encuentran en el marcado y creciente incumplimiento, tanto de las reformas introducidas en 1994, cuanto del texto de la Constitución Histórica de 1853/1860. La “Ley Suprema” está muy parcialmente cumplida y está muy altamente incumplida: en lo nuevo y en lo viejo. Cabe hacer notar que la ley 24.430, que hoy mencionamos ut supra, publicada en el Boletín Oficial el 10 de enero de 1995 (o sea, después que se sancionó la Constitución), al ordenar la publicación del texto oficial de la nueva Constitución (que es el que leemos todos), remite a la Constitución sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. O sea que omite el texto del 1949. Pero incluye la del 1957, aunque no aceptó la enmienda de 1972. Tanto Cámpora como Perón fueron elegidos por la enmienda del gobierno de facto. Lo que ocurre es que una vez restablecido el régimen de la Constitución Histórica en 1983, el senador Saadi, presenta (con muchas otras firmas), un proyecto en el Senado para que se reimplante la Constitución del 1949. Nunca llegó a ser tratado (felizmente), pero el intento existió. Lo encabezaba el senador que era el jefe del bloque mayoritario (mayoría relativa, no absoluta), que tenía el mayor número de senadores (después estaban los radicales y después seguían los provinciales).

Hoy sería una aventura con final incierto que se facilitara la promoción de otra reforma. Sería un salto al vacío. Acaso el fin de la República. Sería abrir camino a lo que ahora se llama el “neoconstitucionalismo” o el neopopulista o populismo del señor Laclau que ya falleció y su viuda Chantal Mouffe que propugnan eso, o sea un neo constitucionalismo y con otra reforma constitucional. ¿Pregunto, si en ese caso surgirá algún

legislador que propicie la sanción de una ley reglamentaria del art. 30 de la Constitución Nacional? Ese intento, para evitar la exigencia de los dos tercios de los miembros cuando la Constitución habla “de los miembros”, que son todos (pues cuando habla de “presentes” es de los presentes). Sin embargo, ha habido intentos. El diputado Durañona y Vedia preparó un proyecto en 1993 reglamentando el art. 30 para que fueran los miembros presentes y no los miembros de cada Cámara. El presidente de la Cámara, el Dr. Pierri (y cuento este episodio porque es ignoto), que estaba por la reelección obviamente del presidente Menem, me llamó a un aparte y me dijo que por qué no interpretáramos el art. 30 cuando dice “y se realizará por una convención convocada al efecto”, de tal forma que ello habilitaría al Congreso por dos tercios para que se declare Convención Constituyente y se auto-convoque. Entonces, como le dije que no, que eso era inadmisibles, me contestó de la siguiente manera (y juro que no miento): “porque así prorrogamos los mandatos, como se hizo en el 1949, y a vos que te vence y a mí que me vence, nos quedamos”. Y le dije: “a canalladas no me presto”.

IX. Aberraciones

a) La caricaturesca figura del “jefe de Gabinete” (art. 100) y la errática aplicación de sus responsabilidades (art. 101), que sólo sirvió para complacer la ansiedad de los ingenuos que estimaban que con ese “injerto” se atenuaría nuestra patología “hiperpresidencialista”. A pesar de las importantes funciones asignadas, como su “responsabilidad política ante el Congreso”, no ha pasado de ser un cero a la izquierda que ni siquiera valió para lograr la “coordinación” del gabinete —que nunca se reúne— y que podría establecer por ley del Congreso, tal como lo proyectamos antes de la Reforma y bajo el régimen de la Constitución de 1853/1860 (véase “Obra legislativa”, tomo III, p. 47, años 1989/1990).

b) Van cinco años sin la cobertura de la vacante del titular de la Defensoría del Pueblo (art. 86) ¿Le molestará al Ejecutivo que se “regularice” esa importante función?

c) De la delegación de trámites legislativos en las Comisiones de ambas Cámaras del Congreso (art. 79, proveniente de la Constitución de Italia) nunca más se habló ¿Por qué razón? ¿Por temor o por desparpajo hacia la previsión constitucional?

d) ¿“Hasta cuándo Catilina” con la prórroga de la mal llamada “ley de superpoderes”, que implica la “inocuidad” (sic) de la Ley de Presupuesto y el indulto “*a priori*” por cualquier malversación de caudales públicos? Y otro tanto podría sostenerse del nuevo régimen de irresponsabilidad

de los funcionarios públicos, cuya sucedaneidad equivale a una autoamnistía (y consiguiente impunidad) de la caterva (en grupo y con o sin concierto, pero de poca o mucha importancia - DRAE) de funcionarios de toda laya.

e) La inadmisibles prórroga —inconstitucional— de la Ley de Emergencia aprobada por el Congreso en enero de 2002 y que no responde a las razones y circunstancias que obedecen a la crisis actual, que es el resultado de otras causalidades.

X. El gran interrogante

Es el siguiente. Me pregunto y os pregunto: ¿mejoró la calidad de vida institucional con la reforma del 1994? Si se recabara la opinión en una “consulta” general creo que la mayoría numérica se pronunciaría por un no explícito, o tal vez optaría por manifestar su indiferencia, o lisa y llanamente desinterés al respecto; pero no creo que ganara un sí, que dijera que mejoró la calidad institucional de vida en el país gracias a la Reforma. Queda siempre una duda, y esta duda siempre acosa y puede volver a emplazarnos. ¿Fue una reforma constitucional o una enmienda “electoralera” (neologismo) con el aderezo de algunos cambios concertados cupularmente entre dos dirigentes y entre “gallos y medianoche”? Para mí no fue una reforma constitucional: fue una reforma electoral. Todo lo demás fue aderezo, fue algo agregado. Es decir: te doy el tercer senador y quedate tranquilo, te doy la jerarquía constitucional de derechos humanos y se queda el Frepaso, te doy la co-participación y se quedan tranquilos los gobernadores y vicegobernadores. Y así sucesivamente. Con respecto al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) afirmó que fue —de resultas— un cambio “electorero” (sic), en el sentido de ese vocablo genuino: “perteneciente o relativo a las intrigas o maniobras en elecciones” (o también, la segunda acepción: “munidos de elecciones” (sic).

Por último, cabe advertir cómo esa reforma constitucional en algunos aspectos, por ejemplo con relación al art. 75 inc. 22, ha permitido que se extendiera por vía jurisprudencial la reforma de la Constitución, contra la voluntad de los propios constituyentes, tal como ocurre con el desconocimiento de ciertas garantías constitucionales como son el principio de legalidad, el principio de cosa juzgada, el “*non bis in idem*”, los derechos adquiridos, la aplicación de la ley penal más benigna, etc. En ningún momento los constituyentes pretendieron desconocerlo, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema, sobre la base de una costumbre (y ni siquiera de una reforma constitucional) decidió darle jerarquía constitucional, “ti-

rando por la borda” el artículo 18 para cierto tipo de delitos. Y eso revela la poca autoridad que generó la Reforma.

Creo que lo que falla es que los pronunciamientos de la Corte no se efectivizan en un cumplimiento concreto, puesto que el problema de la Corte está en su poca preocupación por el cumplimiento de sus fallos. La Corte Suprema considera que su tarea está plenamente realizada con la sentencia, y si después ésta se cumple o no se cumple, da lo mismo. En cambio, en Estados Unidos es distinto. En un caso muy patético, sancionada ya la ley de derechos civiles, penalizando los actos de discriminación y de desigualdad (que eso lo consiguió Johnson y no Kennedy, porque Johnson era más hábil politiquero y con influencia para que el Congreso aprobara esa ley) hubo dos gobernadores que siguieron admitiendo la segregación racial y así llegaron de nuevo fallos a la Corte. Entonces ésta se apersonó al Presidente para informarle sobre esa gravedad institucional, y el Presidente levantó el teléfono, llamó a los dos gobernadores y les dijo “está partiendo la fuerza nacional para hacer efectivo el régimen legal, si usted señor gobernador no lo hace la Guardia Nacional va a tomar las medidas del caso”. Eso no se hizo en la Argentina con el “caso Sosa” en la provincia de Santa Cruz; no se ha hecho en la Argentina con el caso “Badaro” en materia de jubilados. Hay muchos otros casos en los que no se ha cumplido y ni el Congreso ha cumplido el mandato de la Corte para adecuar “constitucionalmente” la nominación de los “jueces subrogantes”.

Respecto del Consejo de la Magistratura mandamos al Congreso un proyecto de mi autoría que lo firmó el Presidente de la República cambiando drásticamente el sistema de órgano de “acople”. De un cuerpo predominantemente político transformarlo en un cuerpo que eligiera sobre la base de la doble idoneidad: la moral y la técnica de los candidatos. También fue boicoteado y no mereció tratamiento. Y lo que hizo la senadora, a posteriori, fue politizar más el tema mediante la ley que ella propició y que es la que está ahora vigente.

Con respecto a la re-reelección creo que hay un argumento que no lo he visto esgrimido (por lo menos en la Argentina), que es básico en contra del reeleccionismo. Porque hay que buscar cual es el argumento, porque Estados Unidos tiene reelección (una). Y el argumento es que en la situación de América latina la reelección quiebra la igualdad de oportunidades; porque el que está en el poder tiene muchos más medios para influir y gravitar y obtener recursos para ser reelectos, que los candidatos de alternativa o de alternancia que quieran disputárselo. Y si en toda la Constitución se está inculcando la “igualdad de oportunidades” como una aspiración o como un camino para dar más posibilidades, la reelección va en contra de eso porque el que está en el poder es obvio que no va a resistir

la tentación de utilizar todo lo que tenga a su disposición para obtener la reelección: recursos materiales, financieros, presión, compra de votos, todo lo que sea. Los demás partidos obviamente están en inferioridad de condiciones. El mejor alegato contra la reelección lo hizo Perón el día primero de mayo de 1947 cuando inauguró las sesiones del Congreso con palabras terribles contra la reelección, subrayando el acierto de esa prohibición; y dijo: “Creo que la prescripción existente es una de las más sabias y prudentes de cuantas establece nuestra Carta Magna. Bastaría observar lo que sucede en los países en que tal reelección es constitucional. No hay recurso al que no se acuda, lícito o ilícito; es escuela de fraude e incitación a la violencia, como asimismo, tentación a la acción política por los gobiernos y funcionarios (...). En mi concepto tal reelección sería un enorme peligro para el futuro de la República”. ¿Cambio copernicano o la presión de los “incondicionales”? Y al año siguiente... hay que releer el discurso de Moisés Lebensohn. Yo le dije al Dr. Alfonsín, muy respetuosamente, que tenía que cumplir el rol de Lebensohn en un discurso patético, pronunciado en la Convención Constituyente de 1949. De un político que no era muy brillante, pero era el que presidía el bloque que llevó a cabo el retiro para impugnar la legitimidad de ese acto sorpresivo y sorprendente (el alcance de la reforma declarada por el Congreso era total, tal como se desprende del texto ambiguo de la ley 13.233 de agosto de 1948).

Y ahí está explicado del porqué. Fue uno de los argumentos para el Acta del primero de mayo de 1956 cuando se restablece la Constitución del 1853. ¡Que no se repita esa historia!

Concluyo estas incómodas reflexiones trayendo a colación —una vez más— el conjetural interrogante acerca del carácter “rígido” (¿se mantiene?) o “flexible” de nuestra Constitución (¿se abrió camino para ello?), habida cuenta que de la rigidez orgánica y procedimental (art. 30, con mayorías “calificadas” y Convención Constituyente como órgano especial dotado del ejercicio del “poder constituyente”) se pasó —para los temas del art. 75 en sus incs. 22 y 24— a la posibilidad de consumir cambios constitucionales a través de una “flexibilidad” que se resume en la sola exigencia de mayorías especiales, tanto para el establecimiento de nuevos tratados (o pactos, o convenciones) de derechos humanos o para la “denuncia” de ellos (todos o algunos). Tamaña duplicidad de vías operatorias nos crea cierta confusión sobre los “contenidos posibles” de nuestra Ley Suprema. Lo así señalé tan pronto sancionada la misma y rindo homenaje a quien compartió esa duda —el Profesor Miguel Ángel Ekmekdjian— quien la recogió en su conocido Tratado exegético, con el siguiente párrafo: “Como lo hemos sostenido públicamente, por escrito y en diversas conferencias, la frase final del segundo párrafo y el tercer

párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, implican en la práctica una flexibilización de la tradicional rigidez que se atribuía a la Constitución Nacional.

“En efecto, se puede modificar sustancialmente la parte dogmática de ella (en todo lo que se refiere a los derechos fundamentales), sin necesidad de recurrir al método previsto en el art. 30 de la norma fundamental (ver párrafos 409 y ss. del tercero tomo de esta obra), sino por el más sencillo de una doble discusión en el Congreso, con mayorías agravadas, incluso sin necesidad de un posterior referéndum, como lo exigen varias constituciones contemporáneas para el ejercicio simplificado del poder constituyente reformador.

“Siempre hemos sostenido que nuestra Constitución no era tan rígida como se pretende, fundamentalmente a causa de la jurisprudencia deformadora de la Corte Suprema de Justicia. Pero, a partir de la reforma de 1994, es más flexible aún, ya que su parte dogmática puede ser modificada por la vía indirecta de la inclusión o denuncia de tratados internacionales sobre derechos humanos, con lo cual se deja en manos de uno de los poderes constituidos, el Legislativo, el ejercicio del poder constituyente, lo cual es muy grave, en nuestro criterio” (conf. Miguel Ángel EKMEKDJIAN, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, Tomo IV, págs. 628 y 629).

XI. Reflexión final

¿Nueva Constitución o Reforma de la Constitución? Siempre hubo dos opiniones al respecto. Quedaba en un grado prevalente y más allá de las incrustaciones introducidas por la reforma, lo que realmente perduraba y tenía rango jerarquizado: eran el preámbulo, los valores, la parte dogmática, todo aquello que insuflaba esos postulados que hoy mencionábamos de aquella cultura constitucional de Occidente. Por otro lado estaban y están los que piensan que, las alteraciones introducidas en la forma de gobierno que es más hiperpresidencialista que antes, en la forma de Estado que es más centralizada que antes, en la relación del país con la comunidad internacional y el tema de los incs. 22 y 24 del art. 75 y en otros aspectos que sería prolongado ahora extenderse en la explicación, señalaban que estaban frente a un texto que más allá del respeto a la parte dogmática clásica, introducía “como un elefante en un bazar” una pieza muy difícil de armonizar en la composición de la totalidad del texto constitucional.

El tema de fondo es, si pueden darle al país plena vida democrática entidades que no practican, que no ejercitan y que no respeten los presupuestos de una vida democrática. Es decir ¿puede alguien gobernar democrá-

ticamente si no ha surgido de un proceso y de una estructura que sea en si misma democrática?, ¿puede haber resultados en el sistema global si las estructuras de la intermediación que operan dentro de ese sistema no reúnen los mismos requisitos que se exigen para la satisfactoria vida democrática de esa estructura global? Este es el desafío que está de alguna manera pendiente de solución.

Pero la pregunta de fondo es si existe en la Argentina lo que en algunos autores europeos se comienza a llamar desde hace algunos años “el sentimiento constitucional”; expresión acuñada por autores alemanes, tomada por numerosos autores españoles y que alude obviamente a una atmósfera, a un conjunto de condiciones que hacen a la aceptación de valores, al comportamiento de la sociedad en general y de la clase dirigente en particular, a la seguridad jurídica, al respeto a la ley, en una palabra, a todo lo contrario de lo que Juan Agustín García señalaba ya como una lacra en 1900 cuando publicó “La ciudad indiana”, y resumiéndolo en dos palabras, decía “culto al coraje y desprecio a la ley”. Sentimiento constitucional es lo contrario: es decir, el respeto, el amor, el acatamiento a la ley empezando por las reglas del juego establecidas en la propia norma constitucional. Por eso, yo prefiero hablar más que de sentimiento constitucional, de si existe o no una cultura constitucional; porque la cultura es algo más que sentimiento, los sentimientos pueden ser pasajeros, los sentimientos son difíciles de interpretar, la cultura es más fácil de objetivar y, además, si es verdadera y no está acosada por la anticultura, no es efímera sino permanente y es el mayor resguardo que tiene la sociedad desde el punto de vista de su preservación. Creo que entre nosotros chocan dos culturas constitucionales. No es la primera vez que ocurre; en varias oportunidades se ha dado. Hay una cultura constitucional que considera premisas fundamentales los cinco o seis tópicos que a manera de postulados ha consagrado la era constitucional en los dos siglos y pico que lleva: separación de poderes, principio de la libertad, justicia independiente, órganos de control, periodicidad en los cargos, principio de responsabilidad, etc. Para esta cultura, esto es algo que hace a la calidad de vida, hace a las condiciones de vida civilizada de un pueblo.

Hay otra cultura, me permito llamarla anticultura constitucional, que no cree en estos valores, no entiende el principio de separación de poderes, insiste en la unidad y en la potencia del poder en si mismo, ve a la justicia como una simple administración y no como un poder del Estado, la periodicidad y la alternancia son secundarios porque hay que hacer lo que la suma de voluntades soberanas disponga en cada caso y si esta resuelve la eternidad en el poder, sólo Dios le pone límite a esa eternidad. En fin, relativiza el principio de la responsabilidad política y la responsa-

bilidad de los funcionarios públicos y desde luego todo esto se traduce, no sólo en otro estilo sino también en otros resultados, en otras pautas. Creo que esto no necesita mayor explicitación: todos los que estamos presentes conocemos ejemplos de vida en una cultura y en otra cultura, o anticultura como me permito llamarla.

La futuridad de la era constitucional es una incógnita; se desconoce. Es, en el mejor de los casos, una ecuación a resolver, un problema a despejar; o una tarea de “prospección” a encarar como una “exploración de posibilidades futuras basadas en indicios presentes”, sin ilusiones exageradas, aunque con fe y esperanza. No se trata de intentar aventuras “aspiracionales” inspiradas en catálogos de ilusiones (sic); ni de la instalación de nuevos mitos; ni de la restauración de viejas ideologías. La axiomatización es simple: lo incontrovertible y evidente, que consiste en preservar los postulados constitucionales que han dado basamento axial y fundamental a la construcción del Estado de Derecho, la democracia constitucional, el *rule of law* y los principios incontrovertibles de la forma republicana de gobierno. Si así se hace, no hay misterios. Como nos enseñaron: la verdad es lo que es.

A riesgo de majadero, voy a insistir “para no pasar por encima de un estado de mi conciencia” (uno de los mandamientos del abogado), que muchas cláusulas del texto que cumple dos decenios suenan más a un “manifiesto” que a una ordenación normativa. En todo caso, es el lucimiento de un mestizaje de culturas constitucionales distintas, resultado de numerosas “transacciones” —que no fueron precisamente evangélicas— que satisficieron requerimientos más propios de un “toma y daca” que de la grandeza de un ponderoso y cuidadoso entendimiento del gran equilibrio que las circunstancias exigían después de tantas frustraciones padecidas en la debacle nacional. De la pequeñez a la grandeza, la capacidad de resiliencia no fue suficiente como para resistir concesiones más propias de la visión a corto plazo que de la “futuridad” de una provocativa grandeza nacional. Nefandos pecadillos obnubilaron la visión diacrónica (a largo tiempo) por las ansiedades estáticas de un instante sincrónico de la historia.

En la oración de Lincoln en Gettysburg, su concepción de la democracia como gobierno del pueblo y por el pueblo remata con mira para el pueblo. La palabra clave (implícita) es “el todo”. No era un desmadejamiento, ni flojedad, ni debilidad. Era una elevada inspiración republicana, alejada de cualquier pachucada.

Apéndice I

1) No estuvimos ante una reforma constitucional propiamente dicha, sino ante un cambio de las reglas electorales para la elección presidencial y la nominación de los senadores nacionales.

2) Si la única verdad es la realidad, en este caso la única realidad ha sido la reelección presidencial y el recurrente intento de procurar la re-reelección a través de la pretendida sustitución del mecanismo previsto en el art. 30 (no modificado) por el procedimiento plebiscitario injertado a través del nuevo art. 40 de la constitución reformada, lo cual es inadmisibile.

3) Nadie se ha preguntado, en todo caso, porque el texto nuevo no fue sometido a la prueba de una ratificación popular (como la realizada en la Provincia de Buenos Aires en 1990) o a un eventual referéndum abrogatorio. Allí hubieran medido fuerzas la voluntad partidocrática por un lado y la soberanía popular por el otro.

4) La moneda de cambio por el reeleccionismo fue la creación de nuevos órganos de poder y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías (que ya amparaba el viejo art. 33).

5) El verdadero problema —aún pendiente de solución— radica en el restablecimiento de la independencia de los órganos de control previstos en la Constitución de 1853-1860 y en las leyes complementarias. No hay control si no hay independencia del controlante respecto del controlado. Es el “a-b-c” del control. Caso contrario, todos esos órganos quedan reducidos a meras estructuras de convalidación.

6) En última instancia, el problema constitucional argentino es eminentemente cultural. Mientras que algunos creen en la cultura constitucional de Occidente, con casi tres siglos de antecedentes inmediatos; otros fijan sus creencias en los fundamentalismos autoritarios. ¿Quién vencerá o convencerá? ¿El cesarismo atávico o el necesario oxígeno de la alternancia y el ejercicio republicano del poder? El reeleccionismo sin límites ha demostrado ser una droga letal para las democracias en América Latina.

7) No será necesaria una nueva Constitución. Las cláusulas superfluas se extinguirán paulatinamente. En el Arca de Noé sólo quedarán las partes rescatables y se salvará la sustancia de la Constitución Histórica.

8) Hoy por hoy, la credibilidad de la opinión pública en la magia constitucional se mide en números negativos. Ya nadie cree en la leyenda del Rey Midas, pero si se repite la sabia observación de Herman Heller: el constituyente sólo tiene en oferta un plan de organización, y es la socie-

dad la que se reserva la palabra final con su acatamiento, con su rechazo, o con su cruel indiferencia. ¿En cuál estaremos?

Apéndice II

Sobre el incumplimiento de la Reforma Constitucional de 1994

A. En la Primera Parte de la Constitución

La Reforma de 1994 violó la prohibición establecida por la Ley de Convocatoria, que le vedaba “modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo único de la Primera Parte de la Constitución Nacional” (art. 7º de la ley 24.309).

Previamente, en el art. 6º de la misma ley, había dispuesto: “Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2º y 3º de la presente ley de declaración”.

Ninguna de esas dos prohibiciones fue respetada por los Constituyentes reformadores de 1994.

La Convención agregó un “Capítulo Segundo” de “Nuevos Derechos y Garantías” a la primera parte de la Constitución Nacional de 1853-1860 (arts. 36 a 43).

De esta innovación cabe señalar:

- a) No ha sido reglamentado el llamado “derecho de resistencia” (art. 36).
- b) No se ha re-tipificado el “delito doloso” que conlleve “enriquecimiento” (art. 36).
- c) Es insuficiente la legislación sobre “ética pública para el ejercicio de la función” (art. 36).
- d) ¿Cuáles son las “acciones positivas” para lograr la pretendida “igualdad real de oportunidades” entre varones y mujeres? (art. 37).
- e) No hay reglamentación ni control de la participación económica del Estado destinada a la “capacitación” de los dirigentes (art. 38).
- f) No se aplican los derechos “de iniciativa” y de “consulta popular” en la sanción de leyes (arts. 39 y 40).

g) La Nación no ha dictado “las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección” del medio ambiente (art. 41).

h) No se ha completado la legislación atinente a consumidores y usuarios, a la competencia, a los monopolios, y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Tampoco, las normas destinadas a “la prevención y solución de conflictos” (v.gr., el caso de las huelgas en los servicios públicos esenciales) (art. 42).

i) Está trabado el trámite de sanción de la Ley de Amparo (art. 43).

j) No están reglamentadas las acciones correspondientes a la protección de los denominados “derechos de incidencia colectiva” (art. 43).

k) No se ha adaptado la legislación en cuanto a la ampliación de la acción de hábeas corpus (art. 43).

B. En la Segunda Parte de la Constitución

1) No se ha aclarado por ley el conflictivo tema de la sumatoria o acumulación de votos en la elección directa de los Senadores Nacionales (art. 54).

2) No se han celebrado los acuerdos ni dictado la ley-convenio de distribución y coparticipación en materia de contribuciones (art. 75, inc. 2º). Ídem, con relación a las “asignaciones específicas de recursos coparticipables” (art. 75, inc. 3º).

3) Es letra muerta el inc. 6º del mismo artículo, sobre un titulado “banco federal”.

4) Es de dudosa constitucionalidad el inc. 17, atinente al régimen de los indígenas (no respeta la “igualdad ante la ley”), (art. 16).

5) Cabe preguntarse cuál es la normativa prescripta por el último párrafo del inc. 19 (art. 75) sobre protección de “la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio cultural y los espacios culturales y audiovisuales”.

6) En materia de “igualdad de oportunidades”, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, caben señalar varias lagunas desde el punto de vista de la obligación de legislar “medidas de acción positiva” (art. 75, inc. 23).

7) Está pendiente el debate y esclarecimiento del alcance atribuible a la exclusión “en todos los casos” de la sanción tácita o ficta (art. 82) de normas.

8) En la elección presidencial, acerca de una eventual “segunda vuelta”, el Código Electoral no se ha respetado en cuanto al carácter de orden público, imperatividad e indisponibilidad del procedimiento luego de cumplirse los plazos legales para confirmar la concurrencia a los nuevos comicios de “las dos fórmulas de candidatos más votados” en la primera elección celebrada (art. 96).

9) Decretos de necesidad y urgencia: la reglamentación vigente es violatoria del articulado constitucional, que es seriamente limitativo. Es casi imposible que el Congreso pueda derogar los DNU que considera improcedentes, pues quedan ratificados con la voluntad de una sola de las Cámaras.

10) Ausencia de una ley reglamentaria de las intervenciones federales en las provincias, especialmente de las dictadas por decreto (art. 99, inc. 20, y art. 75, inc. 31).

11) Todo el régimen referente al Jefe de Gabinete está contenido en un decreto y no en una ley del Congreso. Es una situación absurda o, por lo menos, paradójica (art. 100 y sigts.).

12) En materia de “facultades delegadas por el Congreso”, tampoco tiene vigencia el control de la ausente Comisión Bicameral Permanente (art. 100, inc. 12).

13) La ley de organización y funcionamiento del Consejo de la Magistratura desnaturaliza abiertamente la índole del cuerpo, convirtiéndolo en un costoso y moroso aparato (arts. 114 y 115; éste último en cuanto al “jurado de enjuiciamiento”). Requieren urgente reformas las disposiciones atinentes al régimen de los concursos y a los límites de gastos de ambos cuerpos.

14) La Sección Cuarta de la Constitución convierte al Ministerio Público en un virtual cuarto poder del Gobierno Federal, pero no incluye la garantía de la estabilidad para sus miembros. 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 los demás miembros (art. 120).

15) Art. 124. La facultad concedida a las provincias para “celebrar convenios internacionales” no puede ni debe ser considerada una cláusula directamente operativa, por las implicancias que su ejercicio supone en cuanto a la responsabilidad del Estado Nacional en eventuales disputas o controversias sobre incumplimientos de compromisos asumidos por las provincias. Esto es así, con más razón aún si se tiene en cuenta que la misma norma (art. 124) autoriza a la Ciudad de Buenos Aires a desenvolverse en esta delicada materia, al disponer: “tendrá el régimen que se establezca a tal efecto”. Debería pues dictarse la legislación reglamentaria por el Congreso Nacional.

16) Corresponde reglamentar por ley del Congreso la disposición del art. 124, último párrafo, que reconoce a las provincias el “dominio originario” de los recursos naturales existentes en su territorio.

C. En lo que se refiere a las Disposiciones Transitorias de la Constitución reformada

Octava: la caducidad de la “legislación delegada”, salvo ratificación expresa “por una nueva ley”, al quinto año de sancionada la Constitución, fue interpretada originariamente como una facultad a ser ejercitada por única vez. Sin embargo, ya ha sido re-ejercitada. ¿Puede el Congreso Nacional asumir indefinidamente y sin límite temporal una atribución que le fue concedida en forma excepcional y no habitual? Se entiende que ese tipo de previsiones extraordinarias son de interpretación restrictiva. El tema concierne directamente a la tan ansiada recuperación de la “segunda jurídica”; y, asimismo, se ha generado una perniciosa confusión y equívocos en redor de la legislación delegante y la delegada, como así también entre la delegación propia y la impropia, que la jurisprudencia de la Corte Suprema no termine de finiquitar. ♦

EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. PERSPECTIVA ARGENTINA Y COMPARADA

POR ALFONSO SANTIAGO (*)

Este trabajo tiene cuatro partes bien diferenciadas. En la primera de ella, pretendemos hacer una presentación del tema, mediante distintas referencias jurisprudenciales del derecho comparado y la formulación de la cuestión que nos proponemos resolver. En la segunda y tercera parte daremos argumentos a favor y en contra de una y otra postura acerca del alcance del control de razonabilidad judicial de las políticas públicas. Finalmente, en la cuarta parte expondremos y fundaremos nuestra postura sobre la cuestión planteada.

I. Presentación

La creciente y progresiva juridización y judicialización de los procesos sociales y políticos ha provocado que los tribunales no sólo definan y tutelen los derechos constitucionales de quienes son parte en el proceso, sino que, en ocasiones, examinen en profundidad y se pronuncien sobre la razonabilidad de las políticas públicas implementadas por los poderes políticos. Incluso parecería que, en muchos casos, el eje central de discusión se ha trasladado de la determinación y protección del derecho constitucional afectado en el caso concreto a la razonabilidad de la política pública en sí misma considerada.

Por otra parte, se advierte una tendencia creciente a configurar aquellas políticas en sede judicial cuando, a criterio de los magistrados, se descubre una omisión inconstitucional o una determinada insuficiencia legis-

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 26 de junio de 2014. Abogado y Doctor en Derecho (UBA); Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral; Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y de la Academia Paulista de Letras Jurídicas.

lativa en la protección de determinados derechos o bienes tutelados en las cartas magnas. Esta última tendencia ha llevado en ocasiones a los tribunales constitucionales a transformarse de legisladores negativos en legisladores positivos, con todas las consecuencias y dificultades que ello acarrea (1).

Un reciente proyecto de ley elaborado en Brasil propone la creación de un proceso específico para el control de constitucionalidad y razonabilidad las políticas públicas por parte del Poder Judicial, regulando minuciosamente todos los aspectos relativos a ese control (2). Se trata de la propuesta de un nuevo tipo de proceso constitucional que se sumaría a los ya existente en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional.

La intensificación del control de la razonabilidad de las políticas públicas plantea importantes cuestiones constitucionales en relación con el principio de división de poderes y a posibles riesgos de extralimitación judicial, que han dado lugar a un fuerte debate público y doctrinario sobre el rol que les corresponde a los jueces en las modernas democracias constitucionales. Se habla también así del riesgo de la “sobrejudicialización” de los procesos políticos y sociales (3).

En el ámbito del derecho constitucional norteamericano, a partir del fallo del caso “Brown” sobre integración racial en las escuelas en 1954, se ha planteado un intenso debate doctrinal (4) y político acerca de la legitimidad y efectividad de las decisiones judiciales para brindar “remedios estructurales” (*structural remedies*) a los problemas sociales de cierta envergadura que se dan en determinada sociedad (5). Así, se ha seña-

(1) Puede verse sobre este tema el libro *Constitutional Courts as positive legislators*, Cambridge University Press, que recoge —bajo la coordinación de Allan Brewer— los informes de más de 50 países del mundo, presentados en el XVIII Congreso Internacional de la International Academy of Comparative Law, llevado a cabo en Washington, EE.UU., entre los días 25 y 31 de julio de 2010.

(2) Cfr. BERIZONCE, Roberto y VERBIC, Francisco, “Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño”, LL, diario del 13-VII-2013.

(3) Cfr. lo sostenido por la Corte Suprema argentina en Fallos: 328:2429 y 3573, 2005.

(4) Puede verse al respecto, entre otros, los siguientes trabajos: C. NEAL TATE y Torbjörn VALLINDER “The Global Expansion of Judicial Power”, NYU Press, 1995; HERBERT Jacob, et. al “Courts, Law & Politics in Comparative Perspective”, Yale Univ. Press, 1996; Alec STONE SWEET, “Governing With Judges”, Oxford Univ. Press, 2000; Ran HIRSCHL “Towards Juristocracy”, Harvard Univ. Press, 2004, Vikram AMAR y Mark TUSHNET “Global Perspectives on Constitutional Law”, 2008; Tom GINSBURG y Rosalind DIXON “Comparative Constitutional Law”, Oxford University Press, 2011.

(5) Sigo en este punto la muy interesante exposición del Dr. Martín Oyhanarte sobre “Structural Remedies y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”

lado que el “remedio estructural” que persigue esta novedosa forma de intervención judicial en la administración de la cosa pública, parte de la premisa de que la calidad de nuestra vida social se ve afectada en gran medida por la acción u omisión de organizaciones burocráticas de gran escala y no tanto por la acción de individuos que pueden actuar fuera o dentro de estas organizaciones.

En particular, esta postura parte de la creencia de que los derechos constitucionales fundamentales no pueden ser plenamente asegurados si no se lleva a cabo la reforma profunda de las estructuras y políticas públicas vinculadas con aquellos. Por tanto, si la demanda “estructural”, que solicita un “remedio estructural”, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública, a fin de eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del statu quo gubernamental o administrativo. De esta manera, el remedio estructural no se pone en marcha ante incumplimientos episódicos o puntuales de las mandas constitucionales, por lo que el juez no busca sancionar una conducta puntual o eliminar del sistema jurídico una norma que no se adecua al texto de la Ley Suprema.

Por el contrario, aquél se ve enfrentado a corregir una “condición social”, o una interacción continua, que no depende necesariamente del marco jurídico aplicable, sino del modo en que determinada organización viola o amenaza sistemáticamente ciertos derechos fundamentales.

Durante las décadas de 1970 y 1980, la doctrina estadounidense saludó con entusiasmo y defendió enfáticamente la utilización de estas herramientas (6). La doctrina actual, en cambio, tiene una visión más madura y matizada de las decisiones judiciales que buscan brindar remedios estructurales a ciertos problemas sociales. En particular, es casi unánime la doctrina que rescata al menos algunos valores positivos que ha entrañado la utilización de la teoría de los remedios estructurales,

en las II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina, organizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en mayo de 2011.

(6) En este punto es inevitable citar el clásico trabajo de Owen FISS (“The Supreme Court 1978 Term -- Forward: The Forms of Justice”, 93 Harv. L. Rev. 1, 1979) así como el de otros autores que en aquel momento impulsaron este instituto (FLETCHER, “The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy”, 91 Yale L.J. 635; 1982; FRUG, “The Judicial Power of the Purse”, 126 U. Pa. L. Rev. 715; 1978; GEWIRTZ, “Remedies and Resistance”, 92 Yale L.J. 585, 1983; NAGEL, “Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies”, 30 Stan. L. Rev. 661, 1978).

siempre que ello ocurra en el contexto adecuado. Esto se hace especialmente evidente en materia de segregación racial y valoración positiva, conforme fue sostenido en los casos “Brown c. Board of Education of Topeka, Kansas” y su progenie (7).

En junio del 2012, la Corte Suprema norteamericana ha convalidado por estrecho margen la constitucionalidad de la ley de salud impulsada por el gobierno de Obama en el 2010 (“Obamacare”), en un claro ejemplo de control judicial de constitucionalidad de una ley que contenía una política pública decidida por los poderes políticos. Sin embargo, el 30 de junio de 2014 el mismo tribunal en los casos “Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et al.” (Docket 13-354) y “Conestoga Wood Specialties Corporation et al., v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.” (Docket 13-356) dispuso, por 5 a 4 votos, que el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud (HHS), que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos anti-conceptivos que tienen efecto abortivo, lesionaba la libertad religiosa protegida por la Constitución y la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (Religious Freedom Restoration Act, RFRA). Integrandó ambas decisiones se puede apreciar una convalidación general de la política de salud decidida por los órganos políticos y una declaración de inconstitucionalidad de algunos aspectos de esa norma por entender que en el caso concreto se lesionaban los contenidos esenciales del derecho de libertad religiosa de los actores.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana —tal vez el tribunal constitucional más activista en nuestros días— ha creado la categoría jurisprudencial de la declaración de “estado de cosas inconstitucional”, que tiene lugar cuando un número importante de causas que llegan a su instancias plantean problemas similares en relación a la posible afectación de derechos constitucionales como consecuencia de determinadas políticas públicas decididas u omitidas por los poderes públicos.

La mencionada declaración habilita al Tribunal a analizar la conformidad de las políticas públicas con los derechos fundamentales y los principios constitucionales en el marco de problemas sociales que están produciendo crisis masivas de gran repercusión social. En esta línea, el “estado de cosas inconstitucional” es considerado como el úl-

(7) V.gr., Jack M. BALKIN, “What Brown Teaches Us About Constitutional Theory”, 90 Virginia Law Review. 1537, 2004 y los trabajos allí citados.

timo recurso institucional dentro del orden estatal, en manos del Tribunal Constitucional, para resolver o prevenir problemas sociales que tienen una marcada proyección e incidencia públicas. Es así que la resolución de estas cuestiones, con frecuencia relacionadas con los derechos sociales, demanda la adopción de determinados procedimientos y medidas judiciales que desbordan el tradicional control de constitucionalidad de leyes y normas. De allí que su adopción se traduzca en la necesidad de establecer procedimientos para el análisis y el debate de las políticas públicas, elaborar programas, estándares e indicadores, asignar recursos y efectuar su posterior control y seguimiento, etc.

El Tribunal Constitucional colombiano ha recurrido a esta modalidad de actuación en al menos cuatro oportunidades, para:

- i) atender la grave situación carcelaria colombiana;
- ii) invalidar un sistema de crédito para la vivienda cuyas condiciones fueron consideradas altamente perjudiciales para los deudores;
- iii) proteger a las poblaciones desplazadas con motivo de la violencia política, que experimentaban las graves consecuencias sociales del desarraigo;
- iv) remediar la demora de las cajas jubilatarias en reconocer u otorgar las prestaciones jubilatarias.

La postura adoptada por la Corte colombiana en estos casos ha provocado un profundo debate social y académico acerca del rol de los tribunales constitucionales en un sistema de democracia constitucional.

Por su parte, la Corte IDH, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha incursionado en el análisis de razonabilidad de las políticas públicas y ordenado la instrumentación de algunas de ellas, especialmente cuando en sus sentencias impone al Estado condenado el dictado de medidas para que no se repitan en el futuro las violaciones ya advertidas y condenadas, de modo que se haga efectiva la garantía de no repetición (8).

(8) Se puede consultar al respecto la excelente tesis doctoral elaborada por María Carmelina LONDOÑO LÁZARO, "La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano", defendida en la Universidad Austral en septiembre de 2013.

Consideramos que si bien las problemáticas antes señaladas se pueden verificar en relación a toda clase de derechos constitucionales, son aun más frecuentes en materia de derechos sociales.

A lo largo de su historia, y más intensamente en las últimas décadas, la Corte Suprema argentina ha tenido que juzgar acerca de la constitucionalidad de leyes que instrumentaban políticas públicas en numerosas ocasiones. Baste citar, entre otros muchos, los siguientes casos: Empresa Plaza de Toros (9), Hileret (10), Ercolano (11), Avico (12), Inchauspe (13), Cine Callao (14), Peralta (15), Cocchia (16), Montalvo (17), Arriola (18), Quisbert Castro (19), Clarín (20), etc. En los últimos años, nuestro máximo tribunal convocó a audiencias públicas en relación a algunos casos con relevancia y repercusión social que tenía a su decisión, en las que se expusieron y debatieron las políticas públicas decididas por los otros poderes. (21) También el Presidente de la Corte Suprema comenzó a hablar de la necesidad de que los tres poderes acordaran políticas públicas y se creó dentro del tribunal un ámbito para su estudio y discusión. No deja de llamar la atención y sorprender por lo novedoso esta aproximación de nuestro máximo tribunal a la temática del análisis, discusión y, en algunos casos, definición de las políticas públicas que tradicionalmente le era ajeno.

A la vez, hay quienes advierten en los últimos años un progresivo paso de un control judicial de constitucionalidad y razonabilidad más gene-

(9) Fallos, 7:150 [1869].

(10) Fallos, 98:20 [1903].

(11) Fallos, 136:161 [1922].

(12) Fallos, 172:21 [1934].

(13) Fallos, 199:483 [1944].

(14) Fallos, 247:121 [1960].

(15) Fallos, 313:1513 [1990].

(16) Fallos, 316:2624 [1993].

(17) Fallos, 313:1333 [1990].

(18) Fallos, 332-1963 [2009].

(19) Caso "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", CS, 24-IV-12.

(20) CS, 29/10/2013.

(21) Cfr. las audiencias públicas convocadas en relación al saneamiento del Riachuelo, el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, la Ley de Medios, responsabilidad de los buscadores en internet, etc.

ral, limitado y discrecional (22), a otro más intenso, estricto y reglado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Ese paso vendría de la mano de la creciente adopción por parte de nuestro máximo tribunal del examen de proporcionalidad elaborado por jurisprudencia alemana a la hora de juzgar la constitucionalidad de leyes que reglamentan los derechos constitucionales. Dicho examen comprende la realización de los tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (23). En este sentido, se pueden mencionar una

(22) Afirma Mariano Sapag que “en el derecho argentino se ha tomado, sobre todo, el modelo norteamericano de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos. El principio, tal como es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación”; SAPAG, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, Año 22, n° 17, Dic. 2008, p. 168 y ss.

(23) En un prolijo estudio de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que desarrolla esta evolución, señala Juan Cianciardo: “La Corte Suprema durante largo tiempo se limitó a evaluar si la norma cuestionada en el litigio afectaba o no de modo sustancial los derechos en juego, y de forma evidente o manifiesta”. En caso de que se produjese una afectación de ese tipo, esa norma era declarada inconstitucional por “irrazonable”. El tribunal, sin embargo, no elaboró una teoría acerca del tema, sino que se limitó —siguiendo también en esto a su par estadounidense a un proceso de inclusión y exclusión—, es decir, a elaborar una serie de casos en los que resolvió si una norma concreta pasaba o no el test, eludiendo mayores abstracciones. A la genérica definición precedente, la Corte agregó lo siguiente: escapa de su competencia el examen de la “oportunidad, mérito o conveniencia” de la norma analizada. Ese examen corresponde, según la visión expuesta, al Poder Legislativo. Dicho con otras palabras, una norma inoportuna, sin mérito o inconveniente no era considerada por nada de esto irrazonable o inconstitucional. Durante los últimos años la Corte Suprema o algunos de los jueces han revisado las dos afirmaciones del párrafo anterior. Esto se llevó a cabo del siguiente modo: a) se amplió el análisis de la razonabilidad de la ley tomando en cuenta el rol que juega la finalidad de la norma cuya constitucionalidad se examina; b) Se asumió como un deber del Poder Judicial —expreso o indirecto— el examen de la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas que reglamentan algunos derechos constitucionales (no todos); c) El juicio acerca de qué tan “sustancial” es la afectación de los derechos en juego por parte de la norma cuya constitucionalidad se evalúa en el caso fue unido o relacionado con los dos juicios anteriores. También, en otro supuesto, si dividió el análisis de la restricción de un derecho en dos planos, según el contenido de la norma que amenaza el pleno goce de una garantía o derecho y el modo en que se decide poner práctica la operatividad de aquella disposición. Estos cambios tuvieron su origen en tres fuentes: la doctrina constitucionalista europea inspirada en la Ley Fundamental de Bonn, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de igualdad, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como resultado de esto, la Corte Suprema argentina ha establecido en casos recientes que el principio de razonabilidad de la ley o principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios o subjuicios: adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto, CIANCIARDO, Juan y ROMERO, Maximiliano J., “Limitaciones a los dere-

serie de pronunciamientos recientes de nuestro máximo tribunal en los que hace referencia a ese triple análisis de proporcionalidad, más allá de que efectivamente lo realice o no de modo estricto y preciso en la práctica (24).

En este trabajo nos proponemos tratar la compleja cuestión sobre qué es lo que corresponde que hagan los jueces al resolver un caso en el que se plantea la constitucionalidad de una norma que establece una política pública. ¿Deben ellos limitarse a examinar si ella lesiona o no el contenido esencial de un derecho constitucional o han de examinar ampliamente la razonabilidad de la política pública fijada en esa norma? ¿Deben hacer las dos cosas? ¿Deben atender principalmente a uno de esos dos aspectos? Más allá de haberlo invocado en varios casos, ¿la Corte Suprema argentina ha aplicado con todas sus consecuencias el juicio de necesidad que integra el examen de proporcionalidad de la doctrina alemana? ¿El control de razonabilidad o proporcionalidad debe tener en todos los casos el mismo alcance o puede ser diferenciado según los distintos derechos que aparezcan involucrados?

Expondremos los argumentos a favor de un control judicial limitado a la afectación del contenido esencial de los derechos constitucionales para

chos constitucionales y control de razonabilidad". Hemos tomado de este excelente trabajo algunas citas jurisprudenciales que agradecemos a sus autores.

(24) Así, en el caso Gualtieri del año 2009, ha sostenido nuestro máximo tribunal que "el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad", Fallos, 332:1769 [2009], voto concurrente del Dr. Maqueda, considerando 10°. Más recientemente, ha dicho también que "una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos en el considerando 3°, este Tribunal debe analizar la validez constitucional de las normas en su aspecto sustancial, es decir, su contenido. Para ello se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad", Fallos, 334:799 [2011], voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni. En el mismo caso, en su voto, los ministros Highton y Maqueda manifestaron que "una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos anteriormente, este Tribunal debe finalmente evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad, teniendo en cuenta que ese control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones". Otras menciones a estos tres juicios que conforman el principio de proporcionalidad pueden verse también en los distintos votos que conforman el caso "Clarín", CS, 29/10/2013.

luego exponer los que fundamentan un control amplio de razonabilidad, para, finalmente, dar nuestra opinión personal sobre el punto.

II. Argumentos favorables a limitar el control de constitucionalidad de las políticas públicas a la exclusiva determinación de si ellos lesionan el contenido esencial de un derecho reconocido constitucionalmente

Para afirmar esta tesis se pueden mencionar, entre otros, los siguientes argumentos:

1) Corresponde distinguir claramente la función legislativa encargada de la fijación de las políticas públicas, del ejercicio del control de constitucional en el marco de la función jurisdiccional encaminado a la protección de los derechos constitucionales que ellas pueden lesionar.

Como bien ha señalado el juez Petracchi: “En el campo de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común que persiguen los poderes de policía tal como, con amplitud, los define la jurisprudencia del tribunal, el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a decisiones al menos aceptables, en virtud del compromiso, o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica en un estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así en conquista irreversible del sistema democrático, en una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica, asegurando el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica” (25).

Esta función de garantía de los derechos constitucionales es la propia y específica que tienen encomendada los jueces, mientras que la determinación de las políticas legislativas tendientes al bien común política es una función propia y específica de los poderes legislativo y ejecutivo. Principalmente los poderes políticos fijan las políticas públicas orientadas al bien común y de modo derivado reglamentan los derechos constitucionales, mientras que los jueces primariamente velan por la tutela del contenido esencial de los derechos constitucionales y

(25) Fallos, 308-2:2287.

de modo derivado examinan de modo general la razonabilidad de las políticas públicas contenidas en las leyes.

Así, tiene dicho la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes que “en ausencia de otra restricción constitucional, un Estado es libre para adoptar cualquier política económica que pueda razonablemente ser considerada conveniente para promover el bienestar general, y poner en vigor esa política por medio de la legislación adecuada a sus finalidades. Las Cortes carecen de autoridad para declarar esa política, o para ponerla de lado cuando ya ha sido declarada por el Poder Legislativo. Si las leyes sancionadas tienen una relación razonable con el justo propósito legislativo, y no son ni arbitrarias ni discriminatorias, las exigencias del debido proceso legal están satisfechas, y el fallo judicial a ese efecto hacen de una Corte *funtus officio*” (26).

En cambio, si las políticas públicas instrumentadas a través de alguna ley lesionan el contenido esencial de un derecho corresponde claramente la intervención judicial. Así en el caso “Smith” (27), la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que instauraron la indisponibilidad de los depósitos y prohibían el retiro en efectivo de las cuentas en una entidad financiera de montos superiores a los doscientos cincuenta pesos argentinos o dólares estadounidenses, por entender que esas normas violaban el contenido esencial del derecho a disponer de la propiedad. Según el voto mayoritario “la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento”.

El procedimiento legislativo, en base a la legitimidad democrática y a la deliberación técnica, es el medio idóneo para la determinación de las políticas públicas, mientras que el proceso judicial en el que se ejerce el control de constitucionalidad es la vía adecuada para ver si ellas en un caso concreto lesionan el contenido esencial de un determinado derecho constitucional (28). Cabe distinguir ambos procedimientos consti-

(26) Fallos, 172:21 [1934].

(27) Fallos 325:28 [2002].

(28) El concepto de contenido esencial del derecho ya fue propuesto por Alberdi en el art. 20 de su proyecto de constitución, fuente del actual art. 28, que señalaba: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”, ALBERDI, Juan B., Proyecto de Constitución, julio de 1852.

tucionales, que tienen finalidades propias y distintas. El control judicial de razonabilidad está encaminado a la protección del contenido esencial e indisponible de los distintos derechos constitucionales (29).

Se puede mencionar también aquí la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el *parlaméntsvoorbbehalt* o reserva del parlamento desarrollada a partir de 1972, que establece que los principios democráticos y del Estado de Derecho exigen que sea el Parlamento quien, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto las que se refieren a las derechos constitucionales, como a la organización estatal, las políticas públicas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad. Esas decisiones no pueden ser adoptadas ni en sede administrativa, ni en sede judicial.

2) Es jurisprudencia permanente de la Corte Suprema que cabe distinguir entre el control de constitucionalidad y el examen de la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones legislativas y administrativas. Lo primero es función de los jueces, lo segundo le está claramente vedado en razón del principio de separación de poderes.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema que es “extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales” (30).

Más recientemente, el art. 19.2 de la constitución alemana y el art. 53.1 de la constitución española receptan este concepto del “contenido esencial de los derechos” y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de ambos países lo han ido desarrollando y concretando. El art. 19.2 de la Constitución alemana señala que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, mientras que el art. 53.1 de constitución española señala que “sólo la ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

(29) Bidart Campos señala en relación al concepto de razonabilidad que “cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse, o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, la limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad”, BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, II-A, p. 809.

(30) Fallos, 332:640 [2009], considerando 7°.

En otros pronunciamientos señaló que ello no sólo era extraño al Poder Judicial, sino que ello le estaba constitucionalmente vedado. Así, el voto de mayoría en el caso Montalvo señaló que los “motivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (Fallos: 308:1392, voto de la minoría), salvo que las razones dadas por el legislador consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales que, como se verá, no es el caso; o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos” (31).

Las normas constitucionales ofrecen, en general, un marco de posibilidades y opciones igualmente válidas entre las que cabe elegir a los poderes políticos. Señalar que sólo una de estas alternativas es la única constitucionalmente válida implica forzar la interpretación constitucional y extralimitar la función de control a cargo de los jueces. De modo general, corresponde una actitud deferente hacia el criterio legislativo que se ha fijado luego de la deliberación y decisión adoptada por los poderes políticos (32).

3) Los derechos humanos protegidos constitucionalmente son vallas infranqueables a la consecución y logro de los objetivos de gobiernos buscados a través de las políticas públicas, y es esta defensa la misión propia y específica del Poder Judicial.

Toda política pública que se encare desde los poderes públicos debe respetar los derechos que la CN reconoce a las personas y grupos sociales. De acuerdo a la concepción personalista y democrática que inspira

(31) Caso Montalvo, Fallos, 313:1333 [1990].

(32) Así, tiene dicho la Corte Suprema norteamericana que “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines”, cfr. “*Nebbia c. New York*”, 291 U.S. 502, 547 [1934].

a nuestro sistema político (33), ellos actúan como vallas infranqueables a los objetivos comunitarios por legítimos y urgentes que ellos pudieran parece a los poderes públicos (34). Es esta función de protección de los derechos constitucionales y de control del poder público la que nuestro sistema político asigna a los tribunales integrantes de los poderes judiciales tanto nacionales como locales.

En consonancia de lo que venimos exponiendo, ha dicho más recientemente nuestro máximo tribunal que “la mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno —por más loable que este sea— en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. Así, se ha sostenido que es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integralidad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1º y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones (Fallos: 247:646)” (35). De acuerdo con esta concepción personalista que informa la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal (36), la persona humana es un cierto fin en sí misma y no

(33) El Dr. Petracchi en su disidencia en el caso Montalvo sostiene que nuestra Ley Fundamental “prohíbe utilizar a la personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas”, Fallos, 313:1333 [1990].

(34) Cfr. entre otros, DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Trad. Dòmenec, Ed. Ariel, Barcelona, 199., Ps. 279 a 293.

(35) Fallos, 333:935 [2010], voto de la mayoría, considerando 15º. En la materia específicamente tributaria ha señalado la Corte Suprema que “escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 7:331; 51:349; 137:212; 243:98)”, caso Hermitage, Fallos, 333:993 [2010], voto de la mayoría, considerando 11º.

(36) “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor

puede ser utilizada como medio (37). Mediante la protección del contenido esencial de los distintos derechos humanos frente a las políticas públicas que pretendan desconocerlos, los tribunales constitucionales preservan este carácter personalista de nuestros sistemas políticos y jurídicos en los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

Así, en relación al alcance del derecho a la vivienda y la razonabilidad de la política pública en la materia, sostuvo la Corte Suprema al resolver el caso Quisbert Castro: “[H]ay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces” (38).

La misión del Poder Judicial queda, por tanto, mejor definida, caracterizada y acotada si se la expresa en los precisos términos de la protección del contenido esencial de los derechos humanos.

fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”, Fallos, 316:479, votos concurrentes.

(37) “El ser humano, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio de uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser racional. Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, tienen solo un valor relativo cuando se trata de seres irracionales, y por esto se llaman cosas; pero los seres racionales se denominan personas, porque su naturaleza ya los señala como fines en sí mismo, es decir, como algo que no puede ser usado como medio. Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio”, KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Santillana, Madrid, 1996, p. 50. Ver también SPAEMANN, Robert, *Personas, Acerca de la distinción entre alguien y algo*, Eunsa, Pamplona, 2000.

(38) Caso “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, CSJN, 24/04/2012.

Cabe diferenciar entre el derecho humano formulado como aspiración ética-jurídica, de lo que es estrictamente exigible ante los tribunales. Lo primero ha de inspirar a los poderes públicos, mientras que lo segundo es la guía que orienta el trabajo de los magistrados judiciales.

4) Entre los derechos constitucionales que han de ser tutelados por los tribunales del Poder Judicial se encuentra el del debido proceso sustancial, conforme al cual toda ley, norma o acto estatal tiene que ser mínimamente razonable y legítima en cuanto a los fines que persigue y a los medios que elige (39).

Sí, es función propia de los jueces proteger ese derecho y para ello verificar, al momento de realizar el control de constitucionalidad, que todas las decisiones estatales satisfacen estándares básicos de razonabilidad. (40) Entre estos criterios se pueden señalar los siguientes:

- legitimidad del fin perseguido;
- legitimidad, adecuación al fin y proporcionalidad del medio elegido, que debe satisfacer parámetros básicos de racionalidad (41);

(39) Ya en el caso *Mugler c. Kansas* de 1887, la Corte Suprema norteamericana, en un caso en que se analizaba la constitucionalidad de una ley que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, había sostenido: “si la norma dictada para la protección de la salud, la moralidad pública o la seguridad pública, no tiene ninguna relación sustancial con estos objetivos, o invade de un modo palpable los derechos fundamentales, es el deber de los tribunales juzgarlas y dar plena vigencia a la Constitución”, cfr. *MUGLER c. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 [1887].

(40) A los jueces, “es está encomendado establecer, en los casos concretos sometidos a su decisión, si los otros poderes del Estado actuaron dentro de los límites de su competencia; si ejercieron sus facultades en forma razonable y no absurda o arbitraria”, Fallos, 300:700 [1978].

(41) En este sentido, ha expresado nuestro máximo tribunal que las “leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad” Fallos, 319:2151. También ha sostenido que la razonabilidad “según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada” quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador (Fallos, 171:348; 199:483; 200:450; 248:800, entre otros). “En otras oportunidades ha afirmado que las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en la medida en que resulten razonables y mantengan adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y que eviten conducir a una desnaturalización de los derechos constitucionales del afectado” (CSJN, Fallos, 332:2468, 333:993 y otros). “También se ha dicho que aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles

— ello no abarca la posibilidad de declarar la invalidez de la decisión si se considera que existe otro medio que el juzgador estima más conveniente o menos restrictivo de los derechos (42), salvo los supuestos de evidente y grave desproporción entre ellos, lo que llevaría a considerar irracional la elección realizada por la autoridad pública (43).

Sintetizando su propio criterio jurisprudencial en la materia, ha sostenido recientemente nuestro máximo tribunal que “tradicionalmente, ha sostenido este Tribunal que si bien los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional no son absolutos y deben ejercerse en el marco de las leyes que los reglamentan, ello se encuentra supeditado a que éstas sean razonables, lo que implica que deben satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido y carecer de iniquidad manifiesta (Fallos: 248:800; 243:449; 243:467). Asimismo, cabe recordar que la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos (Fallos: 313:1638), de modo que la razonabilidad de las mayores restricciones que se impongan deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse (Fallos: 330:855, considerando 34)” (44).

Con el alcance limitado que hemos expuesto, corresponde que los jueces examinen la razonabilidad de las políticas públicas formuladas

de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran”, caso Arriola, Fallos, 332:1963 [2009].

(42) “No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 273:418) y que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (Fallos: 277:225). Es extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales”, Fallos, 332:640 [2009].

(43) Así en el voto del Dr. Zaffaroni en el caso Arriola se puede leer que (si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el art. 1º de la Constitución, como propia de todo acto de gobiernos.

(44) Fallos, 334:516 [2011].

legislativamente para preservar de este modo el contenido esencial del derecho al debido proceso sustantivo (45).

5) Si el Poder Judicial considera que en algún caso concreto hay una omisión o insuficiencia de la política pública en relación a la protección de un determinado derecho, debe limitarse a declararlo así en el caso concreto y exhortar a los poderes políticos a sanar ese vicio, pero sin reemplazarlo en lo que son sus legítimas competencias y atribuciones, mediante el dictado en sede judicial de la política pública.

(45) Miller, Gelli y Cayuso hacen una acotación muy interesante en relación a la diferente utilización y alcance del derecho al debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de las cortes supremas norteamericana y argentina: "El concepto del debido proceso sustantivo ha sido invocado en formas muy distintas en la Argentina y en los Estados Unidos. Aunque quizá conceptualmente en ambos países la garantía del debido proceso podría ser considerada la que hace posible la protección de la generalidad de los derechos de la Constitución, en la práctica de los tribunales norteamericanos pocos jueces la invocaron para interpretar la razonabilidad de derechos constitucionales específicos, sin que la usaran como alternativa a su enmienda IX —similar al art. 33, Cont. Nacional— para fundar derechos no enumerados que surgen del concepto de la libertad. Recuerde que el juez Harlam en el caso *Griswold c. Connecticut* utilizó el concepto de debido proceso sustantivo para fundar el derecho a la privacidad. En los Estados Unidos es una garantía general contra la acción arbitraria que es invocada cuando no hay otra norma constitucional más específica aplicable. Cuando el derecho afectado es un derecho enumerado en la Constitución, la Corte estadounidense siempre evalúa la limitación de este derecho a luz de reglas de interpretación específicas que su jurisprudencia ha desarrollado sobre este mismo derechos" MILLER, J., GELLI, M. A., y CAYUSO, C., *Constitución y Derechos Humanos*, Tomo I, p. 225, Astrea, Bs. As., 1987. Esto responde a los distintos modos en que se elabora y opera el derecho y la jurisprudencia en la tradición jurídica norteamericana y argentina. En el ámbito estadounidense hay una cierta y connatural resistencia a elaborar y actuar de acuerdo con concepto y categorías jurídicas generales y abstractas, aplicables a todos los asuntos y derechos. Prefieren elaborar y aplicar criterios y estándares jurisprudenciales derecho por derecho. Hay jurisprudencia específica sobre libertad de expresión, igualdad, libertad religiosa, etc. En cambio, la tradición jurídica y jurisprudencial argentina, más afín a la tradición continental europea, tiende a elaborar criterios y categorías generales aplicables, en principio, a los distintos derechos y garantías constitucionales. Esto es lo que ha ocurrido en nuestro medio respecto del concepto de razonabilidad y del derecho al debido proceso sustantivo aplicable a las distintas cuestiones y materias. Esa diversidad de tradiciones y enfoques también incide en los distintos modos en que el principio de proporcionalidad, de origen europeo, ha sido recibido en nuestro medio y en Estados Unidos. Mientras que en este último país lo ha resistido por su carácter general y abstracto, no elaborado en base a los contenidos y características propias de cada derecho, en nuestro medio se ha está acogiendo de modo abierto y positivo, empleándolo en el análisis de validez de toda clase de normas y actos en los que están involucrados derechos de muy diversas clases.

Esa es la actitud que les corresponde adoptar a los jueces ante las omisiones o insuficiencia de los desarrollos legislativos.

6) La falta de respeto de estos límites naturales convertiría al Poder Judicial, en particular a la Corte Suprema, en una tercera cámara legislativa, en una superlegislatura, desequilibrando fuertemente la división de poderes y haciendo inviable en buena medida el gobierno de un Estado.

Los tribunales no están para desplazar, reemplazar ni suplir las funciones propias de los poderes políticos con base electoral. No son actores ni jugadores del juego político, sino árbitros finales, limitados y autolimitados del juego democrático.

Recientemente, el Chief Justice Roberts de la Corte Suprema norteamericana, en su decisivo voto en el caso en el que se decidió la constitucionalidad de la ley que obligaba la contratación de un seguro de salud a todos los norteamericanos, afirmó: “No consideramos si la ley representa una buena política. Ese juicio es confiado a los líderes elegidos de este país. Solo cuestionamos si el Congreso tiene el poder, bajo la Constitución, de promulgar las disposiciones”. Sin embargo, ello no es óbice para examinar en una situación concreta si la política establecida en esta ley viola un determinado derecho constitucional, p.ej., la libertad religiosa de quienes consideran inmorales y contrarias a sus convicciones religiosas algunas de las prácticas médicas que obligatoriamente deben ser atendidas de acuerdo con las disposiciones normativas, como lo ha hecho en los casos citados en el apartado inicial de este trabajo.

III. Argumentos a favor de un control amplio de razonabilidad de las políticas públicas al momento de ejercer el control de constitucionalidad, que comprende el juicio de estricta necesidad

Expondremos aquí los principales argumentos que fundan la postura acerca de que los jueces deben realizar un control amplio e intenso de la razonabilidad de las leyes y políticas públicas decididas por los poderes políticos, incluido el juicio de necesidad. Es decir, han de determinar si la limitación legislativa de los derechos constitucionales era imprescindible para alcanzar el objetivo establecido y si no existía otro medio alternativo menos limitativo del derecho para alcanzarlo. En caso de no ser imprescindible, o de existir otro medio idóneo que limite menos el derecho, corresponderá la declaración de inconstitucionalidad de la norma examinada.

1) Los derechos humanos son, según la concepción de Alexy, mandato de optimización que exigen la protección más amplia posible de cada uno de los derechos y ello sólo es posible mediante un examen intenso de razonabilidad en todos los casos.

Debe darse a los derechos constitucionales la tutela más amplia posible. Por eso, si la restricción no era necesaria o existen otros medios alternativos que son menos restrictivos del derecho, corresponde la invalidación de la ley reglamentaria (46). El *principio pro homine*, cenit y guía de todo la problemática iushuana, refuerza esta interpretación.

2) El derecho al debido proceso sustantivo, si es tomado en serio y protegido con la intensidad que es debida, exige que el examen a fondo del medio elegido por el legislador para instrumentar la política pública y verificar si era el menos restrictivo del derecho constitucional afectado.

No es plenamente razonable y proporcional la limitación de un derecho si existen otros medios menos restrictivos igualmente idóneos para alcanzar las finalidades de una determinada política pública.

3) La ciencia jurídica y la jurisprudencia constitucional han ido desarrollando metodologías que permiten examinar con más profundidad la razonabilidad de las políticas públicas y de ese modo lograr una mayor protección de los derechos humanos. Así, la Corte Suprema norteamericana ha elaborado su doctrina de los diversos grados de escrutinio judicial (47). Por su parte, la

(46) Juan Cianciardo critica la postura tradicional que exige a los tribunales de hacer el control de oportunidad, mérito y conveniencia de las leyes y da para ello seis argumentos: en primer lugar, los derechos se consideran operativos y corresponde a los jueces otorgar máxima operatividad a ellos; en segundo lugar, los derechos tienen una “vertiente positiva” de acuerdo con la cual los órganos públicos cumplen una función activa de promoción, por lo que los jueces también están llamados a promoverla y asegurarla; en tercer lugar, considera el autor que si no se analiza la conveniencia de las regulaciones se puede terminar justificando fuertes injerencias en los derechos fundamentales, o al menos, admitirlas sin mayor fundamentación; en cuarto lugar, la misma idea de principio, propia de todo derecho, significa que deben ser optimizados, y entonces no cabe limitar su aplicación cuando están llamados a su maximización; en quinto lugar, considera que la teoría jurídica contemporánea reconoce que es imposible una aplicación mecánica de la ley y que los jueces no pueden escapar de la valoración; por último, el juicio de necesidad debe armonizarse con el de autocontención o la declaración de inconstitucionalidad como la ultima ratio del ordenamiento jurídico. Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 80 y ss.

(47) Sintetizando la doctrina de los escrutinios elaborada por la Corte Suprema norteamericana, señala Mariano SAPAG: “Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica, y evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de tests o estándares de revisión legal, denominados ‘escrutinios’ (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última. Estos escrutinios se tratan, en definitiva, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes. El primer escrutinio, y el más exigente, es el escrutinio estricto (*strict scrutiny*) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas libertades preferidas”, se presume inconstitucional. Para supe-

jurisprudencia del tribunal constitucional alemán y la doctrina constitucional europea han ido desarrollando una metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad, que está integrado por los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, que permite realizar un análisis profundo acerca de la razonabilidad de una política pública (48). Estando disponible esa metodología de análisis corresponde su recepción jurisprudencial en nuestro país.

rar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal “imperioso” (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra confeccionado a la “medida” (*narrowly tailored*). El segundo test se conoce como el “escrutinio intermedio” (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino importantes. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre confeccionada a la medida, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas “menos discriminatorias”. Lo cierto es que la distinción entre este estándar y el anterior es una cuestión de grados: se aplicará uno u otro de acuerdo con el carácter de la medida y el derecho regulado. Siempre se debe tratar de derechos constitucionales aunque, a diferencia de este test, el escrutinio estricto se aplica generalmente a aquellas “libertades preferidas”. El tercer escrutinio es el *rational basis review*, o control de relación razonable. Se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este test exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El *rational basis review* es el examen por excelencia de leyes que regulan la propiedad. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar. Estos tres niveles de control de razonabilidad son aplicados con frecuencia por la Corte Suprema estadounidense, particularmente en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad, SAPAG, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, Año 22, n° 17, Dic. 2008, p. 168 y ss.

(48) Javier Barnes ha definido el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: “[E]l principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser `susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria´ o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos —es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles— ley del mínimo intervencionismo y `proporcional´ en sentido estricto, es decir, `ponderada´ o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades” Cfr. BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 500. Para un panorama general del contenido del concepto de proporcionalidad y su re-

La Corte Suprema argentina ha comenzado a utilizar este instrumento. Dado que esta metodología de análisis jurídico se encuentra disponible, corresponde que ella sea empleada en el examen de la razonabilidad de toda política pública que limita derechos constitucionales.

4) La Corte IDH ha señalado expresamente en su OC 5/85 que en materia de libertad de expresión corresponde la aplicación del principio de necesidad y sólo sería “convencional” una limitación a este derecho si no existiese otro medio menos limitativo a ese derecho humano (49). Cabría considerar el carácter vinculante de dicha jurisprudencia y extenderla a los demás derechos constitucionales, especialmente a aquellos que tengan un valor particular.

Es sabido que nuestra Corte Suprema ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es pauta insoslayable e imperativa para los jueces argentinos que deben seguir los estándares que ella fija. Entre esos estándares está el principio de proporcionalidad con su regla de la necesidad.

5) De acuerdo a lo que venimos sosteniendo, este análisis intensivo de razonabilidad debe extenderse a toda clase de derechos constitucionales pero, sin dudas, cabe reconocer que la Corte Suprema argentina ya lo está empleando en la práctica en relación a algunos derechos o libertades preferidas, entre las que cabe mencionar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde ya se ha utilizado las metodologías y estándares del escrutinio estricto proveniente de la jurisprudencia norteamericana (50), el

cepción en los distintos ordenamientos jurídicos, puede consultarse: BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2013.

(49) En relación al derecho de libertad de expresión, ha dicho la Corte IDH que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el art. 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el art. 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el art. 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Cfr. Opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

(50) Cfr., caso Repetto, Inés María c. Provincia de Buenos Aires., Fallos 311:2272 [1988], consid. 7 del voto de los jueces Petracchi y Bacqué, en el que se establece que las distinciones entre nacionales y extranjeros, en cuanto contradigan el art. 20, CN, se hallan afectadas por una “presunción de inconstitucionalidad” que solamente puede ser revertida mediante la acreditación de un interés estatal insoslayable que justifique la medida; caso Hooft, Pedro Cornelio Federico c. Prov. de Buenos Aires., Fallos 327:5118 [2004] en

derecho de libertad de expresión en lo que hace a sus contenidos (51), la inviolabilidad de la correspondencia (52) y el domicilio (53), etc.

Correspondería extender a las distintas clases de derechos constitucionales los criterios estrictos de control de razonabilidad ya adoptados por la Corte Suprema para algunos derechos constitucionales.

el que se sostiene que una norma que contradice las prohibiciones explícitas de distinción establecidas en los arts. 1º y 23, Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad y es sometida a un escrutinio más intenso; caso Gottschau, Evelyn Patrizia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fallos 329:2986 [1006], en igual sentido a Hooft; caso Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional - Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 331:1715 [2008], en igual sentido a Hooft. y Gottschau. También puede mencionarse el caso González de Delgado, Cristina y otros c. UNC, Fallos 323:2659, considerandos 8 y 9 del voto concurrente del juez Petracchi, que analizando la validez de distinciones basadas en el sexo se afirmó que aun cuando alguna distinción o discriminación sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican a los fines de la eventual justificación son muy exigentes; y se citó tanto el derecho europeo (donde tales distinciones se ven afectadas por una presunción de ilegitimidad que implica el desplazamiento de la carga probatoria), como el derecho estadounidense (donde se aplica un escrutinio intermedio de acuerdo con el cual quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos.) Estas referencias están tomadas del trabajo de Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO y José S. ELIAS, "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia", JA, 2012, IV.

(51) En el ámbito de la libertad de expresión, los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni sostuvieron que, las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo... cuando el gobierno intenta restringir el discurso (...) basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad (...) El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es necesaria para el logro de un apremiante interés público y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés, CS, 07/06/2005, Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Fallos 328:1825, considerando 9 del voto en disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni.

(52) Sintetizando el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, en el caso Dessy (Fallos 318:1894, [1995]), donde estaba en juego el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de un recluso, señalan Sánchez Brígido y Elias que "atento el señalado carácter eminente del derecho constitucional en juego... para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere (...) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes y que cortapisas tan profundas a garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental (...) no

6) A través de algunos mecanismos como las acciones de clase, las audiencias públicas y la posibilidad de los *amicus curiae*, se puede permitir la participación y representación de todos los que se sientan afectados por una determinada política pública que está siendo sometido a revisión judicial de razonabilidad, permitiéndose de ese modo escuchar las distintas voces interesadas en su concreción.

7) Es necesario advertir y tomar debida cuenta del cambio significativo del rol que le corresponde a los jueces, en particular a los tribunales constitucionales, que han asumido funciones suprajurisdiccionales y han comenzado a tener un creciente peso en el gobierno del Estado moderno. Esto les permite intervenir de manera más activa que en el pasado en el control, diseño y efectividad de las políticas públicas del Estado.

IV. Postura propuesta

Habiendo examinado los argumentos que sostiene una y otra postura, nos inclinamos por la siguiente tesis:

Cuando un tribunal examina la constitucionalidad de una política pública su función ha de estar guiada por las siguientes pautas:

a) Principal y fundamentalmente tiene que examinar si las determinaciones de la ley en el caso concreto sometido a su juzgamiento lesionan significativamente el contenido esencial de algún derecho constitucional de las partes del pleito, y en tal caso invalidarla⁽⁵⁴⁾. Este juicio es distinto y más

pueden generar otra consecuencia que la de una grave presunción de inconstitucionalidad. De acuerdo con estos jueces existen distintas apreciaciones, cotejos y escrutinios, cuyas modalidades de aplicación traducen (...) respuestas arregladas a la especificidad de los conflictos y al diferente emplazamiento de los diversos derechos y garantías que viene dado, principalmente, del sistema de valores consagrado por la Ley Fundamental”, ob. cit.

(53) Así, en el voto del Dr. Petracchi en el caso Fiorentino (Fallos, 306:1752 [1984]), sobre la garantía de inviolabilidad del domicilio, se puede leer que “la íntima conexión existente (...) con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías y que, por ello, deben ser consideradas con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas”.

(54) En este sentido ha afirmado la Corte Suprema argentina que “la compatibilidad constitucional de un sistema, como el establecido en las leyes de consolidación, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir que en el supuesto concreto no se destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia”, Fallos, 331:391 [2008]. También el juez Maqueda en su disidencia parcial en el caso Clarín (CS, 29/10/2013) ha sostenido que “[d]entro de los límites del Tribunal para examinar la validez constitucional de este tipo de facultades, no se advierte que por sí solo y en la forma en que ha sido cuestionado por el grupo actor, el régimen de multiplicidad afecte irrazonablemente

decisivo que el de la razonabilidad de la política pública establecida en la ley (55). A la hora de la definición de ese contenido esencial de los distintos derechos es importante atender al bien humano que está protegido y a su mayor o menor disponibilidad, a la finalidad al que se pretende alcanzar con su reconocimiento (56), a su armonización con otros derechos (57) y con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática (58), para lo cual puede ser muy útil la jurisprudencia ya establecida por el propio tribunal.

b) Deben también examinar la razonabilidad básica de la ley que contiene la política pública (59): que ella persiga fines constitucional-

su derecho a la libertad de expresión” (disidencia parcial del juez Maqueda, considerando 34°).

(55) Afirma Juan Cianciardo que “[l]a postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios, y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego”, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 98. El mismo autor sostiene que “(...) desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se coimplican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”, *Ibíd.*, p. 99.

(56) “Los derechos tienen (...) un fin al que tienden, que les da su valor y dignidad en el ordenamiento, ya que han sido reconocidos con un sentido determinado: ser el medio técnico-jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental. En consecuencia, los derechos son en realidad delimitables o determinables: a través de la interpretación y decisión constitucionales es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo”, Fernando M. TOLLER, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, II, pp. 1258-1259.

(57) Por eso consideramos que en el reconocimiento de cada derecho hay junto a un mandato de “optimización”, otro más relevante que es de “armonización” con otros derechos y con las exigencias del bien común.

(58) Cfr. art. 32 de CADH.

(59) “El gran desafío legal para el abogado que pugna por los derechos humanos en nuestro tiempo es darle contenido a esta concepto de ‘razonabilidad’ y abrogar a favor de métodos de análisis de control de constitucionalidad de mayor intensidad”, MILLER, J., GELLI, M. A., y CAYUSO, C., *Constitución y Derechos Humanos*, Tomo I, Astrea, Bs. As., 1987, p. 225.

mente válidos y que haya elegido medios legítimos y proporcionales para alcanzarlos (60). El juzgador debe, por tanto, realizar los juicios de adecuación y de proporcionalidad, según lo que propone la doctrina alemana en la materia para asegurar esos parámetros básicos de razonabilidad y verificar así el respeto de los contenidos esenciales del derecho constitucional al debido proceso substantivo.

c) De modo general, no corresponde a la función judicial evaluar la conveniencia de una política pública (61) ni controlar o invalidar por irrazonable una determinada política pública por entender que existe otra mejor o menos restrictiva de los derechos en juego (62), salvo su-

(60) Así, en el voto de los Dres. Lorenzetti y Highton en el caso Clarín (CS, 29/10/2013) se puede leer: “corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma” (voto de los doctores Highton y Lorenzetti, considerando 38°, en la causa “Grupo Clarín SA y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, decidida el 29 de octubre de 2013).

(61) Ha señalado al respecto la Corte Suprema en el caso Verbitsky: “A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”, Fallos, 328:1146 [2005], consid. 27° del voto de la mayoría.

(62) Así en el voto mayoritario del caso Clarín, se puede leer que “los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda). La elección de la forma

puestos donde sean claras, manifiestas e innegables las ventajas de uno sobre otro, ya que en ese caso estaríamos frente a un supuesto de irrazonabilidad notoria que encuadraría en el supuesto mencionado en el punto anterior (63). Por tanto, en principio no corresponde aplicar con toda su fuerza y alcance el juicio de necesidad estricto tal como ha sido formulado por la doctrina europea.

d) Existen materias muy determinadas donde cabe admitir un control de razonabilidad diferenciado y más intenso, como ocurre en el caso de las leyes que establecen distinciones en razón de la raza, el sexo, la nacio-

que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos: 322:842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313: 1333). Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines. Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley” (considerando 50°). En el mismo sentido, en lo concerniente a otro tramo de la regulación presente en la ley 26.522, se reforzó la idea al señalarse que “si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era necesario fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas menos restrictivas —inclusively hasta la posibilidad de no regular el mercado— es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante” (considerando 51°). En el mismo sentido, el Dr. Petracchi sostiene en su voto que “la función de esta Corte al ejercer el control de constitucionalidad no consiste en examinar los méritos de los medios elegidos por el Congreso para alcanzar los fines propuestos, sino que exclusivamente le corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de aquéllos. Así, en el caso, su tarea no es la de establecer si la ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces” (considerando 39°). Por su parte, ha sostenido el juez Maqueda en su voto en el caso Clarín que “la decisión acerca de cuál es la mejor forma de regular una materia como la que aquí se examina pertenece privativamente al Congreso. Si se intentara fundar un pronunciamiento en la mera discrepancia con el criterio seguido por el legislador, se estaría penetrando en el terreno del que los magistrados han sido excluidos por obvias razones vinculadas con la forma de gobierno que la Constitución adopta” (considerando 19°).

(63) Como bien, señala el tribunal constitucional español, la “Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de razonabilidad viene a hacer efectivo el cumplimiento de dicha prohibición”.

nalidad, etc., regulan algunos aspectos de la libertad de expresión (64), o afectan la libertad religiosa (65). Allí el control de razonabilidad puede ser más intenso, como lo viene haciendo ya nuestro máximo tribunal.

e) Debido a lo anterior, más allá de que en más de un pronunciamiento nuestra Corte Suprema haya dicho que ella realiza un control de razonabilidad en base a los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, nos parece que sólo realiza dos de ellos: el de adecuación y el de proporcionalidad. Expresamente ha señalado que no le corresponde y le está vedado juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones de otros poderes. Tampoco existen casos en los que haya dicho que ella debe únicamente considerar como constitucional la decisión legislativa que menos restrinja un determinado derecho, ni ha invalidado una decisión legislativa por considerar que existía otra menos limitativa del derecho en cuestión. Más allá de invocar y hacer referencia al juicio de necesidad, no lo ha aplicado en la práctica (66). Por suerte ello ha sido así, porque de haberlo empleado de modo serio y consistente habría invadido competencia de otros poderes y producido un desequilibrio institucional.

Tutela del contenido esencial de todos los derechos humanos, aseguramiento de la razonabilidad básica de las políticas públicas y control

(64) Remitimos a lo señalado en la nota 49. Por su parte, la doctora Argibay en su voto en disidencia del caso Clarín sostuvo que “si bien el Estado no puede ser cuestionado por las mayores o menores bondades de las herramientas que ha elegido para alcanzar sus propósitos de desconcentrar el mercado, sí corresponde exigir la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas, tanto desde el punto de vista de quien se expresa como del público que recibe esa información, más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos” (considerando 22°).

(65) Así la ley norteamericana que reglamenta la libertad religiosa prohíbe al gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial estatal en juego. Así, según el fallo de la Corte norteamericana en el caso Hobby Lobby, el mandato contraceptivo del Departamento de Salud “opreme gravemente el ejercicio de la religión” de quienes se oponen por convicciones morales a dichas prácticas. “Si los propietarios se adhieren al mandato de HHS, facilitarán el aborto, y si no se adhieren, pagarán una multa muy alta, hasta 1,3 millones de dólares por día, cerca de 475 millones de dólares al año, en el caso de una de estas empresas.” “Es obvio que estas consecuencias son equivalentes a una fuerte opresión”.

(66) En relación a la utilización en la práctica de la doctrina de los escrutinio por la Corte Suprema norteamericana, señala Mariano SAPAG que “salvo en materia de derecho de igualdad, en cuanto al debido proceso legal, en general, la Corte ha venido aplicando el escrutinio menos riguroso: el *rational basis review*, lo que implica que resulta muy dificultoso franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las norma”, ob. cit., p. 169.

diferenciado e intensivo para algunos derechos relacionados con bienes humanos fundamentales, son los tres aspectos centrales de nuestra postura.

Nos parece que la solución propuesta:

a) Se funda en los principios de legitimidad democrática y equilibrio de poderes.

b) Preserva el diseño constitucional del proceso judicial a su finalidad específica, sin confundirlo con el procedimiento legislativo.

c) Reserva a los jueces la delicada y trascendente misión de definir y proteger el contenido esencial de los derechos constitucionales.

d) Evita que los tribunales se pronuncien sobre temas complejos y debatidos cuya definición requiere de estudios técnicos y decisiones políticas que trascienden al Poder Judicial.

e) Se basa en la concepción de los derechos constitucionales no sólo como mandatos de optimización sino, fundamentalmente, de armonización.

f) Impide que los jueces definan políticas públicas que luego serían de difícil instrumentación y cumplimiento efectivo afectando así la credibilidad del Poder Judicial, no serían susceptibles de revisión por otros órganos de gobierno y que requieran de un manejo presupuestario ajeno al quehacer judicial.

g) Mantiene abierto el cauce constitucional y el debate político, sin pensar que para los diversos y complejos problemas humanos y sociales la Constitución consagra una sola solución que debe ser hallada y definida por los jueces. ♦

EL DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (*)

I. Preliminar

Hace tiempo publiqué un artículo sobre el “Digesto Jurídico Argentino”, donde formulé varias críticas al entonces proyecto de ley, tanto desde un punto de vista práctico como jurídico. Supuse, ingenuamente, que como el trabajo hecho en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos debía ser analizado por las comisiones del Congreso y por los legisladores de ambas cámaras antes de convertirse en ley, dada su magnitud e importancia, esa tarea iba a demandar un tiempo que excedía ampliamente el estudio de cualquier proyecto, pues implicaba nada menos que revisar toda la legislación nacional. Pensé que por una elemental razón de seriedad pasaría a integrar la larga serie de proyectos legislativos que terminan en el archivo. Pero, me equivoqué, y hace unos días se publicó en el Boletín Oficial de la Nación la ley 26.939 que aprueba dicho Digesto.

Tanto la ley 24.967, que dispuso su elaboración, cuanto la que ahora nos ocupa, fueron votadas favorablemente en ambas cámaras por una amplia mayoría, lo cual nos induce a dudar del criterio con el cual nuestros parlamentarios deciden cuestiones de técnica jurídica o que al hacerlo no siempre están bien informados del contenido, significado y alcance de las leyes que votan.

Algunos funcionarios, legisladores, políticos y abogados —por fortuna pocos— han sido generosos en las ponderaciones del Digesto, pues lo consideran una “obra jurídica monumental”, “una herramienta de superlativa importancia institucional”, “una obra histórica que termina con las zonas grises y los amplios márgenes de interpretación”, “elimina del sistema normativo toda la hojarasca o contaminación legislativa, principalmente a través de derogaciones tácticas e indeterminadas”, y otras cosas por el estilo; en suma, según estas opiniones el Digesto sería algo así como la panacea de la legislación, único en el mundo, porque ningún país lo ha

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 10 de julio de 2014.

realizado. La orientación claramente positivista de estas opiniones parecen revivir los viejos debates doctrinales sobre la codificación, pero en un escenario jurídico y político muy diferente.

Como se trata de un tema que puede ser enfocado desde distintos puntos de vista y su análisis obligaría a extenderme mucho más de lo que corresponde a una comunicación, me limitaré a señalar brevemente algunos aspectos que juzgo de mayor importancia.

Desde ya adelante que, lejos de compartir los elogios formulados al Digesto Jurídico Argentino, considero que las objeciones superan ampliamente a las pretendidas virtudes, las cuales se remontan a la ley 24.967 que lo originó.

II. No es lo mismo ordenar las normas para informarse que para legislar

La idea de ordenar la legislación es tan vieja como la legislación misma. De ahí que hacerlo no se pueda considerar un invento personal, ni una obra novedosa, ni menos aún una genialidad. Es un acto elemental de sentido común, como lo demuestran la cantidad de proyectos que existieron en nuestro país, aun cuando en su mayoría no se llegaron a realizar (1).

(1) La primera obra completa de informática jurídica que se hizo, que se usa, y funciona en la órbita del Ministerio de Justicia es la desarrollada por el Sistema Nacional de Informática Jurídica, actualmente Sistema Argentino de Información Jurídica, también denominado INFOJUS, que está al servicio de los usuarios desde 1981 y se puede consultar en línea por Internet. Por eso resulta incomprensible que el Ministro de Justicia, del cual depende este Sistema y que forma parte de su organización, diga en el mensaje de elevación de ley 26.939 que el trabajo “tiene sólo un antecedente en la historia argentina”, para referirse a un ordenamiento que se habría previsto realizar en 1953 y no se hizo, del cual no tengo conocimiento, tal vez por falta de información. Señalo este hecho, sin pretensiones de arrogancia, por dos motivos: el primero, para reconocer el mérito de los funcionarios, técnicos y empleados que realizaron una tarea —y la siguieron actualizando y perfeccionando— que mereció el elogio de los directivos de los sistemas de informática jurídica más avanzados del mundo, como es el Centro Electrónico de la Corte de Casación de Italia, y el segundo, para poner en evidencia el despilfarro de dinero que representó la elaboración del Digesto Jurídico Argentino a lo largo de los casi diez años que demandó la tarea, para hacer algo que en lo fundamental ya estaba hecho. Aclaro que el que la obra emprendida en 1980 por la Subsecretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia se realizó en un año y ocho meses, tiempo en el cual se efectuaron las siguientes tareas: a) relevar todas las leyes y decretos leyes tomando su texto del Boletín Oficial de la Nación; b) asignarles títulos y descriptores; c) las leyes con contenido normativo se memorizaron íntegramente (destaco que en esa época no existían los scanners, y fue necesario graboverificar el texto de todas las leyes); d) de las leyes sin contenido normativo se indicó su contenido; e) a cada ley se le incluyó un suma-

Para tratar este tema debemos partir de una premisa fundamental, que es determinar el objeto que se persigue con la elaboración de un digesto, pues una cosa es hacerlo con una finalidad informativa y otra muy diferente con un propósito legislativo o, dicho en otras palabras, no es lo mismo elaborar una base de datos con todas las normas para recuperarlas por métodos eficientes de búsqueda, fundamentalmente temática y agregarle las referencias normativas, que hacer una especie de código general con toda la legislación vigente. Lo primero es posible —como que está hecho— y muy útil, lo segundo es prácticamente imposible y por demás inconveniente, pues la aplicación del derecho no es una operación matemática y en algunas ramas la generación, modificación y supresión de normas se produce con mucha frecuencia.

Se pueden ordenar determinadas materias para condensarlas en un cuerpo legal más reducido, convertir las modificaciones o derogaciones implícitas en expresas, ajustar las concordancias, todo ello con el auxilio de la información almacenada en una base de datos y por métodos de búsqueda adecuados a esa finalidad, trabajo que demanda un análisis jurídico, técnico y político de cada ley en particular y se debe seguir el procedimiento que prevé la Constitución para sancionar las leyes.

Separar las leyes que carecen de contenido normativo, las derogadas expresamente, introducir las modificaciones en las leyes y decretos reformados para elaborar textos ordenados, es algo bastante sencillo que ya se hizo en 1981 y se sigue haciendo hasta nuestros días en el Sistema Argentino de Información Jurídica, que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Con ello no se introducen modificaciones o cambios legislativos, sino sólo se ordenan materialmente los textos. Además, no es necesario el dictado de una ley para realizar un ordenamiento de esta naturaleza.

Tampoco es un descubrimiento de los responsables del Digesto Jurídico Argentino advertir que el número de leyes vigentes con contenido normativo —mal llamadas “leyes generales”— son algo más del 10% del total, porque eso también se comprobó en 1981, aunque el criterio que se siguió ahora es diferente del anterior.

rio para posibilitar las búsquedas temáticas; f) se introdujeron las modificaciones en las leyes modificadas, para tener los textos actualizados; g) se introdujeron referencias normativas, y los antecedentes de cada ley; h) se adecuaron los softwares; i) se tradujo el thesaurus; j) se diseñaron los nuevos documentos y los canales de búsqueda; k) se tradujeron los manuales, etc.

III. La Constitución no manda realizar un ordenamiento legislativo

Se argumenta que el Digesto Jurídico Argentino cumple con un mandato constitucional, lo cual es inexacto. Nuestra ley fundamental no dispone que se deba redactar tal digesto, ni tampoco que se ordenen las leyes. La cláusula transitoria octava de la Constitución reformada en 1994 contiene un mandato implícito de revisar la legislación delegada, al establecer: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

Por lo que leí en los anexos de la ley 26.939, el Digesto Jurídico Argentino sólo contiene las “leyes generales” dictadas por el Congreso de la Nación, los decretos leyes de los gobiernos de facto y decretos de necesidad y urgencia (ignoro si están todos); pero nada dice de la legislación delegada ni de los decretos reglamentarios. De ahí que hubiese sido de mayor utilidad dedicar el esfuerzo humano, el tiempo y el dinero público que se gastó, en analizar esa legislación, con lo cual además de cumplir con el mandato constitucional a que aludí (2) se hubiera concentrado el trabajo donde más se necesita una tarea de ordenamiento. Pero, como es difícil y laboriosa, y los resultados no se pueden apreciar en un plazo breve, prefirieron aprovechar en gran parte lo hecho, introducirle las correcciones necesarias y transformar su finalidad, para que en lugar de un sistema de información jurídica se convierta en una especie de “código general de toda la legislación nacional”.

IV. Hacer un digesto en la actualidad es absurdo

La pretensión “justineana” o “napoleónica” que resulta de las leyes 24.967 y 26.939 incurre en varios desaciertos. El primero y elemental es hacer un digesto jurídico en un sistema de derecho escrito donde se conoce perfectamente el origen las normas.

Los primeros digestos, como también los primeros códigos y recopilaciones, no se hicieron sólo para cumplir con una finalidad ordenadora, sino para conferirle a las normas el valor jurídico que le otorga la autori-

(2) Lo dicho sin olvidar lo desacertado que es declarar la caducidad en bloque de la legislación delegada, pues sus inspiradores no pensaron en la dificultad de implementarla, ni tampoco en las consecuencias que iba a producir. Afortunadamente los hechos demostraron su desacierto, porque no se aplica.

dad de la que emanan. Fueron en su mayoría una exigencia de todo orden jurídico que base en la ley la fuente de autoridad normativa.

En nuestro país no era necesario ningún digesto para darle a las leyes la autoridad estatal, porque la tienen desde que nacimos como República. Todas se han dictado por la autoridad encargada de hacerlo, según reza la Constitución Nacional, y las de los gobiernos de facto fueron en su mayoría convalidadas por otras leyes posteriores de gobiernos de jure o por la jurisprudencia.

Otro error más grave aún es encasillar las leyes siguiendo un nomenclador alfanumérico según la materia que aparentemente tratan. Con ese objeto el Digesto Jurídico Argentino divide el espectro normativo en una treintena de ítem, cuya única explicación es suponer que de esa manera se podrá simplificar la búsqueda temática de las normas.

No sólo los que hemos trabajado en el tema, sino cualquier abogado medianamente informado puede advertir que una de las dificultades mayores que presenta la legislación, sobre todo antes de que aparecieran los procesadores de texto, es encasillar las normas por materia, pues hay leyes que regulan temas de diferente naturaleza y otras que contienen disposiciones que poco tienen que ver con el título de la ley. Así, para dar un ejemplo, tenemos la ley complementaria permanente de presupuesto, que trata las materias más variadas: ¿dónde habría que ubicarla?

Por otra parte, no son unánimes los criterios para delimitar el ámbito de cada materia y existen zonas grises que generan dudas sobre la rama del derecho a la cual pertenece una norma. Por ejemplo, la impugnación judicial de los actos administrativos es para algunos autores un tema procesal y para otros de derecho administrativo: ¿dónde se debería ubicar? Además, hay normas de derecho general, que no obstante estar legisladas en una ley, se aplican a todas las ramas jurídicas. Tal, por ejemplo, el art. 2º del Cód. Civil, que trata de la publicación de las leyes y se aplica a todas las disciplinas jurídicas: ¿cuál debería ser la ubicación de esta norma?

La idea de hacer un digesto jurídico como elemento para facilitar la búsqueda de la legislación se justificó cuando nos manejábamos con textos impresos, a los cuales solamente podíamos acceder por índices, también impresos, y siempre se enfrentó con la dificultad apuntada. Pero hoy, con los sistemas que existen para recuperar información, ya sea por palabras libres o por temas o en forma conceptual o por convertidores (thesaurus), y ante la capacidad ilimitada para almacenar y procesar textos, hacer un digesto jurídico temático constituye un despropósito.

Las búsquedas temáticas se realizan actualmente por sumarios preparados en los sistemas de informática jurídica, en los cuales se indica el contenido de cada norma que, como dije, puede comprender diferentes materias, o también por palabras libres. ¿Quién va a recurrir a encasillamientos y a índices impresos, cuando tiene a su alcance métodos de búsqueda de información jurídica infinitamente más veloces, eficientes y seguros?

V. Conversión de las derogaciones tácitas e implícitas, la consolidación y los textos ordenados

Esta es una cuestión jurídico-institucional de la mayor importancia. Establecer con imperium si una norma está o no vigente es legislar. Convertir con fuerza de ley las derogaciones tácitas e implícitas en expresas, también es legislar, como lo es corregir las contradicciones y ajustar la redacción. Mucho más lo es dictar una consolidación de leyes.

Todo esto es lo que dispuso hacer la ley 24.967 y aprobó la ley 26.939. El art. 14 de esta última establece que la consolidación importa “la refundición en un solo texto legal de normas análogas sobre una misma materia” y la ordenación consiste en “la aprobación de textos ordenados de materias varias veces reguladas o modificadas parcialmente”.

Si el resultado de estos procedimientos hubiese tenido carácter meramente informativo, aunque sean hechos por un ente oficial, no estarían legislando. Tendrían el valor de una opinión autorizada, mas no serían normas. Pero, si de lo que se trata es consolidar u ordenar normas por medio de otra ley dictada con imperium, es indudablemente legislar, porque existirán sustituciones, derogaciones, reemplazos, fusiones cuya fuente será la nueva ley, y no las leyes objeto de la consolidación.

Por eso, tanto el mandato conferido al Poder Ejecutivo por la ley 24.967 para que se encargue de confeccionar del Digesto Jurídico Argentino, como la ley 26.939 que lo aprueba, no han respetado el procedimiento previsto por la Constitución nacional para dictar las leyes, por más limitaciones que se establezcan para impedir modificaciones que alteren la letra o el espíritu de las leyes vigentes, lo cual es contradictorio, porque no entiendo cómo se pueden hacer consolidaciones sin alterar la letra de las leyes consolidadas.

VI. Cómo se elaboró el Digesto

El procedimiento seguido para elaborar el proyecto de Digesto Jurídico Argentino consistió en encomendarle el trabajo técnico a un grupo de

abogados, parte de los cuales fueron seleccionados por la Facultad de Derecho. A su vez, el Poder Ejecutivo designó una Comisión de Juristas, que debían ser personas de reconocido prestigio en la especialidad de alguna de las materias establecidas en el artículo en la ley. Esta comisión debía emitir un dictamen científico por categoría jurídica, sobre la vigencia y consolidación de las leyes en las materias respectivas. La Comisión podía solicitar a todos los organismos públicos la información que estime necesaria para el cumplimiento de su cometido, así como también el asesoramiento académico, técnico e informático de universidades, centros de investigación y consultores públicos o privados. Los encargados de realizar la tarea de revisión presentaron sus informes a los miembros de la Comisión y éstos los debían analizar y expedirse sobre su aprobación. Luego, el Ministerio de Justicia debía hacer lo propio sobre el proyecto, y así se elevó al Congreso para convertirse luego en ley.

Ignoro si se pidió la opinión de académicos, organismos técnicos, centros de investigación y consultores, así como tampoco conozco las respuestas que pudieron haber enviado. Lo mismo puedo decir de los dictámenes de la Comisión de Juristas y cuál fue su contenido. Por eso no puedo afirmar ni tampoco negar que el Digesto Jurídico Argentino se hizo correctamente, porque para emitir un juicio serio no alcanzarían los años de vida que aún me restan para continuar en este mundo. No obstante ello, aunque los tuviera, difícilmente podría hacerlo sin antes verificar todas las leyes analizadas y si las hechas son todas las que correspondía o quedaron algunas en el tintero.

En otras palabras, para saber si el Digesto está bien o mal hecho era necesario que la comisión de juristas realizara una tarea igual a la de los abogados que se encargaron de preparar el proyecto, y a su vez lo mismo debieron haber hecho en el Ministerio de Justicia y también los legisladores que votaron la ley.

Una prueba de la incertidumbre sobre la exactitud del trabajo realizado la tenemos en la propia ley 26.939, que prevé un “período de observación y publicidad” para que se efectúen consultas y observaciones al Digesto sobre el encuadramiento de las normas, la consolidación del texto o la vigencia de la ley considerada como tal. Este período de revisión no tiene nada que ver con la democracia, tantas veces mal invocada, porque la revisión técnica de textos legales no es cuestión meramente comparativa, pues para hacerlo es necesario efectuar una valoración política y jurídica.

Se necesita tener un conocimiento cabal de la materia en su realidad, no sólo jurídica, sino también política, económica y social. Decidir si una norma quedó o no derogada implícita o tácitamente, o refundir leyes para

que sean reguladas por una ley nueva, dista de constituir una cuestión lógica o semántica.

Además de una tarea de interpretación, es necesario tener en cuenta los efectos que producirá la reforma. La falta de certeza conspira contra la seguridad jurídica, pero también es cierto que en el derecho existen siempre márgenes de incerteza que son necesarios, porque las proposiciones jurídicas que contienen las leyes prevén una parte ínfima de los supuestos del comportamiento humano.

Por eso, la conversión de las derogaciones implícitas y tácitas en expresas es una tarea necesaria, pero sólo si se lleva a cabo paulatinamente, con profesionalismo, y circunscripta a temas determinados, para lo cual es indispensable contar con un sistema de informática jurídica que posibilite efectuar búsquedas temáticas y conceptuales, como es el SAIJ, ahora INFOJUS. Además, existen decretos que tienen valor de ley por delegación legislativa, decretos que derogan leyes, decretos de necesidad y urgencia que no fueron convalidados y rigen, en suma, nuestra legislación es demasiado desordenada y compleja como para guiarse solamente por las leyes en sentido formal.

La conversión masiva de todas las derogaciones implícitas o tácitas en expresas, así como también la consolidación y el ordenamiento de las leyes difícilmente puedan cumplir con los requisitos expuestos, porque estará ausente el análisis de la oportunidad de cada norma, en el cual necesariamente deben participar los funcionarios encargados de aplicarlas. Además, es preciso analizar los efectos que produce una u otra solución en el ordenamiento jurídico en general. En otras palabras, algo que es digno de encomio, si se hace de a poco y con un conocimiento integral de los temas, puede resultar un despropósito si se pretende realizar en forma global.

VII. Algunas deficiencias del Digesto

El trabajo realizado por los responsables del Digesto Jurídico Argentino, como un aporte para el ordenamiento de las leyes, tiene indudablemente el valor de todo lo que se haga con esa finalidad. Pero, de ahí a considerar que es un “código general de la legislación nacional”, y que al ser aprobado globalmente su contenido por una ley se suprimen todas las contradicciones, las derogaciones implícitas y las modificaciones, hay un trecho muy grande.

Como no podía ser de otra manera, el texto completo de las normas vigentes indicadas en el anexo I está memorizada en un sitio de Internet (www.infojus.gov.ar), que se puede consultar pero con bastante dificul-

tad, porque: a) no respeta el orden numérico anterior, b) hace remisiones a otras normas, que obligan a realizar nuevas búsquedas, c) no se hicieron sumarios del contenido de las leyes para agilizar las búsquedas temáticas, d) no proporciona métodos de búsqueda temática. Esto último es fundamental no sólo para que en el período de publicidad y consulta se puedan formular observaciones, sino el día en llegue a regir el Digesto Jurídico Argentino.

Cada vez que alguien promociona un desarrollo informático sobre temas jurídicos, esgrime como virtud la cantidad de normas y fallos almacenados. Le pregunto ¿cómo son los sistemas de búsqueda, su velocidad, simplicidad, eficiencia? Porque la informática jurídica no consiste en almacenar documentos, sino en poder encontrarlos rápidamente por los temas que tratan.

Buscar leyes o decretos por el número o por la fecha de publicación es tan sencillo como buscar un número telefónico en la guía. Pero buscar un tema jurídico determinado en toda la legislación nacional, que es voluminosa y desordenada, se convierte en un incordio. Pues bien, el Digesto Jurídico Argentino no tiene buscadores temáticos y tampoco por palabras libres. Peor aún, no existe una tabla con las leyes por su numeración tradicional correlativa que indique cuál es la nueva. Todas las leyes vigentes y no vigentes están en los anexos, divididos por las materias, y para encontrar una ley es necesario adivinar en qué nomenclatura está colocada, para partir de allí y ver si las modificaciones o adiciones o notas son correctas o no. Esto es lo que pude comprobar al entrar en la página web. Puede ser que me equivoque y, si así fuera desearía fervientemente que me lo hicieran notar.

Como dije, incorporar la derogaciones o modificaciones expresas es una cuestión relativamente simple, diríamos que tipográfica. Pero las derogaciones implícitas son muy diferentes, porque implica un análisis valorativo de las normas que en sustancia no es otra cosa que legislar, y para ello se debe seguir el procedimiento que marca la Constitución nacional. Un juez puede sostener en una sentencia que una norma está implícitamente derogada por otra, como acto jurisdiccional y para el caso concreto. Pero delegar en los encargados de redactar el Digesto Jurídico Argentino esa atribución es transferir una potestad legislativa para que sea ejercida en forma general, cuando cada ley debería ser materia de análisis particular.

Para muestra basta un botón, dice el refranero popular. Cuando comencé a analizar las leyes en particular, dada mi afinidad con el derecho administrativo comencé por la 19.549. Allí encontré que el nuevo texto considera que el segundo párrafo del inc. b) del art. 1º de esta norma está

derogado implícitamente. El párrafo en cuestión es el que faculta al Poder Ejecutivo para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal y comprende la potestad de aplicar multas de hasta cien pesos cuando no estuviere previsto un monto distinto. Según el Digesto Jurídico Argentino este párrafo estaría implícitamente derogado por el art. 10 de la ley 23.928, que derogó a partir del 1º del mes de abril de 1991 todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. La ley 23.928 se refiere a los contratos o convenciones privadas y a las sentencias judiciales, pero no a la potestad del Estado para establecer el monto de las multas, como tampoco es aplicable en materia tributaria. De no ser así, a partir de su dictado no se podrían haber aumentado los impuestos.

VIII. Los efectos del Digesto en la legislación

La ley 24.967, que dio origen al Digesto Jurídico Argentino previó que hacer un cuerpo general de todas las leyes generales vigentes, luego de depuradas, para que el Congreso lo sancione y después ir introduciendo las nuevas normas o las modificaciones según el orden de las materias y la fecha de sanción. Una especie de “código general actualizable” con una nueva numeración y ordenamiento temático permanente.

Sólo pensar en la posibilidad de que llegue ponerse en práctica esta idea tan alejada de lo que es el derecho en su realidad genera una gran preocupación. ¿Quiénes son los legisladores con un conocimiento jurídico tan vasto como para darle el visto bueno al Digesto proyectado antes de convertirlo en ley? ¿Tiene el Congreso personal de la comisiones con capacidad y tiempo para realizar esa tarea extraordinaria? ¿Qué miembro de la comisión de juristas, por inteligente e informado que sea, puede avalar con su firma un trabajo que no hizo él, nada menos que sobre la vigencia y completitud de las leyes dictadas en una disciplina jurídica? ¿Pueden las comisiones del Congreso llevar a cabo una tarea que tanto trabajo le insume a los particulares dedicados al tema desde hace varias décadas y sin alcanzar resultados de confiabilidad absoluta? ¿La ley que aprueba el Digesto sería una nueva ley cuyo contenido son las leyes analizadas y corregidas?

Como dije, para saber si el Digesto Jurídico Argentino está bien o mal hecho, nuestros legisladores deberían haber realizado el mismo trabajo que hicieron los responsables del Digesto, salvo que se apruebe “a libro cerrado”, como ocurrió con el Código Civil, pero en aquella época era ne-

cesario hacerlo porque nos manejábamos con la legislación de Indias, eran pocas las leyes nacionales (la que aprobó el Código Civil es la ley 340), y no había legislación delegada. Además, legisló sobre una rama del derecho y su autor fue el eminente jurista Dalmacio Vélez Sarsfield.

El art. 15 de la ley 24.947 contiene un precepto verdaderamente inédito. Establece que “con la ley de aprobación del Digesto Jurídico Argentino se entenderán derogadas todas las normas que no se hubieren incorporado al mismo hasta la fecha de la consolidación como legislación nacional general vigente y su respectiva reglamentación”. Está de más señalar que una regla semejante sólo es posible aplicarla en pocas ramas del derecho y para regulaciones especiales, como son aquellas que establecen requisitos u obligaciones que deben cumplir los administrados, pero nunca para toda la legislación. El Código Aduanero, por ejemplo, ordenó y depuró las ordenanzas y disposiciones que se habían dictado hasta ese momento para consolidarlas en una ley única, la cual, obviamente, luego sufrió modificaciones.

También se puede citar el Digesto de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, porque sus disposiciones son en gran parte reglamentarias del poder de policía, o de carácter procesal o técnicas. Además, este Digesto fue dictado durante un gobierno militar, y todos sabemos la especial vocación reglamentarista que tienen los hombres de las fuerzas armadas, habituados a manejarse con reglamentos, cosa que es comprensible, porque en la batalla el comandante no puede dejar librado a la discrecionalidad de sus subordinados qué deben hacer y cómo hacerlo.

Pero seguir este criterio con toda la legislación es algo muy diferente. Si tenemos en cuenta las deficiencias técnicas y metodología que han caracterizado a la legislación nacional, las delegaciones legislativas hechas en el Poder Ejecutivo o en órganos inferiores, la existencia de decretos que legislaron sobre materias de competencia del Congreso, las leyes que derogaron decretos y de decretos que derogaron leyes, el dictado de normas dentro de leyes cuyo contenido general nada tiene que ver con el tema principal regulado en ellas, derogar todo lo que no esté en el Digesto entrañaría un peligro para nuestro régimen jurídico, para los derechos adquiridos y para el buen sentido.

Como vemos, en vez de corregir una deficiencia se la pretendió incrementar, porque si es criticable que las leyes incluyan en su texto la expresión “queda derogada toda norma que se oponga a la presente”, lo dispuesto por el art. 15 de la ley 24.967 hubiese agravado considerablemente el problema, pues se habrían derogado no sólo las normas que se le oponían a una posterior, sino también las que no formaran parte del Digesto Jurídico Argentino.

Afortunadamente esta prescripción no aparece en la ley 26.939, que además se encargó de derogar la ley 24.967 —que fue la norma que le dio vida—, y merced a este “parricidio” las cosas quedaron reguladas de otra manera, también desacertada, pero menos grave.

El art. 2º declara vigentes las normas incorporadas al anexo I, “Leyes nacionales de carácter general vigentes”; y el art. 3º declara no vigentes las normas identificadas en el anexo II, “Leyes nacionales de carácter general no vigentes”. Ahora bien, ¿Qué ocurre con las normas que no están indicadas en estos anexos o que fueron derogadas parcialmente? ¿Qué ocurre con la legislación delegada? ¿Qué ocurre con los decretos normativos? ¿Qué ocurre con los derechos adquiridos al amparo de decretos normativos?

De la lectura de la ley 26.939 surge que el Digesto Jurídico Argentino solamente incluye a las leyes, pero no a los decretos autónomos, ejecutivos y delegados, que son la parte de nuestra legislación que en mayor medida necesita ser ordenada y sistematizada. Claro está que para eso hay que trabajar mucho, y los resultados recién se podrían ver dentro de muchos años.

IX. La reenumeración de las leyes

La ley 24.947 dispuso que luego de efectuado el ordenamiento se debían reenumerar las leyes, precedidas por la letra del casillero en el cual estarían ubicadas (art. 13). El art. 7º de la ley 26.939 mantiene la misma disposición al establecer que “las leyes que integren el Digesto Jurídico Argentino se identificarán por categorías con la letra correspondiente de acuerdo a la siguiente enumeración”, e indica las siglas que corresponden a las materias en que divide la legislación. A su vez, en los anexos I, II y III ya están reenumeradas todas las leyes vigentes, no vigentes y las normas aprobadas por organismos supraestatales o intergubernamentales de integración de los que la Nación es parte.

Es difícil comprender semejante desatino. Quienes tuvieron esta idea tan particular no repararon en el efecto que producirá en la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y en trabajo de los abogados cambiar el número de las leyes, sobre todo las que se dictaron con anterioridad a la ley 26.939. A partir de ahora todos deberemos manejarnos con una tabla de conversión, para saber que cuando un fallo o un libro o un artículo se refieren, por ejemplo, a la ley 19.549, en realidad lo está haciendo respecto de la ley “ADM 0865”. También se tendrán que reformar todas las bases de datos de legislación y de jurisprudencia.

¿Qué provecho producirán esas modificaciones? Indudablemente, ninguno, pero sí muchas complicaciones. Una prueba de lo desacertado que es modificar el número de las leyes luego de sancionadas la tenemos en la Ley de Matrimonio Civil, que se dictó pocos años después del Código Civil, y nunca se incorporó a éste para no modificar la numeración de sus artículos. Más todavía, aunque sea una mala práctica numerar artículos de las leyes con bis, ter, etc., tampoco se lo debería modificar y seguir la correlatividad, porque eso implica correr la numeración de la ley. No será muy prolijo, pero es útil, porque si las leyes y los artículos se numeran es para poder encontrarlos o citarlos, y no se necesita ser muy sagaz para advertir que los cambios en la numeración dificultan esa tarea.

X. Las leyes no vigentes y las de objeto cumplido

El anexo II de leyes “no vigentes” indica la nueva identificación alfanumérica, pero no el número que tenía antes, y da como razón de la pérdida de vigencia el “objeto cumplido”. No aparece en ningún caso la palabra “derogada”, cosa que llama la atención, porque siempre creí que el modo más común de quitarle vigencia a una ley es derogándola por otra ley y que hay muchas leyes que derogaron expresamente otras.

La mayoría de estas leyes “no vigentes por objeto cumplido” se refieren a tratados, acuerdos, convenciones y protocolos internacionales. También se consideran leyes no vigentes por objeto cumplido las dictadas para ratificar decretos leyes de los gobiernos de facto. Se desprende de esta redacción que para los autores del Digesto Jurídico Argentino las leyes que aprueban o ratifican otras normas o tratados pierden vigencia al ser promulgadas por el Poder Ejecutivo, pues se habría cumplido su objeto.

Pienso que este criterio no es acertado. Las leyes que aprueban tratados internacionales o que ratifican decretos leyes no pierden su vigencia por haber cumplido el objeto, ya que la aprobación o ratificación es lo que le da validez a los tratados y a los decretos leyes, por lo cual integran el orden jurídico. Con ese criterio la ley 340 que aprobó el Código Civil habría perdido vigencia, pero no así el Código, cuya vigencia se funda, precisamente, en la ley que lo aprobó.

Leyes de objeto cumplido son las que se dictan para regir durante un período determinado (declaración de emergencia de una zona, regímenes promocionales temporarios, pensiones graciabiles, etc.) o para un objeto determinado a cumplir. Aunque se pueda argumentar que es una cuestión semántica, tiene su importancia, porque no es lo mismo un de-

creto ley de un gobierno de facto ratificado por una ley que mantiene su vigencia que otro ratificado por una ley no vigente. ¿Los autores del Digesto habrán pensado en cuáles serían las consecuencias si se derogaran las leyes que según ellos no estarían vigentes por haber cumplido el objeto?

Lo importante es el valor normativo de la ley, si se mantiene o no. Por eso tampoco es acertado haber tenido en cuenta el carácter “general” de las leyes, cuando lo que interesa es que tengan contenido normativo, el cual lleva implícita la generalidad y la igualdad.

XI. ¿Qué aprueba la ley 26.939?

Existe cierta incoherencia en las disposiciones de esta ley, pues mientras el art. 1º aprueba el Digesto Jurídico Argentino, los arts. 20 a 26 establecen un procedimiento de publicidad y consulta previo a su entrada en vigencia. Esto significa que la expresión “aprúebase el Digesto Jurídico Argentino” no está bien empleada, porque mal puede aprobarse un cuerpo legislativo sometido a un proceso de revisión.

Lo que aprueba esta ley vendría a ser el conjunto de las leyes generales —debió decir de contenido normativo— declaradas vigentes, que conformará el Digesto una vez cumplido el proceso de publicidad y consulta, que comienza con la publicación del trabajo realizado en el Ministerio de Justicia y resueltas por la Comisión Bicameral Permanente las observaciones que se puedan formular, o transcurridos los plazos para hacerlo. Con respecto a las leyes no vigentes, también forman parte del Digesto, pero con ese carácter.

La ley no aclara dónde y cómo se debe publicar el Digesto Jurídico Argentino para que comience el período de ciento ochenta días de observación y consulta. Sólo dispone que la Comisión Bicameral permanente lo deberá dar a publicidad. El lugar apropiado debería ser el Boletín Oficial de la Nación, porque la edición electrónica a que se refiere la ley sólo tendrá autenticidad después que se apruebe la versión definitiva del Digesto. Además, a estar por lo que establece ley 26.939 no existe todavía un texto auténtico con valor oficial de las leyes vigentes, porque los arts. 23 a 26 emplean en varios párrafos como tiempo verbal el futuro: “la edición electrónica... deberá garantizar la integridad, autenticidad e inalterabilidad de su contenido...las actualizaciones previstas en el capítulo IV estarán disponibles a través de un sitio web específico habilitado al efecto... “la edición electrónica del Digesto Jurídico Argentino deberá aplicar los estándares abiertos para publicaciones digitales y adecuarse...”

Lo correcto sería entonces que se publique en el Boletín Oficial de la Nación el texto íntegro de todas las leyes generales vigentes, y después de concluir el proceso de publicidad y consulta hacerlo nuevamente con el texto definitivo, para cumplir con lo prescripto por el art. 2º del Cód. Civil. La ley 26.939 sólo indica en los anexos el número originario de la ley, la nueva identificación, la fecha en que se sancionó y el tema, pero nada dice sobre la fecha en que se publicó en el Boletín Oficial de la Nación. Como vemos, un despilfarro de papel y tinta.

XII. El Congreso Nacional es el único protagonista

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico la atribución de dictar leyes corresponde al Congreso, el Poder Ejecutivo es también un protagonista que en modo alguno se puede ignorar, por varios motivos. En primer lugar es quien promulga las leyes y el encargado de ordenar su publicación en el Boletín Oficial, que es un organismo administrativo dependiente del Poder Ejecutivo, sin olvidar la facultad de veto. De ahí que se sostenga que el Presidente de la Nación ejerce facultades colegislativas.

Pero, y esto es lo más importante, la atribución de dictar normas no es exclusiva del Poder Legislativo, porque el Poder Ejecutivo dicta reglamentos —autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia— que son normas tanto como las leyes, claro está que en materias que no sean de competencia exclusiva del Congreso o en las cuales esté prohibida la delegación.

La ley 26.939 prescinde totalmente del Poder Ejecutivo. Es como si no existiera. Crea una Comisión Bicameral Permanente encargada de analizar las actualizaciones del Digesto propuestas por el organismo de asistencia técnica (que es la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados) y en su caso, emitir el dictamen correspondiente para su aprobación por el Congreso, coordinar y supervisar la edición electrónica del Digesto, resolver las consultas y las observaciones recibidas, previa recomendación de la Dirección de Información Parlamentaria, organizar actividades de difusión y publicidad del Digesto.

De las consultas y observaciones recibidas, la comisión bicameral debe dar vista a la Dirección de Información Parlamentaria para que ésta efectúe una recomendación. Vencido el plazo, la comisión bicameral adoptará una resolución respecto de la consulta u observación planteada.

La ley establece que la resolución que ratifique o rectifique el encuadramiento, consolidación o vigencia observados, deberá ser aprobada por la

mayoría de los miembros de la Comisión Bicameral Permanente del Digesto Jurídico Argentino sin necesidad de otro procedimiento ratificatorio posterior y se dará cuenta de ella a los miembros de ambas cámaras. Y agrega que “transcurrido el período de ciento ochenta días corridos, y resueltas las observaciones, se dispondrá la publicación en el Boletín Oficial de la versión definitiva del Digesto Jurídico Argentino”.

En todo este procedimiento no interviene el Poder Ejecutivo, y una decisión de la Comisión Bicameral —por ejemplo, sobre la vigencia de una norma— se incorporaría directamente al Digesto Jurídico Argentino sin que sea promulgada, no obstante que declarar que una ley perdió vigencia es legislar, pues se legisla tanto cuando se incorpora una norma como cuando se la suprime, sea por derogación o por declararla no vigente.

XIII. El Digesto Jurídico Argentino no soluciona los principales problemas de nuestra legislación

Como señalé, y es por demás sabido, el cuerpo normativo nacional es muy grande, heterogéneo, y desordenado. En muchos casos no se han respetado las competencias, y regulaciones que debieron ser materia de ley formal, se dictaron por decreto. Hay decretos que derogaron leyes y leyes que derogan decretos, decretos que tienen valor de ley por delegación legislativa y decretos de necesidad y urgencia que no fueron convalidados, pese a lo cual rigen. También tenemos artículos injertados en leyes que no se corresponden como el tema sustancial que regulan (3). Más aún, como la línea que divide los reglamentos ejecutivos y los reglamentos delegados en algunos casos es difusa, temas que debieron ser materia de ley formal están reguladas no sólo por decretos, sino también por resoluciones. Un ejemplo de lo dicho lo tenemos en las normas aduaneras.

A la producción excesiva de normas se agrega el hecho de que, por lo general, las reformas se suceden de manera inorgánica, motivadas muchas veces por un casuismo excesivo, sin reparar en el carácter ge-

(3) Como ejemplo de leyes que modificaron otras con las cuales no tiene relación citaremos a la ley 20.378 de fomento equino, que declara inaplicables a la venta de caballos pura sangre de carrera los arts. 1374 y 1429 del Cód. Civil. El art. 1374 del Cód. Civil prohíbe el pacto comisorio en la venta de cosas muebles, y el art. 1429 lo complementa al establecer que si el comprador no pagase el precio de la cosa muebles, el vendedor sólo tendrá derecho para cobrar los intereses de la demora, y no para pedir la resolución de la venta. Como todos nos manejamos con ediciones comerciales del Código Civil, donde no aparece la reforma o lo hace sólo en normas complementarias, quien ignora esta reforma creerá que la prohibición del pacto comisorio de bienes muebles no contiene excepciones.

neralizador que deben tener las leyes, además de abstracto y general. Existen leyes que sufrieron desde su dictado más de cien modificaciones. El legislador, por sucesivas delegaciones, fue transfiriendo su potestad legislativa no sólo al Poder Ejecutivo, sino a órganos de jerarquía inferior (v.g.: regímenes de promoción industrial, derechos de aduana, sistema previsional, impositivo, etc.). Los preceptos legales que regulan las instituciones se atomizaron, dispersándose en textos diferentes, que poco o nada tienen que ver con el tema general de la ley en la que están contenidos, como lo prueba la ley complementaria permanente de presupuesto que, pese a estar prohibida, modifica las más variadas leyes de distintas materias.

Pues bien, estos son los problemas que aquejan a nuestra legislación y para remediarlos el Estado debería dedicar todo el tiempo y esfuerzo necesario, y no a cambiarle el número a las leyes y hacer listados de las que no tienen carácter normativo y las considera no vigentes, a un costo que ignoro, pero supongo que debe ser muy grande. Aclaro que: El Sistema Nacional de Informática Jurídica en un año y ocho meses no sólo hizo una revisión de todas las leyes y decretos leyes nacionales, memorizó sus textos íntegros, preparó los sumarios para realizar búsquedas temáticas, introdujo las referencias normativas, y aunque en el Ministerio de Justicia no mencionen ese trabajo, lo usan como Sistema Argentino de Informática Jurídica, rebautizado INFOJUS.

XIV. ¿Cuál será el texto auténtico de las leyes?

No queda claro cuál es la función del Digesto Jurídico Argentino. Por un lado establece que su edición electrónica tendrá el mismo valor jurídico que su publicación en la versión impresa del Boletín Oficial, y como mandato dispone que “deberá garantizar la integridad, autenticidad e inalterabilidad de su contenido, así como su más amplia disponibilidad” (art. 24). El mismo valor le otorga a la edición electrónica de dicho digesto y de las actualizaciones que estarán disponibles en el sitio web habilitado al efecto. Por su parte el art. 23 establece que “transcurrido el período de ciento ochenta días corridos, y resueltas las observaciones, se dispondrá la publicación en el Boletín Oficial de la versión definitiva del Digesto Jurídico Argentino”.

Esto significa que a partir del plazo indicado tendremos tres fuentes con igual autenticidad de la normas: a) el Boletín Oficial de la Nación, que no se podía dejar de lado, porque también publica los decretos, resoluciones, llamados a licitación, edictos, etc.; b) la memorización electrónica en el

sitio web habilitado al efecto; y c) las ediciones electrónicas que se emitan de dicho digesto.

Interpreto de la referencia a una “edición electrónica” no puede ser otra que las memorizadas en registros magnéticos que pueda emitir la Comisión Bicameral Permanente después de los procedimientos previstos en la ley, porque “editar” es en nuestra lengua reproducir textos, figuras o sonidos en medios adecuados para esa finalidad. La edición del Boletín Oficial de la Nación es el diario que imprime y distribuye ese organismo, no los textos registrados en sus equipos. Y lo que tiene autenticidad es lo que aparece en el diario. Tanto es así, que muchas veces vemos erratas y sus correcciones. La ley 340 que aprobó el Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield autorizó al Poder Ejecutivo para hacer los gastos que demande la impresión del Código Civil, debiendo sólo tenerse por auténticas las ediciones oficiales.

Si por el art. 24 de la ley 26.939 la edición electrónica del Digesto Jurídico Argentino tendrá el mismo valor jurídico que su publicación en la versión impresa del Boletín Oficial (art. 23) ¿para qué lo manda publicar en este último? ¿Qué ocurre si existen diferencias entre las versiones de cada una de estas fuentes? ¿Cuál tiene preeminencia? Entiendo que la del Boletín Oficial de la Nación, pero por una deducción lógica.

XV. Consideraciones finales

Parecería contradictorio que luego de haber propiciado durante años la necesidad de ordenar la legislación y de haber dirigido un proyecto con esa finalidad —que se realizó y funciona— objete la decisión del Estado de dictar un digesto jurídico con toda la legislación nacional, con el cual, se pretende poner fin a las derogaciones implícitas y transformarlas en expresas, solucionar las contradicciones y ordenar las leyes a fin para lograr una certeza mayor respecto del derecho que nos rige.

Pero, lo que se pretende con el Digesto Jurídico Argentino, si bien por un camino parecido, se diferencia sustancialmente del proyecto que dirigí, tanto por el procedimiento seguido, cuanto por el objeto que persigue.

El Sistema Nacional de Informática Jurídica quiso ser un centro de información que pueda suministrar a abogados, jueces, legisladores, funcionarios y a todo el que le interesen las cuestiones legales, lo que se conoce por dato jurídico global, que comprende a las normas (leyes, decretos, resoluciones, etc.), referencias normativas, fallos y doctrina de todos los temas del derecho, con una finalidad exclusivamente informa-

tiva, con métodos de búsqueda temática eficientes, rápidos y sobre todo amigables, que es la terminología que se emplea cuando un sistema es fácil de utilizar.

Con el auxilio de este instrumento los gobernantes podrán hacer las modificaciones, correcciones, consolidaciones y ordenamientos que consideren convenientes, porque al sistema de informática no le compete la función de legislar. Pero esa es una tarea que se debe realizar por temas, con mucha ciencia y experiencia, consultando a los órganos que aplican las leyes cuáles son los problemas que presentan. No es un tema exclusivamente jurídico, sino también político, social, económico, cultural. No se puede realizar a granel.

El orden jurídico de un país es demasiado importante para que se lo trate con tanta ligereza. ♦

EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU ORGANIZACIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

POR HUGO CAMINOS (*)

I. Introducción

A diferencia de las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958, que relegaron la cuestión del arreglo de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de las mismas a un Protocolo Opcional, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, la Convención) incluyó en la Parte XV un régimen de solución de controversias como parte integral de su normativa.

Esto último no sólo constituye una innovación. Es un paso importante hacia el desarrollo de la solución de controversias internacionales. Algunos comentaristas han señalado que el aporte más importante al fortalecimiento de la regla de derecho en las relaciones internacionales está contenido en el art. 286 de la Convención. Esta disposición, no obstante las limitaciones y las excepciones facultativas establecidas en la Convención, dispone que toda controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de la Convención, cuando no haya sido resuelta por otros medios pacíficos, se someterá, a petición de cualquiera de las partes, al arbitraje o al arreglo judicial.

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar (en adelante, el Tribunal) es una institución judicial internacional, permanente e independiente. No es un órgano de las Naciones Unidas aunque fue creado por la Con-

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 24 de julio de 2014.

vinción de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, convocada por la Asamblea General de la Organización Mundial (1).

Las funciones del Tribunal están establecidas en su Estatuto (Anexo VI de la Convención).

Conforme a lo dispuesto en el Estatuto, el Tribunal adoptó su Reglamento y de acuerdo con el Reglamento, adoptó las Líneas Directrices relativas a la Preparación y Presentación de las causas ante el Tribunal, la Resolución sobre la Práctica Judicial Interna del Tribunal y las Líneas Directrices relativas a la Constitución de una Fianza u otra Garantía Financiera ante el Secretario.

II. Organización del Tribunal

El art. 1º del Estatuto establece que el Tribunal tendrá su sede “en la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo”.

La sección 1 del Estatuto se ocupa de la organización del Tribunal. Este se “compondrá de 21 miembros independientes, elegidos entre personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad y sean de reconocida competencia en materia de derecho del mar” (art. 2º.1). “En la composición del Tribunal se garantizará la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo y una distribución geográfica equitativa” (art. 2º.2). Esta distribución ha permitido que el Tribunal tenga más jueces de los países en desarrollo que la Corte Internacional de Justicia. En este sentido, la composición del Tribunal es más representativa de la comunidad internacional. El Tribunal no podrá tener dos miembros de la misma nacionalidad. Toda persona que pueda ser tenida por nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos (art. 3º.1 del Estatuto).

La Reunión de los Estados Partes, antes de la primera elección, en 1996, resolvió que la distribución entre los grupos regionales sería la siguiente:

(1) La reunión anual de los Estados Partes de la Convención en las que, entre otros asuntos, se eligen los jueces y se adopta el presupuesto del Tribunal, así como la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, realizan sus sesiones periódicas en la sede de las Naciones Unidas. En ambos casos, esta provee los servicios de Secretaría. El Tribunal tiene carácter de Observador permanente de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Como observa Rao, la Reunión de los Estados Partes es al Tribunal, lo que la Asamblea General de la ONU es a la Corte Internacional de Justicia. P. CHANDRASEKHARA RAO, “International Tribunal for the Law of the Sea”, in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Oxford University Press, Oxford 2012), Volume VI, 192.

cinco miembros del Grupo Africano; cinco miembros del Grupo Asiático; cuatro del Grupo Latinoamericano y el Caribe; Cuatro del Grupo de Europa Occidental y otros Estados; y tres del Grupo de Europa Oriental.

A partir de la elección en 2011, a instancias de los Grupos Africano y Asiático, un cargo previamente asignado al Grupo de Europa Occidental y otros Estados, es elegido entre este último Grupo y los Grupos Africano y Asiático (art. 4º.4).

Los jueces son elegidos por nueve años, pudiendo ser reelegidos (art. 5º.1) y están sujetos a algunas incompatibilidades. Así, no pueden ejercer función política o administrativa alguna, ni tener una vinculación activa con ninguna empresa que intervenga en la exploración o la explotación de los recursos del mar o de los fondos marinos, ni tener un interés financiero en dichas empresas (art. 7º).

El Tribunal elige por tres años, en votación secreta, a su Presidente y su Vicepresidente que pueden ser reelegidos. Las funciones del Presidente son análogas a las del Presidente de la Corte Internacional de Justicia: dirige la labor del Tribunal, supervisa su administración y preside todas las reuniones.

El Tribunal elige al Secretario y al Secretario Adjunto entre los candidatos propuestos por sus miembros. El Presidente y los Secretarios residirán en la sede del Tribunal (art. 12.3). En cambio, los jueces viajan a Hamburgo para las sesiones judiciales o administrativas. El crecimiento de la actividad judicial del Tribunal en estos últimos años, ha extendido la presencia de los jueces en su sede. Salvo el Presidente, que percibirá un sueldo anual especial, los jueces percibirán un sueldo anual, así como un estipendio por cada día que desempeñen sus funciones. El quórum del Tribunal es de 11 miembros.

El Estatuto, se ocupa de la designación de jueces ad hoc. Si el Tribunal, al conocer de una controversia, incluye algún miembro que sea nacional de una de las partes, cualquier otra parte podrá designar una persona de su elección para que participe en calidad de miembro del Tribunal (art. 17.2). Si el Tribunal, al conocer de una controversia, no incluyere ningún miembro que sea nacional de las partes, cada una de éstas podrá designar una persona de su elección para que participe en calidad de miembro del Tribunal (art. 17.3). Los jueces ad hoc “participarán de las decisiones del Tribunal en pie de absoluta igualdad con sus colegas” (art. 17.6).

El Estatuto dispone la constitución de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, cuya competencia, facultades y funciones están conte-

nidas en la Parte XI, Sección 5 de la Convención. Por su competencia exclusiva y obligatoria en las controversias relativas a las actividades en la Zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional y por tener acceso a la Sala, no sólo los Estados Partes sino la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, las empresas estatales y las personas físicas o jurídicas, la Sala es como un tribunal dentro de otro tribunal.

La Sala está integrada por once miembros designados de entre ellos por la mayoría de los miembros elegidos del Tribunal, por tres años (art. 35.1).

El art. 296.1 de la Convención dispone que toda decisión dictada por una corte o tribunal que sea competente conforme a la Sección 2 de la Parte XV sobre Procedimientos Obligatorios Concernientes a Decisiones Obligatorias, será definitiva y deberá ser cumplida por todas las partes en la controversia. Además, el art. 33 del Estatuto extiende esta obligación a los fallos del Tribunal y, el art. 15.5 hace lo propio con los fallos que dicte cualquiera de las Salas del Tribunal.

El art. 39 del Estatuto, con respecto a la ejecución de las decisiones de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, agrega: “Las decisiones serán ejecutables en los territorios de los Estados Partes de la misma manera que las sentencias o providencias del Tribunal Supremo del Estado Parte en cuyo territorio se solicite la ejecución”.

Según el Juez Tuerk, esta disposición ha causado dificultades en algunos países debido a que la ejecución directa de sentencias internacionales es bastante excepcional (2).

El Juez Wolfrum opina que la Sala de Controversias de los Fondos Marinos es el garante de la regla de derecho en la minería de los fondos marinos y su función puede ser comparada a la de una corte constitucional o a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (3).

Cuando lo soliciten la Asamblea o el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, la Sala de Controversias de los Fondos Ma-

(2) HELMUT Tuerk, “The work of the international Tribunal for the Law of the Sea”, 26 *Ocean Yearbook*, Brill, 2013, 191.

(3) RÜDIGER Wolfrum, “Advisory Opinions: Are they a suitable alternative for the Settlement of Disputes?”, en R. Wolfrum and I. GATZSCHMANN (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 239, Heidelberg, Springer 2013, pp. 52-53.

rinos emitirá, con carácter urgente, opiniones consultivas que se planteen dentro del ámbito de las actividades de esos órganos.

El art. 15.1 del Estatuto dispone: “[E]l Tribunal podrá constituir las salas, compuestas de tres o más de sus miembros elegidos, que consideren necesarias para conocer determinadas categorías de controversias”. Dentro de esta categoría, el Tribunal creó la Sala de Controversias sobre Pesquerías, la Sala de Controversias sobre Medio Ambiente Marino y la Sala de Controversias sobre Delimitación Marítima. Esas Salas no han recibido ningún caso.

El párr. 2º del mismo artículo dispone que “[C]uando las partes lo soliciten, el Tribunal constituirá una sala para conocer de una controversia que le haya sido sometida. El Tribunal determinará, con la aprobación de las partes, la composición de esa sala”.

Esta clase de Sala fue constituida en diciembre de 2000 en el Caso relativo a “La Conservación y Explotación Sostenible del Pez Espada en el Océano Pacífico Sud Oriental” (Chile/Unión Europea), a pedido de ambas partes.

Para facilitar el pronto despacho de los asuntos, el Estatuto dispone una tercera clase de sala, compuesta por cinco miembros, que podrá oír y decidir controversias en procedimientos sumarios (art. 15.3). Hasta ahora, no ha sido sometido a esta sala ningún caso.

III. Competencia contenciosa

La competencia *in personam* del Tribunal es otra innovación. El art. 20.1 del Estatuto dispone que: “Los Estados Partes tendrán acceso al Tribunal”. Pero el significado de “Estados Partes” no está limitado en la Convención a los Estados soberanos. El art. 1º.2.1 de la Convención, establece que por “Estados Partes” se entiende los Estados que hayan consentido en obligarse por la Convención y respecto de los cuales la Convención esté en vigor. El párr. 2º de la misma disposición dispone que la Convención se aplicara *mutatis mutandi* a las entidades mencionadas en los apartados b), c), d), e) y f) del párr. 1º del art. 305 que lleguen a ser Partes en la Convención de conformidad con los requisitos pertinentes a cada una de ellas; en esa medida, el término “Estados Partes” se refiere a esas entidades. El párr. f) de esta última disposición incluye a las organizaciones internacionales que informe el Anexo IX tienen derecho a hacerse partes de la Convención. A los efectos del art. 305 por “organizaciones internacionales”... se entenderá las constituidas por Estados que hayan transferido competen-

cias en materias regidas por la Convención, incluida la de celebrar tratados en relación con ellas (art. 1º Anexo IX).

La competencia in personam del Tribunal también está relacionada con el objeto de la competencia *ratione materiae*. El art. 20, párr. 2º del Estatuto establece:

“Las entidades distintas de los Estados Partes tendrán acceso al Tribunal en cualquiera de los supuestos expresamente previstos en la Parte XI o en relación con toda controversia que sea sometida al Tribunal de conformidad con cualquier otro acuerdo que le confiera una competencia aceptada por todas las partes en la controversia.”

La primera parte de este párrafo se refiere a la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, en las controversias sobre las actividades en la Zona entre Estados Partes, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos o la Empresa, empresas estatales y personas físicas o jurídicas y entre la Autoridad y un probable contratista (art. 187).

La segunda parte permite a las entidades distintas de los Estados celebrar un acuerdo según el cual el Tribunal podrá ser competente en las controversias en las que las partes puedan ser Estados, u organizaciones internacionales y entidades que no sean Partes de la Convención. En este caso, la competencia del Tribunal se regirá por las disposiciones del acuerdo (art. 22 del Estatuto).

Cuando surja una controversia entre Estados Partes relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención, las partes procederán sin demora a intercambiar opiniones con miras a resolverla mediante negociación u otros medios pacíficos (art. 283).

Para la aplicación de los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias, la Convención establece un régimen de libre elección de los medios de solución. El art. 287 dispone que, al firmar o ratificar la Convención o en cualquier momento ulterior, los Estados, mediante una declaración escrita podrán elegir libremente, para la solución de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención uno o varios de los siguientes procedimientos:

- a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.
- b) La Corte Internacional de Justicia.
- c) Un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII.

d) Un tribunal arbitral especial constituido conforme al Anexo VIII. Este último enumera los casos a los que se aplica esta opción: 1) pesquerías; 2) protección y preservación del medio marino; 3) investigación científica marina; y, 4) navegación, incluso la contaminación causado por buques y por vertimiento.

Aunque el Tribunal encabeza la lista de los procedimientos obligatorios, su competencia —así como la de los demás medios— sólo podrá ser ejercida si se cumplen los requisitos de la llamada “fórmula de Montreux”. Según ésta, para que un Estado pueda aplicar el procedimiento que haya elegido, es necesario que la otra parte en la controversia haya elegido el mismo procedimiento. Si las partes no hubiesen optado por el mismo procedimiento, la controversia sólo podrá ser sometida al arbitraje. Este mecanismo no afecta la competencia exclusiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en las controversias relativas a las actividades en la Zona.

La “elección” del arbitraje “por omisión” es la que actualmente, comprende a la mayoría de los Estados Partes, pues de 166 Estados Partes, más de las tres cuartas partes no ha formulado la declaración requerida por el art. 287. En consecuencia, en caso de ser partes en una controversia, se presumirá que estos Estados han aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII (art. 287.3).

Independientemente de la elección entre los procedimientos enumerados en el art. 287, el Tribunal tiene competencia obligatoria en dos casos: las medidas provisionales y la pronta liberación de buques y sus tripulaciones.

Respecto al primero, el art. 290, párr. 5º de la Convención estipula que hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, con respecto a las actividades en la Zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que el tribunal arbitral que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido el tribunal arbitral al que se halla sometida la controversia podrá modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales.

El otro caso en que el Tribunal tiene competencia obligatoria está previsto en el art. 292 de la Convención: cuando las autoridades de un Estado

Parte hayan retenido un buque que enarbole el pabellón de otro Estado Parte, si dentro de los diez días, desde el momento de la detención, las partes no acordasen la corte o el tribunal al cual someter la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación mediante el depósito de una fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión podrá ser sometida al Tribunal por el Estado del pabellón o en su nombre. Esta competencia especial procede en los casos en que se alegue que el Estado que retiene el buque no ha cumplido con las disposiciones de la Convención sobre la pronta liberación del buque y su tripulación mediante el depósito de una fianza razonable u otra garantía financiera.

Tres artículos de la Convención contienen reglas sobre casos de pronta liberación. El art. 73.1 permite la detención de buques extranjeros por el Estado ribereño con el fin de garantizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos en ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de su Zona Económica Exclusiva. Otro artículo es el 220, párrs. 6º y 7º, respecto de la ejecución por el Estado ribereño de las reglas y estándares internacionales para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques. Por último, el art. 226.1 (b) acerca de los poderes de investigación del Estado ribereño y del Estado del puerto sobre las infracciones de las leyes de protección del medio marino.

La competencia del Tribunal puede también surgir de otros acuerdos internacionales. El art. 288, párr. 2º del Estatuto dispone que cualquiera de las cortes o tribunales mencionados en el art. 287, será también competente para conocer de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de un acuerdo internacional concerniente a los fines de la Convención que se le sometan conforme a ese acuerdo.

Además, el art. 21 del Estatuto establece que “[L]a competencia del Tribunal se extenderá a todas las... cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal”.

Son varios los acuerdos que están comprendidos en esta disposición. Por ejemplo, el acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de especies transzonales y de las poblaciones de peces altamente migratorios. Este Acuerdo establece la aplicación de los procedimientos de la Parte XV de la Convención para la solución de las controversias. Como un Estado que no sea Parte de la Convención puede hacerse parte del Acuerdo, este último dispone que la Parte XV se aplica *mutatis mutandi* a cualquier controversia entre Estados Partes del acuerdo respecto a su interpretación o aplicación “sean

o no partes de la Convención”. Así, Estados Unidos, que es Parte del Acuerdo de 1995 y en cambio no es parte de la Convención, está comprendido en esta disposición (4).

Según lo dispuesto en el art. 288.4, en caso de controversia en cuanto a la competencia de una corte o Tribunal, la cuestión será dirimida por esa corte o tribunal (compétence de la compétence).

La corte o tribunal competente aplicará la Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella (art. 293).

Además del art. 293, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos aplicará las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad y las cláusulas de los contratos concernientes a las actividades en la Zona, en cualquier asunto vinculado con esos contratos (art. 38 del Estatuto).

IV. Competencia consultiva

Como se dijo, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos emitirá opiniones consultivas cuando lo soliciten la Asamblea o el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos “sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de estos órganos” (arts. 159.10 y 191 de la Convención).

La Convención no contiene disposición alguna que confiera competencia consultiva al Tribunal. Sin embargo, conforme al art. 21 del Estatuto, cualquier otro acuerdo podrá conferir competencia consultiva al Tribunal. Sobre esta base, el art. 138.1 del Reglamento del Tribunal dispone que éste podrá emitir una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica contenida en un acuerdo internacional relativo a los propósitos de la Convención si dicho acuerdo provee expresamente que tal pedido pueda presentarse al Tribunal (5).

(4) Ejemplos de estos acuerdos, entre otros, son: el Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972; la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, 2001; Acuerdo de Pesca del Océano Índico Austral, 2006; y la Convención de Nairobi sobre la Eliminación de Restos de Naufragios, 2007. Estos ejemplos indican que estos acuerdos son una fuente potencial de la competencia del Tribunal.

(5) La Sala de Controversias de los Fondos Marinos recibió una solicitud de Opinión Consultiva del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sobre las “Responsabilidades y Obligaciones de los Estados Patrocinadores de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona” (Caso N° 17). La Opinión fue emitida el 1° de febrero de 2011. El Tribunal recibió una solicitud de Opinión Consultiva con

V. Limitaciones y excepciones facultativas a la competencia obligatoria

Los procedimientos obligatorios del art. 287.1 están sujetos a ciertas limitaciones y excepciones facultativas.

Las limitaciones están enumeradas en el art. 297 y son de aplicación automática. Todos los Estados Partes pueden invocarlas en relación a las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención con respecto a las siguientes cuestiones: 1) el ejercicio por el Estado ribereño de sus derechos de soberanía o jurisdicción estipulados en la Convención; 2) investigación científica marina; y 3) pesquerías.

El art. 297 menciona tres casos de controversias relativas al ejercicio por el Estado ribereño de sus derechos de soberanía o jurisdicción que somete a los Estados a los procedimientos obligatorios: a) cuando se alegue que un Estado ribereño ha actuado en contravención de lo dispuesto respecto de las libertades y los derechos de la navegación, sobrevuelo o tendido de cables y tuberías submarinas o respecto de cualesquiera de otros legítimos usos del mar internacionalmente reconocidos; b) cuando se alegue que un Estado, ha actuado en contravención de las disposiciones de la Convención o de las leyes y reglamentos dictados por el Estado ribereño, conforme a las mencionadas libertades, derechos o usos; c) cuando se alegue que un Estado ribereño ha actuado en contravención de reglas y estándares para la protección del medio marino.

Después de establecer que las controversias relativas a la investigación científica marina y pesca se resolverán mediante los procedimientos obligatorios, los párrs. 2º y 3º del art. 297 disponen que el Estado ribereño no estará obligado a aceptar esos procedimientos en ciertos casos. Estos comprenden: el ejercicio por el Estado ribereño de un derecho o facultad discrecional relativo a la investigación científica marina en la ZEE y en la plataforma continental (art. 246); la decisión del Estado ribereño de ordenar la suspensión o la cesación de un proyecto de investigación conforme a lo dispuesto en el art. 253; y los derechos de soberanía del Estado ribereño respecto a los recursos vivos o al ejercicio de esos derechos, incluidas *inter alia* sus facultades discretionales para determinar la captura permisible y su capacidad de captura de los recursos vivos.

Las “excepciones facultativas” están contenidas en el art. 298. Las mismas no son de aplicación automática. Mediante una declaración escrita,

base en el art. 138, de la Comisión Sub-regional de pesca (Caso N° 22). El caso está pendiente.

un Estado podrá hacer constar que no acepta una o más de las siguientes controversias:

a) las relativas a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a las bahías o títulos históricos;

b) las controversias relativas a actividades militares, incluidas las actividades militares de buques y aeronaves de Estado, dedicadas a servicios no comerciales;

c) las relativas a actividades encaminadas a hacer cumplir las normas legales respecto del ejercicio de los derechos de soberanía o de jurisdicción excluidas de la competencia de una corte o un tribunal con arreglo a los párrs. 2º y 3º del art. 297;

d) aquellas controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta.

Las excepciones y limitaciones pueden ser dejadas de lado mediante el acuerdo de las partes en la controversia (art. 299.1). Con respecto a las excepciones que haya formulado un Estado Parte conforme al art. 298.1, las mismas podrán ser retiradas en cualquier momento, o convenir en someter una controversia excluida por la correspondiente declaración, a cualquiera de los procedimientos establecidos en la Convención (art. 299.2).

Las demandas ante el Tribunal, podrán ser promovidas por un medio menos formal: el llamado *fórum prorrogatum* (6).

VI. El Reglamento del Tribunal

El Tribunal adoptó su Reglamento el 28 de octubre de 1997. Aunque está basado en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, ambos son diferentes en la medida que reflejan los distintos aspectos

(6) Jean Salmon la define como una “fórmula latina generalmente traducida como ‘jurisdicción prorrogada’. La efectúa un Estado al aceptar la competencia de una jurisdicción internacional institucionalizada, como la Corte Internacional de Justicia, con posterioridad al recibo de la demanda, ya sea por una declaración expresa o mediante actos que impliquen una aceptación tácita”. J. SALMON, “Dictionnaire de Droit International Public”, Bruylant, Bruxelles, p. 518 (traducción del texto francés). Con respecto a esta modalidad, el Reglamento establece que la solicitud no será registrada en la lista de casos, ni se tomará ninguna acción en las actuaciones, hasta que la parte contra la que se presenta la solicitud no haya aceptado la competencia del Tribunal en el caso (art. 54.5).

tos de su respectiva competencia. Uno de los principales objetivos del Reglamento del Tribunal está expresado en el art. 49 del mismo: “El procedimiento ante el Tribunal se conducirá sin demora o gastos innecesarios”. Por ejemplo, el Reglamento incorpora la “regla de los seis meses” que establece: “Los plazos para cada ‘pleading’ no excederán de seis meses”. Los “pleadings” son: la memoria, contramemoria, y si el Tribunal lo autoriza, la réplica y dúplica. Con respecto a la fase oral, el art. 69.1, dispone que la apertura de la fase oral “será fijada para una fecha dentro de los seis meses siguientes a la terminación de la fase escrita, salvo que el Tribunal estime que existe justificación suficiente para decidir otra cosa”.

Toda excepción preliminar “deberá ser presentada por escrito 90 días, a más tardar, a partir de la iniciación de la instancia” (art. 97.1). La otra Parte podrá presentar por escrito sus observaciones en un plazo no superior a 60 días y, en un plazo de otros 60 días a partir de la recepción de las observaciones, la Parte que haya planteado la excepción presentará por escrito sus observaciones y conclusiones.

Otra disposición positiva del Reglamento es iniciar la fase de las deliberaciones después del cierre del procedimiento escrito y antes de la apertura del procedimiento oral. Esto permite a los jueces cambiar opiniones sobre el procedimiento escrito y sobre la conducción del caso (art. 68).

El art. 112 del Reglamento es un ejemplo del objetivo de un procedimiento expeditivo. En los casos de pronta liberación de buques y sus tripulaciones el Tribunal “fijará lo antes posible, en un plazo de quince días a contar desde el primer día hábil siguiente a la presentación de la solicitud, la fecha de una audiencia a la que cada parte tiene derecho... para presentar sus argumentos y pruebas”. Este procedimiento tiene prioridad sobre todos los que se sometan al Tribunal. Sin embargo, “cuando le sea presentada una solicitud de pronta liberación de buques y su tripulación y una solicitud de medidas provisionales, el Tribunal adoptará todas las disposiciones necesarias para pronunciarse prontamente para que ambas sean tratadas sin demora” (art. 112.1).

La regla de carácter general de que el procedimiento sea conducido sin demora o gastos innecesarios está implementada en las “Líneas Directrices relativas a la Preparación y Presentación de las causas ante el Tribunal”. Estas contienen indicaciones prácticas para los litigantes. En tres partes tratan el procedimiento escrito, el procedimiento oral y el procedimiento consultivo. Por ejemplo, las Directrices señalan que la “demanda debería ser lo más breve posible” y que “las memorias,

contramemorias, réplicas, dúplicas, documentos y otras comunicaciones podrán ser presentadas al Tribunal personalmente o por courrier o correo regular. Podrán también ser presentadas por facsímil o medios electrónicos en forma clara” (párr. 10); “los plazos fijados en cada caso para la presentación de las memorias no deberán ser entendidos por las partes como autorizaciones para retener una memoria hasta el último día posible” (párr. 12); “las declaraciones orales deberían ser tan sucintas como sea posible y no deberán repetir los hechos contenidos en las memorias escritas” (párr. 15).

La Resolución sobre la Práctica Judicial Interna del Tribunal, apunta a abreviar el tiempo requerido para tratar un caso disponiendo deliberaciones expeditivas después del cierre del procedimiento oral (art. 5º). El procedimiento para las deliberaciones, en comparación con el de la Corte Internacional de Justicia, es más simple. Como la Corte, las deliberaciones son secretas.

Una vez cerrada la fase escrita, cada Juez podrá preparar dentro del plazo de cinco semanas, una breve nota identificando: a) las cuestiones principales a decidir que surgen de las memorias escritas; y b) los puntos que, si los hay, deberían ser aclarados durante el procedimiento oral (art. 2º, párr. 1º). Las notas se distribuyen a los jueces.

Sobre la base de las memorias escritas y las notas, el Presidente preparará un documento de trabajo que contenga un sumario de los hechos y los principales argumentos de las partes, las pruebas o explicaciones a ser requeridas a las partes y las cuestiones, que a juicio del Presidente, deberán ser discutidas y decididas por el Tribunal (art. 2º, párr. 3º).

Como se expresó, las deliberaciones anteriores al procedimiento oral, tienen lugar después de la circulación del documento de trabajo del Presidente con el fin de permitir a los jueces intercambiar ideas respecto al procedimiento escrito y la conducción del caso o para considerar preguntas a formular a las partes, entre otras cuestiones (art. 3º).

Después del procedimiento oral, los jueces tienen cuatro días hábiles “a fin de estudiar los argumentos presentados ante el Tribunal”. Los Jueces podrán también resumir sus opiniones tentativas por escrito en forma de “notas parlantes” (*speaking notes*) (art. 5º, párr. 1º). “El aspecto más relevante y que mayormente diferencia esta Resolución de la adoptada por la Corte Internacional de Justicia, consiste en que las ‘notas’, la expresión escrita en que cada Juez expresa su opinión sobre la controversia y su solución, han sido transformadas, de obligatorias, en fa-

cultativas o eventuales. Las notas son el elemento que más contribuye a la duración y costo (por las traducciones) de las deliberaciones de la Corte” (7).

A la luz del procedimiento oral, el Presidente podrá distribuir una lista revisada de las cuestiones a resolver. Durante las deliberaciones iniciadas después del cierre del procedimiento oral, el Tribunal llega a conclusiones sobre dichas cuestiones y considera cada cuestión en orden (arts. 3º a 5º). “El Presidente tratará de establecer la opinión mayoritaria sobre cada cuestión y las razones a ser dadas” (art. 5º, párr. 6º).

A partir de allí, sigue el establecimiento de un Comité de Redacción “compuesto de cinco jueces pertenecientes a la mayoría que parece existir en ese momento” (art. 6º.1). Su mandato es preparar un borrador que exprese la opinión de la mayoría y que “pueda también atraer un más amplio apoyo en el Tribunal” (art. 7º.1.2). El primer borrador circula entre todos los jueces los que pueden presentar enmiendas o comentarios dentro del término de tres semanas a partir de la fecha de la circulación (art. 7º.3). El segundo borrador de la sentencia se examina por el Tribunal en dos lecturas (arts. 7º.4.5 y art. 8º). Después de completada la segunda lectura, se permite el voto separado sobre las cuestiones que son separables (art. 9º.1). Las deliberaciones sobre el borrador de la sentencia “deberán realizarse lo antes posible... y en principio no más allá de tres meses de la clausura del procedimiento oral”.

Las opiniones separadas o disidentes, que pueden ser individuales o colectivas, deberán presentarse dentro del plazo fijado por el Tribunal.

En los procedimientos urgentes, el procedimiento a seguir es más simple y más expeditivo. Así, en un caso de pronta liberación de buques y sus tripulaciones, la decisión “se leerá en sesión pública del Tribunal a realizarse no más allá de los catorce días después del cierre de las audiencias” (Reglamento, art. 112.4). Por ejemplo, una solicitud de pronta liberación fue presentada al Tribunal el 2 de diciembre de 2002; las audiencias tuvieron lugar los días 12 y 13 de diciembre y la decisión fue dada el 23 de diciembre de 2002. Un pedido de medidas provisionales fue presentado a la Secretaría del Tribunal del 9 de noviembre de 2001, las audiencias se realizaron los días 19 y 20 de noviembre y la Ordenanza fue leída el 3 de diciembre de 2001.

(7) TULLIO TREVES, “Le Controversie Internazionali: Nuove Tendenze, Nuovi Tribunali”, Giuffrè Editore, 1999, p. 147.

VII. La labor judicial del Tribunal

La Lista de Casos del Tribunal muestra que desde su instalación en Hamburgo, el 1 de octubre de 1996, se presentaron 22 casos. Nueve de esos asuntos fueron solicitudes de pronta liberación de buques y sus tripulaciones; seis pedidos de medidas provisionales; cinco casos sobre cuestiones de fondo y dos pedidos de opiniones consultivas, uno a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos y otro al Tribunal.

Los casos presentados comprendieron Estados desarrollados y Estados en desarrollo de todas las regiones del mundo con una amplia diversidad de cuestiones de derecho del mar.

En los primeros casos presentados al Tribunal predominaron los asuntos urgentes y de competencia residual obligatoria: la pronta liberación de buques y sus tripulaciones y las medidas provisionales.

En sus 18 años de existencia, el Tribunal ha adquirido un merecido prestigio como órgano judicial eficiente y expeditivo. No son pocos los autores que destacan los logros del Tribunal en su labor judicial. Por ejemplo, en tres de los casos en los que el Tribunal decretó medidas provisionales hasta que se constituyan los tribunales arbitrales a los que se sometieron las respectivas controversias, los Southern Bluefin Tuna Cases (casos Nos. 3 y 4); The MOX Plant Case (caso No. 10); y el Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (caso Nro. 12), el Tribunal no sólo hizo una valiosa contribución al desarrollo del derecho internacional, sino que asistió a las partes en resolver sus respectivas controversias. En este sentido, un renombrado especialista, el Profesor Merrills, de la Universidad de Sheffield, expresó:

“Resulta claro que en todos estos casos, la principal contribución sustantiva no provino de los tribunales arbitrales, que supuestamente debían resolver las cuestiones de fondo, sino del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en ejercicio de su competencia incidental” (8).

En las Conclusiones de un preciso análisis del caso Bangladesh/Myanmar (9), el Profesor Robin Churchill, afirma: “[A]unque este fue su pri-

(8) J. G. MERRILLS, “The Mosaic of International Dispute Settlement Procedures: Complementary or Contradictory?”, *Netherlands International Law Review*, 2007, 361-393, 381.

(9) Robin CHURCHILL, “The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* [2012], 1, pp. 151-152.

mer caso de delimitación marítima, el Tribunal demostró ser un tribunal capaz para este propósito. Pese a ser difícil de manejar, con 22 jueces en el caso, se condujo con un grado de unidad impresionante... de los seis puntos votados en el párrafo operativo de la sentencia, la mayoría más pequeña fue 19-3; en la mitad de los puntos, la mayoría fue de 21-1. Un hecho notable fue que los dos jueces ad-hoc votaron con la mayoría en todos los puntos e hicieron una declaración conjunta. El fallo fue pronunciado con encomiable prontitud, en dos años y tres meses del comienzo del juicio. Esto es comparable al tiempo empleado por los tres más recientes tribunales arbitrales y substancialmente más breve que la Corte Internacional de Justicia. Comparado con el arbitraje, el Tribunal es más económico porque las Partes no deben pagar los honorarios de los jueces, del Secretario o el alquiler de las instalaciones.

Por lo tanto, este caso podría motivar a los Estados Partes de la Convención que deseen litigar sus controversias relativas a la delimitación de sus fronteras marítimas a tener en consideración al Tribunal, particularmente dado que éste ha seguido la jurisprudencia, hoy bien establecida, de la delimitación única de las fronteras marítimas.

En consecuencia, los temores de que involucrar a otro tribunal implicaría riesgos de fragmentación de la jurisprudencia internacional han sido disipados en este caso.

Las nuevas cuestiones en el caso —la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas y la situación jurídica de la zona gris (10)— fueron tratadas por el Tribunal de un modo razonable y equitativo... el enfoque para delimitar la plataforma continental más allá de las 200 millas parece justificable en las circunstancias particulares de este caso, aunque podrían no serlo en futuros casos. Pese a su extensión (506 párrafos numerados), hay lugares en los que la sentencia podría haberse beneficiado con un mayor razonamiento. Sin embargo, esa crítica puede también hacerse a varios casos anteriores de delimitaciones marítimas”.

El Profesor Alan Boyle, en un estudio de la jurisprudencia del Tribunal en materia de protección del medio marino, afirma que si se com-

(10) “La delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas náuticas y la posición jurídica de la ‘zona gris’ están tratadas en los párrs. 463 a 476 de la sentencia”. El párr. 463, dice: “La delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas náuticas engendra una zona de tamaño limitado situada más allá de las 200 millas náuticas de la costa de Bangladesh pero dentro de las 200 millas náuticas de la zona de Myanmar que se encuentra, sin embargo, aun al costado de la línea de delimitación de Bangladesh”.

para el historial del Tribunal con el arbitraje del Anexo VII en el tema de la protección del medio marino, deja a este comentarista sin duda alguna ya que el Tribunal ha adoptado un punto de vista más considerado y consistente de la Convención y la solución de controversias. Si hay una necesidad urgente de enmendar la Convención, ella sería la de sustituir en la Parte XV, el arbitraje del Anexo VII por una Sala ad hoc del Tribunal como procedimiento de solución en los casos de falta elección por las partes o de no coincidencia de la elección del procedimiento por las mismas tal como están las cosas, hay un riesgo real de que el actual sistema no solucionará las controversias ni desarrollará el derecho de modo coherente, pero esto no será culpa del Tribunal (11).

El profesor Cesare Romano, había expresado las mismas inquietudes que Alan Boyle. En un trabajo donde analiza el laudo de un tribunal arbitral ad hoc que entendió en los casos Southern Bluefin Tuna, y fue objeto de serias críticas, expresó que el Tribunal es el único organismo judicial especializado y permanente en asuntos de derecho del mar. Si la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ha de jugar el papel primordial en el mantenimiento de la paz y el desarrollo sostenible de los recursos marinos que sus negociadores desearon, necesita ser interpretada consistentemente y el Tribunal es el candidato natural para cumplir ese cometido (12).

¿Qué posición ocupa el Tribunal respecto de otras instituciones judiciales internacionales, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia? El Juez Rao, al referirse a este tema señala que excepto en relación con su competencia, que es limitada pues el Tribunal es un foro judicial especializado que goza, en relación con otros aspectos, de una posición comparable a la de la Corte; es tan corte mundial como la CIJ (13). En cambio, en términos de acceso, mientras el art. 34.1 del Estatuto de la Corte dispone que sólo los Estados pueden ser parte en los casos ante la misma, el Tribunal es más representativo pues está abierto no sólo a los Estados, sino también a otras entidades como las organizaciones internacionales. ♦

(11) BOYLE, Alan, "The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 22, Nro. 3, 2007, p. 381.

(12) CESARE ROMANO, "The Southern Bluefin Tuna dispute: Hints of a world to come... Like it or not", *32 Ocean Development and International Law*, 2001, p. 334.

(13) P. CHANDRASEKHARA RAO, "International Tribunal for the Law of the Sea", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012), Volumen VI, p. 198.

Anexo**Lista de Casos del Tribunal Internacional de Derecho del Mar***Case No. 1*

The M/V “SAIGA” Case (Saint Vincent and the Grenadines c. Guinea), Prompt Release.

Case No. 2

The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines c. Guinea).

Cases Nos. 3 & 4

Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand c. Japan; Australia c. Japan), Provisional Measures.

Case No. 5

The “Camouco” Case (Panama c. France), Prompt Release.

Case No. 6

The “Monte Confurco” Case (Seychelles c. France), Prompt Release.

Case No. 7

Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union).

Case No. 8

The “Grand Prince” Case (Belize c. France), Prompt Release.

Case No. 9

The “Chaisiri Reefer 2” Case (Panama c. Yemen), Prompt Release.

Case No. 10

The MOX Plant Case (Ireland c. United Kingdom), Provisional Measures.

Case No. 11

The “Volga” Case (Russian Federation c. Australia), Prompt Release.

Case No. 12

Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia c. Singapore), Provisional Measures.

Case No. 13

The “Juno Trader” Case (Saint Vincent and the Grenadines c. Guinea-Bissau), Prompt Release.

Case No. 14

The “Hoshinmaru” Case (Japan c. Russian Federation), Prompt Release.

Case No. 15

The “Tomimaru” Case (Japan c. Russian Federation), Prompt Release.

Case No. 16

Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar).

Case No. 17

Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber).

Case No. 18

The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines c. Kingdom of Spain).

Case No. 19

The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau).

Case No. 20

The “ARA Libertad” Case (Argentina c. Ghana), Provisional Measures.

Case No. 21

Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC).

Case No. 22

The Arctic Sunrise Case (Kingdom of the Netherlands c. Russian Federation), Provisional Measures.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
POR LA VIOLACIÓN AL DERECHO
A UN JUICIO SIN DILACIONES INDEBIDAS
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS,
Y SU PROYECCIÓN EN
LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

“Cada mañana una gacela se despierta en África. Sabe que tiene que correr más rápido que el león más veloz si no quiere que la mate. Cada mañana un león se despierta en África. Sabe que tiene que ganar a la gacela más lenta si no quiere morir de hambre. Da igual que seas león o gacela. Cuando salga el sol, más te vale empezar a correr” (proverbio africano).

“Cuando soplan vientos de cambio, algunos construyen muros. Otros, molinos” (proverbio chino).

*“Nada es más invencible que un ideal en espera de su realización.” (**)*

I. Preliminares

Los procesos cortos y rápidos, por sí solos, no siempre son garantía de Justicia. Ciertos procesos expeditivos, conducidos sin respeto al derecho

(*) Comunicación de la Académica en la sesión privada del 14 de agosto de 2014.

(**) Stefan ZWEIG, citado por TRINDADE, Antônio, *Une ère d'avances jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour Interaméricaine des droit de l'homme*, en Hennebel L. et autres (sous la direction de) *Le particularisme interaméricain*, París, ed. Pedone, 2009, p. 23.

de defensa, causan detrimento de otros derechos fundamentales. De allí la expresión en inglés “Justice hurried is justice burried” (1).

No obstante, no puede dudarse que la lentitud de la Justicia ha sido y es uno de los grandes males de la mayoría de los sistemas jurídicos en todas las épocas. El antiguo adagio español “Justicia lenta no es Justicia” se reitera, con variantes insignificantes, en todos los idiomas: “justice rétive, justice fautive” (en francés); “justice delayed justice denied” (en inglés).

Hasta el famoso monólogo de Hamlet hace referencia al tema:

“¿Quién soportaría los ultrajes y desdenes del mundo, los agravios del opresor, las afrentas del soberbio, los tormentos del amor desairado, la tardanza de los tribunales (2), las insolencias del poder y los desdenes que el paciente mérito recibe del hombre indigno, cuando uno mismo podría procurar su reposo con un simple estilete?”

Ciertamente, la obligación formulada con gran claridad por Tissier —“El Estado debe la Justicia; la debe rápida y simple” (3)—, no se cumple.

El informe preliminar de la Comisión Storme, citando palabras de Sir Jack Jacob, dice: “Costo, demora y vejaciones forman las tres cabezas de Hydra” (“Cost, delay and vexation form the three-headed hydra”). La palabra “vexation”, en inglés, significa molestias, disgustos, vejaciones, pero la versión francesa del informe preliminar la traduce por “falta de eficacia” (“manque d’efficacité”) (4).

(1) «Justicia apurada es justicia enterrada», frase pronunciada por el juez ucraniano de Derechos humanos Ganna Yudkivska en un voto disidente (cit. por DEGANELLO, Mario, *Justice delayed v/Justice hurried: per un ristoro effettivo dell’irragionevole durata del processo penale*, en *Studi in ricordo di Maria G. Aimonetto*, Milano, ed. Giuffrè, 2013, p. 51).

(2) La versión en inglés dice “the law’s delay”, pero se entiende que no se refiere a la ley, en sí misma, sino a los atrasos que sufre su aplicación.

(3) TISSIER, cit. por DE LEVAL, Georges, “La triple mission du juge (belge) dans le procès civil”, en *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, París, Dalloz, 1996, p. 250.

(4) Informe general introductorio de Storme, “Aproximation of Judiciary Law in the European Union”, Londres, Martin Nijhoff, 1993, p. 11. Se ha advertido que la noción de tutela judicial efectiva o tutela jurisdiccional efectiva, solo aparece expresamente mencionada en la Constitución italiana de 1947 y en la española de 1978. Ello obedece a razones históricas; ambas se sancionaron con cambios profundos en la organización política de esos países (Ver MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, “Mediación familiar”, en A.V., *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 123).

Aunque la falta de eficacia de la Justicia no se identifica con el retraso o la dilación del procedimiento, la ineficacia, directa o indirectamente, suele ser el reflejo del tiempo excesivo de duración del proceso. (5) Bien se ha dicho que una Justicia administrada con retardo ve comprometida su eficacia y su credibilidad y, en consecuencia, su propia justificación constitucional (6).

Si antes de 1994, en la Argentina, alguien pudo dudar de la existencia de un derecho a que un juicio concluya sin dilaciones indebidas, la reforma constitucional dispuso todo tipo de hesitaciones al incorporar los tratados internacionales de Derechos Humanos en el bloque de constitucionalidad.

En efecto, este derecho está expresamente previsto en el art. 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (7). En forma análoga lo regula el art. 6º de la Convención Europea de Derechos humanos (8).

Los máximos tribunales encargados de garantizar los derechos consagrados en ambos cuerpos normativos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), reconocen que resulta de vital importancia “que la Justicia sea administrada sin retardos que comprometan la eficacia y la credibilidad” pues “la lentitud excesiva de la Justicia representa un daño importante para el Estado de Derecho” (9).

(5) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “La justicia: su independencia y eficacia”, en *Obras Completas*, Madrid, ed. Espasa Calpe, 1987, t. I, p. 804.

(6) TROISI, Roberta, “Lequa riparazione per irragionevole durata del processo”, en *Dalia G. ed altra, I rimedi al danno da processo*, Milano, ed. Giuffrè, 2013, p. 166.

(7) Art. 8º.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(8) Art. 6º.1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

(9) JEANGÉY, Christine, “Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, en SALVIOLI, F. y ZANGHI, C., (coordinadores) *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El tribunal europeo y la Corte interamericana*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 438.

El daño, pues, no solo se causa al justiciable. Cuando el derecho a que un juicio concluya dentro de un plazo razonable se frustra, el Estado de Derecho está atacado y herido.

La situación es muy grave.

Hace diez años, en la propuesta de la Comisión Europea para la eficacia de la Justicia, emitida el 11/06/2004, se decía: “La Corte Europea de Derechos humanos está sumergida en reclamos relativos a la duración razonable de los procesos y consagra una buena parte de su tiempo a dictar sentencias que condenan a los Estados por no respetar esos tiempos”. “La encuestas realizadas muestran que la lentitud de la justicia es el problema número uno, percibido no sólo por la opinión pública en su conjunto, sino también por aquellos que han tenido contacto con los tribunales” (10).

Según datos proporcionados por el TEDH, el ataque al derecho a que el proceso concluya dentro de plazo razonable es una de las primeras causas de violación de la Convención. Hace diez años, en su informe de 2004, señalaba que el 34.49% de las sentencias dictadas hacían referencia, exclusiva o principalmente, a la duración excesiva de los procesos judiciales. En 2006, de 1560 condenas por violación de la Convención, 567 tuvieron origen en la duración excesiva del proceso; en 2007, esa cifra fue de 384 sobre 1503; en 2008 de 456 sobre 1543; en 2009 de 449 sobre 1625; y en 2010 de 461 sobre 1499.

No debe extrañar, pues, que libros completos comenten esa jurisprudencia (11) y cientos de artículos monográficos se publiquen en revistas especializadas.

(10) Compulsar esta propuesta en PACIOTTI, Elena (a cura di) “I tempi della giustizia”, Bologna, ed. Il Mulino, 2006, ps.117/147.

(11) BESSO, C. y otros, “Misure acceleratorie e riparatorie contro l’irragionevole durata dei processi”, Torino, ed. Giappichelli, 2002; Consiglio Superiore de la Magistratura, Tutela dei diritti, efficacia e tempi della giurisdizione, Roma, ed. Consiglio Superiore della Magistratura, 2001; DÍEZ PICAZO, Ignacio, “Poder Judicial y responsabilidad”, Madrid, ed. La Ley, 1990; DEGUERGUE, Maryse (sous la direction de), “Justice et responsabilité de l’État”, Paris, ed. PUF, 2003; DIDONE, Antonio, “Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo”, Milano, ed. Giuffrè, 2002; EISSEN, Marc André, “La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, Strasburg, ed. C. de l’Europe, 1996; FAIREN GUILLÉN, Víctor, “Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Granada, ed. Comares, 1996; FERNÁNDEZ BIAGAS, Bartolomé, Plácido, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, Madrid, Civitas, 1994; FURNARI, Francesco, “Il risarcimento dei danni per la lentezza della Giustizia”, Torino, ed. Giappichelli, 2005; GARCÍA PONS, Enrique, “Responsabilidad del estado: la justicia y sus límites temporales”, Barcelona, ed. Bosch, 1997;

Para facilitar el estudio de las reglas generales que dominan ese enorme cúmulo de sentencias, la CEPEJ (Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia), organismo creado el 18 de septiembre de 2002 por la Resolución 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa), dispuso preparar un documento que se denominó “Análisis de las demoras judiciales en los Estados Miembros del Consejo de Europa a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos”. La primera edición, realizada bajo la dirección de la jueza francesa Françoise Calvez, cubre el período 1985/2005; la puesta al día, a cargo del magistrado francés Nicolas Régis, analiza hasta 2012, y puede consultarse en Internet (12). Las reflexiones que siguen tienen base en este trabajo.

Hasta hace poco tiempo, la Corte IDH mostraba una llamativa escasez de decisiones sobre el artículo 8 de la Convención americana. Esa carencia no obedecía al buen funcionamiento de la justicia en nuestro continente, sino a que durante muchos años, la Corte guardiana del Pacto debió ocuparse, especialmente, de otras violaciones como torturas, desapariciones, muertes violentas, etc.

Hoy la situación ha cambiado. Normalmente, la cuestión de la dilación excesiva de los procesos está incluida en las demás violaciones (13), y pone en evidencia cómo la mala calidad del servicio de justicia agrava la situación de las víctimas, especialmente si se trata de personas en situa-

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Andrés, “La responsabilidad del estado por el anormal funcionamiento de la justicia”, Granada, ed. Impredisur, 1991; KOSTORIS, Roberto (a cura di), “La ragionevole durata del processo”, Torino, ed. Giappichelli, 2005; LÓPEZ MUÑOZ, Riansares, “Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia”, Granada, ed. Comares, 1996; MASONI, Roberto, “La ragionevole durata del giusto processo nell’applicazione giurisprudenziale”, Milano, ed. Giuffrè, 2006; RECCHIA, Carlo, “Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione”, Milano, ed. Giuffrè, 2006; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Los retrasos judiciales. ¿Cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones?”, Madrid, Tecnos, 1992; RUIZ FABRI, Hélène (sous la direction de), “Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs”, Paris, ed. Société de Législation Comparée; SERIO, Mario, “Il danno da irragionevole durata del processo”, Napoli, ed. Scientifica, 2009; ZANETTI, Elena, “La riparazione dell’ingiusta custodia cautelare”, Padova, Cedam, 2002.

(12) www.cpe.omt/t/dghl/cooperation/cepek/delais (consultado el 01/05/2014). Todas las sentencias que menciono en el texto se encuentran en www.hudoc.echr.coe.int/sites.

(13) Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se encuentra en BARONE, Lorenzo, “El plazo razonable en la jurisprudencia de la CIDH”, en A.V. Liber amicorum Germán J. BIDART CAMPOS, Asociación argentina de Derecho Constitucional, 2014, p. 271 y ss.

ción de vulnerabilidad. Dice García Ramírez (14): “Con creciente frecuencia se suscita el tema del plazo razonable para llevar a cabo un proceso, al amparo del art. 8º.1 de la Convención, que en este punto no se reduce a contiendas penales, sino apunta hacia la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. La Corte ha fincado un criterio que proviene de la jurisprudencia europea y que se reitera en resoluciones de los últimos años”.

Por lo tanto, dada la gran influencia que el tribunal europeo tiene sobre el americano (15), creo conveniente resumir la jurisprudencia del TEDH de estos últimos años (16), con la intención de que el sistema de justicia interno intente no incurrir en las causas que se denuncian como violatorias de este derecho y, de ese modo, favorecer el Estado de Derecho y evitar nuevas condenas.

En efecto, la Argentina ha sido condenada por la Corte IDH por la violación al derecho a un juicio equitativo sin dilaciones indebidas en no pocos casos. El último es *Memoli c. Argentina*, 22/08/2013 (17). Con ante-

(14) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Temas en la reciente jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”, www.ucipfg.com, consultado el 01/05/2014.

(15) No dudo de los particularismos del sistema interamericano, que lo hacen típicamente latinoamericano, dado que ni EE.UU., ni Canadá ni la mayoría de los estados anglo parlantes ha ratificado la jurisdicción de la Corte (Ver HENNEBEL, Ludovic. “La Cour interaméricaine des droits de l’homme: entre particularisme et universalisme”, en Hennebel, L. et autres (sous la direction de) *Le particularisme interaméricain*, Paris, ed. Pedone, 2009, p. 77). Tampoco desconozco las importantes diferencias entre ambos tribunales (Ver SALVIOLI, Fabián, y ZANGHI, Claudio, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos”, en SALVIOLI, F. y ZANGHI, C., (coordinadores) “Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El tribunal europeo y la Corte interamericana”, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 17 y ss.). Pero ninguna diferencia impide verificar la gran influencia que la jurisprudencia europea tiene en el ámbito del tribunal de este lado del Atlántico.

(16) Dada la gran cantidad de sentencias del TEDH referidas específicamente al art. 6º, no abordo, salvo una que otra referencia, la jurisprudencia vinculada al art. 5º de la Convención Europea de Derechos Humanos que dice: “...3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1º c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento... 5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

(17) *Rev. Derecho Penal y Procesal Penal*, Julio 2014, p. 1393. En este caso, la Argentina no fue condenada por el art. 13 —derecho a la libre expresión— pero sí por violar el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas; el tribunal dijo: “la duración pro-

rioridad, fueron los casos Bayarri c. Argentina 30/10/2008; Furlan y Familiares c. Argentina, 31/08/2012 (18); Kimel c. Argentina, 02/05/2008 (19); Fornerón y otros c. República Argentina, 24/04/2012. (20)

longada del proceso, en principio de naturaleza sumaria, unida a la inhibición general de bienes por más diecisiete años, ha significado una afectación desproporcionada al derecho a la propiedad privada de los señores Mémoli y ha llevado a que las medidas cautelares se conviertan en medidas punitivas.

(18) Publicado en Rev. Responsabilidad civil y Seguros, año XIV, n° 12 Diciembre 2012, p. 249, con nota de MONTERISI, Ricardo, "El plazo razonable en los procesos civiles bajo el foco de la Corte Interamericana", y en JA 2013-I-422, con notas de ALBANESE, Susana, "Un voto concurrente y los derechos a la salud y a la seguridad social en la Convención Americana", y de SAGÜÉS, Néstor P., "El debido proceso y el repliegue del principio dispositivo".

(19) Indudablemente, esta es la condena de la CIDH más comentada en la Argentina. Véase JA 2008-III-237, con notas de CAYUSO, Susana, "Corte Interamericana de Derechos humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad", JA 2008-III-265 y de BADENI, Gregorio, "La libertad de expresión en el siglo XXI y el caso Kimel"; LL 2008-D-483 (resumen) con nota de AGUIAR, Asdrúbal, "La libertad de expresión: ¿pie-dra angular de la democracia?"; LL 2009-A-110 (resumen) con nota de JULIANO, Mario Alberto, "Libertad de expresión v. protección de la honra", LL 2009-A-110; LL 2008-C-684 (resumen) con nota de BADENI, Gregorio, "El caso Kimel: libertad de expresión y despenalización de la injuria"; LL 2008-D-311 (resumen), con nota de GELLI, María A., "Libertad expresiva y protección del honor: la regla de la Corte Interamericana"; 2008-F-447 (resumen), con nota de PIZZOLO, Calogero, "La Corte interamericana y el caso Kimel, la calumnia y la injuria"; en Resp. Civil y Seguros 2008-524 (resumen), comentado por GONZÁLEZ PONDAL, Tomás I., "La responsabilidad del Estado frente a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos", en Rev. Resp. Civil y Seguros, 2008-525. También ha sido comentada por SOSA BACCARELLI, Nicolás y PETRA, Santiago, "Decir o callar, la respuesta penal en la reforma a los delitos de calumnias e injurias a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Anales de Legislación, Año LXXI, número 4, tomo LXXI-B, 17 de febrero de 2011, ed. La Ley; BADENI, Gregorio, "Convención americana sobre derechos humanos y la Corte Suprema de Justicia", LL 2009-E-1031; FERNÁNDEZ, Raúl, "A propósito del caso Kimel y sus implicancias en la hermenéutica constitucional", en GHIRARDI, Olsen (director) "Discusiones en torno del derecho judicial", Córdoba, ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba 2008, p. 137; VENTURA, Adrián, "Libertad de expresión, estándares en la CIDH 1985-2009 y la situación en la Argentina", LL 2009-E-1263.

(20) LL 2013-A-1614, con nota de JUNYENT DE DUTARI, Patricia, "Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la CIDH"; en LL 2012-E-252, con nota de RAYA DE VERA, Eloísa, "El caso Fornerón y el interés superior del niño". Compulsar comentario de HEÑÍN, Fernando A., "Implicancias procesales del fallo de la CIDH en Fornerón", en PEYRANO, Jorge (director), "Nuevas herramientas procesales", Bs. As., ed. Rubinzal, 2013, p. 259. En la misma obra, p. 271, comentario de SOSA, María M., "Los últimos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos humanos. Implicancias en materia procesal. Aportes para la reparación de derechos vulnerados en el proceso de familia". Compulsar igualmente RIQUERT, Fabián L.,

Obviamente, la existencia de estas condenas no era imprescindible para darse cuenta de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la obligación positiva de asegurar el servicio de justicia. El derecho del justiciable (imputado, damnificado, actor civil, querellante, etc.) a que la sentencia se dicte en tiempo oportuno integró siempre el texto constitucional argentino. Hace casi medio siglo, y contemplando la situación del imputado, la Corte Federal argentina dijo que el principio de progresividad del juicio penal satisface “el respeto debido a la dignidad del hombre y al derecho de toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación mediante una sentencia que determine su situación frente a la ley penal, poniendo fin a la incertidumbre y restricción de la libertad que importa el enjuiciamiento penal” (21). Más tarde, el 17/10/1978, en el caso “Mozzatti”, en un proceso penal que había demorado veinticinco años, la Corte dijo que “una prolongación insólita y desmesurada del proceso es equiparable a una verdadera pena que no dimana de una sentencia condenatoria firme, pena que contraría todos los principios constitucionales en la materia, por lo que aunque el recurso extraordinario no expone claramente la cuestión jurídica, el tribunal debe asumir la responsabilidad de volver las cosas a su quicio por imperio del mandato constitucional” (22).

En este milenio, quizás una de las decisiones de la Corte Federal más significativas porque el derecho atacado no era la libertad, sino la propiedad, sea la recaída en la causa “Arisnabarreta, Rubén J”, del 06/10/2009, en la que se condenó al Estado Nacional a pagar el daño ocasionado por la indebida prestación del servicio de justicia que afectó el derecho de propiedad de una persona, al verse ésta impedida de ejercer su profesión durante más de cinco años. Dijo entonces que “si bien no corresponde responsabilizar al Estado Nacional por la actuación legítima de los órganos judiciales, resulta procedente el resarcimiento cuando (...) la actuación irregular de la autoridad judicial determinó la prolongación indebida de una medida restrictiva, que le produjo graves daños al actor y que guardan relación de causalidad directa e inmediata con aquella falta de servicio”. Por lo demás, como es sabido, la Corte ha reiterado que esta noción se aplica también al proceso administrativo; así, por ej., ha decidido que viola el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una sanción

El plazo razonable en materia penal a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte IDH y la CSJN, en Rev. Derecho Penal y Criminología, año III, n° 6, Julio 2013, p. 109.

(21) CSN 29/11/1968, MATTEI, Ángel, ED 25-207; JA 1969-II-382 y LL 133-413, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, “Aspectos constitucionales del juicio penal. El recordado constitucionalista calificó la sentencia de *pieza maestra*”.

(22) ED 80-703, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, “Debido proceso y rapidez del proceso”.

dictada por el Banco Central después de diez años de comenzada la investigación (23).

No puedo dejar de señalar los esfuerzos creativos que algunos jueces hacen para evitar esas condenas. Así, por ej., el Superior Tribunal de Córdoba, en un juicio en el que la actora había necesitado dieciocho años para que el estado le reconociese su derecho a la jubilación “por edad avanzada”, elevó el monto excluido de la ley de consolidación de la deuda pública, dado que esa solución le permitía “sin declarar la inconstitucionalidad de normas que son de orden público —como la ley de emergencia— propiciar una interpretación constitucional favorable a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos en juego” (24).

La contundencia de estas sentencias y la opinión de prestigiosa doctrina nacional dejan claramente establecido que también en el orden interno existe claramente un derecho a un juicio que concluya sin dilaciones indebidas (25).

II. La gravedad del problema. Italia, un caso paradigmático. La necesidad o no de dictar una ley que regule la solución

Como dije, la situación es grave en todos los países (26).

Me detengo en Italia, país al que estamos indiscutiblemente unidos por una tradición socio-cultural común. La elección obedece a que el problema de los “tiempos muertos del proceso” se presenta en todos los ámbitos de la Justicia (penal, civil, laboral, etc). Zagrebelsky, uno de los jueces del TEDH, calificó el problema italiano de “estructural y sistémico”; concretamente, dijo: “No se trata solo de violaciones ocasionales, sino frecuentes” (27).

(23) CSN, 19/11/2013, LL 2014-A-295.

(24) TS Córdoba en pleno, 8/11/2013, La Ley Córdoba año 31, n° 4, Mayo 2014, p. 389, AR/JUR/86283/2013.

(25) Véase, por todos, MORELLO, Augusto M., “El derecho a una rápida y eficaz decisión judicial”, ED 79-387.

(26) En Grecia, por ej., la cuestión es especialmente grave en el proceso penal. Ver todos estos antecedentes en la sentencia recaída en el caso *Michelioudakis c. Grèce*, 3/4/2012.

(27) ZAGREBELSKY, Vladimiro, “La ragionevole durata del processo italiano. Limiti e disfunzioni del rimedio interno” (c.d. legge Pinto), en A.V., “La crisi della giustizia civile in Italia: Che fare?”, Milano, ed. Griuffrè, 2009, p. 41; en igual sentido, DOGLIANI, Mario, “La categoria del tempo ragionevole nella formazione del giurista e nei programmi di riforma della giustizia”, en BERLINGUER, Luigi (a cura di), “La tutela dei diritti ed i tempi della giustizia”, Roma, ed. Rubbertino, 2006, p. 58. En mi opinión, estas palabras son aplicables al sistema argentino.

Ante esta situación, Italia intentó remediar parte del problema con una ley que fija el procedimiento para obtener las indemnizaciones reparadoras de la violación de este derecho (28).

La ley 89 del 24/03/2001, llamada “Ley Pinto”, titulada “Disposiciones relativas a la reparación equitativa en caso de violación del plazo razonable del proceso”, fue dictada en tiempo “récord”, con el “claro y nunca negado objetivo de poner un límite al aluvión de recursos de los ciudadanos italianos por ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre que reclaman condenas al Estado por el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de una excesiva duración del proceso”. Al momento de la sanción de la ley se hablaba de 12.000 reclamos, época en la que Italia se encontraba en el vértice de los países condenados. Así, por ej., en 1999, el TEDH dictó 190 condenas contra los Estados miembros, de las cuales 44 correspondieron a Italia, 18 a Turquía, 16 a Francia y 12 a Gran Bretaña (29). Más allá de estos datos, la situación se revela de modo patético en el considerando 22 de la decisión del 28/07/1999, recaída in re *Bottazzi c. Italia* (30): “La Corte subraya que con posterior-

(28) Compulsar, entre otros, BOVE, Mauro, “Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione”, Napoli, ed. Scientifiche, 2010; RIGANO, Francesco, “La Corte di Strasburgo s’arrende e il legislatore italiano trasforma in moneta il diritto alla ragionevole durata del processo”, en FALZEA, Paolo, y otros, “La Corte costituzionale e le Corti d’Europa”, Torino, ed. Giappichelli, 2003, p. 497; TOMMASEO, Ferruccio, “Durata irragionevole del processo e diritto all’equa ripartizione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nella legge Pinto”, en Studi in memoria di Angelo Bonsignori, Milano, ed. Giuffrè, 2004, t. I p. 737; FALLETTI, Elena, “Si ricomponne il contrasto tra la Corte di Strasburgo e la giurisprudenza italiana sull’effettività del rimedio interno previsto dalla legge Pinto”, en Riv. Trim. De Diritto e Procedura civile, 2005, p. 205; S.M., “Quando la giurisprudenza europea si impone ai giudici nazionali. La legge Pinto e i nuovi orientamenti della Corte di Cassazione”, en Resp. Civile e Previdenza 2004, p. 463; SARAGNANO, Maria T., “Legge Pinto e rimedi legislativi”, en Fumu, G., ed altri (a cura di) I tempi della giustizia, Napoli, ed. Jovene, 2010, p. 55; DIDONE, Antonio, “La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell’uomo”, en Riv. Trim. di Diritto e procedura civile 2004-193; MARTINO, Roberto, “Sul diritto all’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo”, en Scritti in memoria di Mario Buoncristiano”, Napoli, ed. Jovene, 2002, p. 815; RAINERI, Laura, “Il danno da ritardo nel processo”, en I Danni: verso quali prospettive?, Torino, ed., Giappichelli, 20087, p. 107; SELLA, Mauro, “I nuovi illeciti. Danni patrimoniali e non patrimoniali”, Torino, ed. Utet, 2011, p. 162.

(29) PONZANELLI, Giulio, “Equa riparazione per i processi troppo lenti”, en Danno e responsabilità, n° 6/2001, p. 569.

(30) En la misma fecha se dictaron cuatro decisiones del mismo tenor. La primera condena a Italia, al parecer, fue en el caso *Foti* e altri, y remonta al 10/12/1982 (NIGRO CASIMIRO E PROSPERI, Luigi, “L’irragionevole durata dei processi”, Forlì, ed. Experta, 2009, p. 41).

ridad al 25/06/1987, fecha de la sentencia recaída en el caso “Capuano c. Italia”, ese tribunal dictó 65 decisiones que constatan violaciones al art. 6º en procesos prolongados más allá de todo plazo razonable en diferentes regiones italianas; paralelamente, más de 1400 informes de la Comisión han constatado violaciones por la misma razón. La repetición de denuncias procedentes muestra que hay una acumulación de faltas de naturaleza idéntica, en número suficiente para indicar que no se trata de incidentes aislados. Estas faltas reflejan una situación que perdura y a la que el país no ha puesto remedio, careciendo los habitantes de vías internas para solucionar el problema. Esta acumulación configura una práctica incompatible con la Convención”.

Esta última frase siguió repitiéndose en decisiones sucesivas durante varios años (ver, por ej., *Mazzoleni et autres c. Italie*, 11/12/2001; *Uccellini et autres c. Italie*, 28/02/2002) y fue reconocida en el orden interno en diversos documentos oficiales.

Así, la Relación de la Administración de la justicia del año 2009 afirma que el Ministerio de Justicia había pagado, hasta el año 2009, 150.000.000 de euros por resarcimientos ordenados conforme la ley Pinto. La Relación del año 2010 precisó que a partir de la entrada en vigencia de la ley se habían presentado casi 40.000 procedimientos a través de los cuales se reclamaba indemnización.

Ante esta situación, en el año 2010, se presentó un proyecto para modificar ese ordenamiento estimándose que las sumas que se deberían pagar en los años 2011, 2012 y 2013 eran respectivamente de 44.640.000, 53.568.000 y 64.261.600.

Frecuentemente, la administración italiana no paga estas indemnizaciones en los tiempos legalmente previstos; en muchos casos, los beneficiarios se ven obligados a ejecutar la sentencia, con nuevas costas a cargo del Estado. En algunos casos, incluso, con ulteriores denuncias a Estrasburgo. Así, por ej., en el caso *Francesco Quattrone c. Italie*, 26/11/2013, el TEDH detectó que el trámite para ser indemnizado por la ley Pinto había demorado cinco años y siete meses. Otras veces, las condenas no pueden ejecutarse porque los bienes del Estado se declaran inembargables (31).

Lo cierto es que el 12/09/2012 Italia modificó la llamada “Ley Pinto”. Las nuevas disposiciones fueron recibidas de diferente manera por la doctri-

(31) Todos estos datos han sido obtenidos de DE SANTIS DI NICOLA, Francesco, “Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo”, Napoli, Jovene 2013, ps. 4/5.

na; más aún, desde el propio gobierno italiano, algunas veces indicaron que esas reformas no respondían a las pautas fijadas por el TEDH (32).

III. Una aclaración inicial. Los presupuestos de la responsabilidad internacional del Estado

La mejor comprensión de la información que sigue exige tener claro que las condenas internacionales al Estado tienen como presupuesto la violación de un derecho previsto en la Convención, pero ese recaudo sólo no basta.

En efecto, para llegar a determinar la responsabilidad de un Estado en un caso concreto se requiere demostrar la concurrencia, como mínimo, de dos elementos:

1) la ocurrencia de un hecho antijurídico (la violación a uno de los derechos protegidos);

2) la posibilidad de imputar tal violación al Estado involucrado. Esta imputación puede tener origen en una vía directa (acciones de sus propios agentes) o indirecta (normalmente, omisión de actuación por parte de agentes estatales de actos realizados por terceros que no son estrictamente funcionarios del Estado) (33).

En general, la jurisprudencia del TEDH relativa a la responsabilidad del Estado por la dilación indebida de los procedimientos responde a los siguientes parámetros:

a) La antijuridicidad se acredita con la violación de la garantía, es decir, con la prueba de que ha transcurrido un plazo excesivo, irrazonable. No basta el mero incumplimiento de los plazos procesales fijados en la ley, pero “parece claro que convertir un plazo de tres días establecido por la ley en otro de once meses, resulta inaceptable, y esa tardanza, por explicable que sea, no debe ser soportada por el ciudadano” (34).

(32) Un análisis de la nueva normativa puede compulsarse, además de la obra de De Santis citada en nota anterior, en FURNARI, Francesco, “La nuova legge Pinto”, Torino, ed. Giappichelli, 2012 (este libro contiene un cuadro comparativo de la normativa antes y después de la reforma; ver págs. 13/21).

(33) Ver, de mi autoría, «L'huissier de Justice devant la Cour européenne des droits de l'homme à l'entrée du nouveau millénaire», en *Liber Amicorum* a Jacques Isnard, Roger Dujardin, Paris, 2009, ps. 219/240; DIJOUX, Ruth, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, ed. L'Harmattan, 2012, ps. 72-73.

(34) GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi, “La proyección de la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas en el ordenamiento jurídico español”, en *Liber Amicorum* a José

b) La antijuridicidad no presume el nexo de causalidad con el daño material (35); son dos presupuestos distintos que exigen prueba separada.

c) Hay una clara tendencia a objetivar esta responsabilidad (36). No se requiere verificar la culpabilidad de sus autores; tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios (37).

d) El daño moral se presume, excepto prueba en contrario, obligando al juez a motivar expresamente la decisión que niega su existencia (38).

IV. Criterio general para determinar si existe demora irrazonable en una situación concreta

Hace casi veinte años, una autora italiana sostenía que “la noción de ‘duración razonable del proceso’ es particularmente elástica y no se presenta de manera manifiesta; no es un concepto absoluto; por el contrario, necesita ser relativizado, contextualizado, balanceado” (39). En concordancia con este pensamiento, el TEDH utilizó generalmente esta fórmula:

El carácter razonable de la duración de un proceso se aprecia, según las circunstancias de la causa, de manera global, comprendida la ejecución,

Luis VÁZQUEZ SOTELO. “Rigor doctrinal y práctica forense”, Barcelona, ed. Atelier, 2009, p. 519.

(35) TEDH, Moreno Carmona c. Espagne, 09/06/2009. La Corte de Casación italiana tiene dicho que también en este supuesto los daños deben tener relación causal con el hecho que motiva la indemnización, o sea, con la dilación indebida (ver sentencia del 174/02/2003, Sez. I, en *Danno e responsabilità*, n° 8/9, 2003, p. 857, con nota de DE MARZO, Giuseppe, “Irragionevole durata del processo e modifiche dei criterio risarcitori”; compulsar otras decisiones en el mismo sentido en RECCHIA, Carlo, “Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione”, Milano, ed. Giuffrè, 2006, p. 113; el tribunal reitera su doctrina el 19/12/2002 en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2004, parte prima, p. 197, con comentario de BARBANERA, Roberta, “Ragionevole durata del processo e risarcimento del danno non patrimoniale”).

(36) Ver, por ej., Grande Chambre Bourdov c. Russie (n° 2) 15/01/2009.

(37) Conf. para el sistema interamericano, CANÇADO TRINDADE, Antônio, “Une ère d’avances jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour Interaméricaine des droit de l’homme”, en Hennebel L. et autres (sous la direction de) *Le particularisme interaméricain*, Paris, ed. Pedone, 2009, p. 32.

(38) Por ej., Apicella c. Italie, 29/3/ 2006 § 93. Para los conflictos que esta posición genera en el derecho interno italiano, ver VISINTINI, Giovanna, “La responsabilità dello Stato da ingiusto processo”, en *Rev. Contratto e impresa*, 2008 n° 1 p. 111.

(39) AIMONETTO, María G., “La durata ragionevole del processo penale”, Giappichelli, 1997, p. 39.

teniendo en cuenta los criterios consagrados por esta Corte, en especial, (i) la complejidad del asunto; (ii) la conducta del denunciante, y (iii) la de las autoridades competentes.

En *Neumeister c. Austria*, el 27/06/1968, el TEDH dejó en claro que los tres criterios deben ser vistos globalmente, según las circunstancias del caso y cualquiera sea la materia del litigio (penal o civil).

En *König c. Alemania*, 28/06/1978, el TEDH en pleno incorporó un cuarto criterio: los intereses comprometidos, o sea, qué está en juego para el dañado; qué arriesga el demandante (40) (se trataba de un médico especialista en otorrinolaringología, que explotaba una clínica; condenado por un tribunal de ética a través de un procedimiento administrativo, la autoridad judicial le negó la revisión, impidiéndosele el ejercicio de su profesión por muchos años).

Como adelanté, la calificación debe contemplar la “duración global” del procedimiento, y no la demora existente en alguna de sus etapas, lo que no implica que ese análisis parcial no deba ser realizado; por el contrario, a veces, sirve para determinar dónde y por qué se ha producido la dilación global.

En definitiva, toda valoración para determinar si ha habido o no duración razonable o irrazonable exige atender a las circunstancias de la causa; no puede realizarse en abstracto y, en todo caso, hay que hacer referencia a los criterios utilizados por el tribunal.

Los criterios usados por ambas Cortes (el TEDH y la Corte IDH) son prácticamente idénticos; también de este lado del Atlántico se sostiene:

“Es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: (a) la complejidad del asunto, (b) la actividad procesal del interesado, (c) la conducta de las autoridades, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (41)”.

(40) El TEDH utiliza la palabra en francés “enjeu”, comprensiva de todos estos aspectos. La doctrina italiana destaca el acierto de utilizar esa expresión, aún si la sentencia está redactada en inglés (CHIOVARIO, Mario, “Ragionevole durata del processo penale e criteri di valutazione nella più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, en *Studi in ricordo di Maria G. AIMONETTO*, Milano, ed. Giuffrè, 2013, p. 29).

(41) Compulsar, entre muchos, Cfr. *Caso Genie Lacayo c. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; *Caso Bayarri*, supra nota 13, párr. 107. Ver ALBANESE, Susana, “Los criterios consagrados para evaluar el plazo razonable”, JA 2009-I-292.

V. Análisis de los criterios específicos

V.1. Primer criterio: la complejidad jurídica y fáctica del asunto

Un asunto más complejo exige más tiempo para ser esclarecido, pero esa complejidad no siempre justifica la dilación desmedida.

La complejidad puede ser jurídica o fáctica.

La primera se vincula a las reglas de derecho aplicables; por ej., los cambios legislativos, la necesaria interacción entre administración y órganos judiciales (piénsese, por ej., en los accidentes y riesgos del trabajo), la suspensión del proceso civil hasta tener el resultado de la sentencia penal, la conexidad entre varios expedientes, etc.

La complejidad fáctica puede provenir de la necesidad de escuchar a gran cantidad de testigos, encontrarlos, notificarlos; de traducir documentos; de contar con peritos en diversas especialidades, etc.

Además, parece que ciertos procesos, por su objeto, son en sí mismos complejos, como por ej: las expropiaciones si el régimen constitucional y económico ha cambiado (como sucedió con la unificación de Alemania, razón por la cual se rechazó el reclamo de los denunciante, ver Maltzan [Freiherr von] et autres c. Allemagne, 02/03/2005); los delitos internacionales, que requieren prueba a rendirse en otros países (tal lo sucedido en Neumeister c. Autriche, 27/06/1968, en el que jueces y abogados debían controlar 21 cuerpos con 500 páginas aproximadamente); los delitos fiscales cuya determinación exige develar una red de sociedades vinculadas (por ej., el caso Hozee c. Pays-Bas, 22/05/1998, concluyó con el rechazo de la denuncia, aunque la Corte detectó que el juicio había demorado casi ocho años, por la complejidad de la red construida y la dificultad de acreditar el fraude fiscal).

V.2. Segundo criterio: la conducta del denunciante

La conducta computable en quien se queja de la dilación puede ser de muy diversos tipos, según el proceso.

Así, por ej., en materia penal, en Proszak c. Pologne, 16/12/1997, el TEDH enumeró: recusaciones sin fundamento; no concurrencia a las audiencias, justificadas sólo en parte por razones médicas; conraindicaciones entre las peticiones de la parte y las de su abogado; oposición a someterse a periciales médicas, etc.

Otros casos han tenido en cuenta la fuga del imputado; en Sari c. Turquie y Danemark, 08/11/2001, la Corte computó dos años, cuatro meses y seis

días pasados desde la huida del denunciante que, de hecho, se sustrajo a la Justicia.

En algunos se ha tenido en consideración la negativa del imputado a dar su domicilio a las autoridades, hecho que causó demoras en las notificaciones (Mitev c. Bulgarie, 22/12/2004), etc.

El rechazo a someterse a una prueba que se considera importante es un grave factor de dilación. Así, el 30/05/2006, en Ebru et Tayfun Engin Colak c. Turquie, el tribunal verificó que conforme el derecho interno, las partes están obligadas a someterse a los exámenes necesarios cuando ellos no representen ningún peligro para la salud. Si una de las partes se opone y la ley no prevé medida que la constriña a someterse a esos test, el juez puede extraer conclusiones de esa negativa con el fin de que el proceso no se estanque y avance. En el caso, el proceso de filiación duró ocho años. En once oportunidades el demandado dejó de comparecer (adujo que era artista y que tenía giras en el exterior y otras excusas). Lo cierto es que la realización del test demoró más de tres años y medio. El TEDH entendió que un sistema que no prevé medios de compulsión para que el pretendido padre se someta a los test de ADN es, en principio, compatible con las obligaciones positivas, dejándose la cuestión al margen de apreciación de los Estados. No obstante, para que no haya violación, es necesario que el sistema proteja de otro modo el interés de la persona que busca la determinación de su identidad; de allí que, por aplicación del principio de proporcionalidad, el sistema jurídico debe contener consecuencias al no sometimiento para que el proceso pueda avanzar, aún sin la prueba.

V.3. Tercer criterio: la conducta de las autoridades

Ésta es una de las pautas más importantes desde que la dilación, para que dé lugar a la reparación, debe ser directa o indirectamente imputable al Estado.

En numerosas ocasiones, los Estados demandados invocan una situación de excepción, que ha causado que una gran cantidad de casos lleguen a los tribunales (por ej., se ha salido de un régimen autoritario y pasado a uno constitucional que genera confianza en los jueces, por lo que los justiciables acuden en masa a los organismos jurisdiccionales).

Así, en España, recuperada la democracia, la jurisdicción tuvo serias dificultades para poder resolver el cúmulo de acciones deducidas. En el caso Unión Alimentaria Sanders SA, 07/07/1989, el TEDH dijo: “No se ignora que España ha debido sobrellevar graves dificultades durante el restablecimiento de la democracia. Los esfuerzos desplegados por las

autoridades para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para transformar el sistema judicial son valorables. No obstante, España está obligada a responder a las exigencias del art. 6º”

En suma, la respuesta del TEDH a este tipo de defensas es que la Convención constriñe a los Estados a organizar sus jurisdicciones de manera que les permita responder a las exigencias de la Convención (42).

Resulta interesante que en estos casos, el TEDH no se limita a comprobar la acumulación de causas, sino que, además, se permite dar algunas indicaciones que, en su opinión, pueden ser útiles para solucionar el problema. Se trata de una suerte de “paternalismo” de la Corte, que con esa guía pretende que el Estado luche más eficazmente contra las violaciones de los derechos humanos (43). Así, por ej., en el caso español aconsejó que ante este tipo de acumulación, se puede fijar un orden en el tratamiento de las causas, distinto al habitual, fundado en la urgencia e importancia; señaló, además, que dado que la urgencia se acrecienta con el tiempo, si la crisis se prolonga es porque los medios fijados han sido insuficientes y el Estado debe elegir otros, más eficaces.

En el ámbito latinoamericano, con magnífica prosa ha dicho el juez Sergio García Ramírez desde la Corte IDH:

“En este campo vienen a cuentas la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental envejecido, la abrumadora carga de trabajo, incluso con respecto a tribunales que realizan un serio esfuerzo de productividad. Es necesario conocer estos datos de la realidad, pero ninguno de ellos debiera gravitar sobre los derechos del individuo y ponerse en la cuenta desfavorable de éste. El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, que no es una ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto. Todas aquellas carencias se traducen en obstáculos, desde severos hasta irremontables, para el acceso a la justicia. ¿Dejará de ser violatoria de derechos la imposibilidad de acceder a la justicia porque los tribunales se hallan saturados de asuntos o menudean los asuetos judiciales?” (44).

(42) Ver otras precisiones, infra n° 6.

(43) Es la expresión usada por HENNEBEL, Ludovic. “La Cour interaméricaine des droits de l’homme: entre particularisme et universalisme”, en Hennebel, L. et autres (sous la direction de) *Le particularisme interaméricain*, Paris, ed. Pedone, 2009, p. 92. El autor se refiere a la Corte Interamericana, que adopta una posición análoga, incluso más profundizada.

(44) Voto del Dr. Sergio García Ramírez, Corte Interamericana, 27/11/2008 Valle Jaramillo c. Colombia.

La Corte IDH sintetiza la cuestión en esta frase: “Las condiciones del país no liberan a un Estado-Parte de las obligaciones establecidas en el tratado” (45).

V.4. Cuarto criterio: los intereses comprometidos o en juego; qué arriesga el demandante (“l’enjeu”)

Esta pauta supone que hay ciertas causas que son prioritarias; son los llamados “affaires prioritaires”, o sea, aquellos que exigen una celeridad especial, una diligencia excepcional.

Como dije, no es posible determinar, en abstracto, cuáles son esas causas; siempre se requiere un análisis in concreto.

Con esta advertencia, un estudio de los casos resueltos por el TEDH (46) permite enumerar, entre otras causas prioritarias, las siguientes:

a) Si está en juego la salud o la vida del denunciante; el caso paradigmático es la denuncia ante los jueces administrativos franceses, responsables por la demora en la resolución de la causa planteada por las personas contaminadas con HIV en ocasión de transfusiones realizadas en hospitales públicos (ver, entre muchos, X v. France, 31/03/1992; Vallée c. France, 26/04/1994; Paillot v. France, 22/04/1998; Henra c. France 29/04/1998); el TEDH estimó que el procedimiento revestía una importancia extrema, dado el mal que minaba a los denunciantes, por lo que se imponía una diligencia excepcional, no obstante el número de litigios a tratar. En términos más generales, en Gheorghe v. Roumanie del 15/06/2007, el TEDH recuerda que “una diligencia especial se exige a las autoridades cuando el denunciante está afectado de una enfermedad grave e incurable y su estado de salud se degrada rápidamente” (increíblemente, en el caso, la causa determinante del retardo judicial era un conflicto de competencia entre dos jurisdicciones).

b) Si el expediente involucra indemnizaciones en favor de víctimas de accidentes. En Stefanova c. Bulgarie, 11/01/2007, el TEDH decidió que quien por efecto de un accidente deviene una persona con discapacidad total o parcial y requiere rápidamente un monto para compensar su im-

(45) Cfr. Caso Bámaca Velásquez, supra nota 80, párr. 207; Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 21, párr. 300, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 30, párr. 146.

(46) Ver anexo 2 del informe de la CEDEJ, Tableau des affaires prioritaires dans lesquelles une célérité particulière de la part des autorités est exigée par la Cour européenne des Droits de l’Homme (29/10/2005).

posibilidad de trabajar, tiene una legítima expectativa a que su causa sea rápidamente resuelta.

Esta pauta fue tenida especialmente en cuenta por la Corte IDH en la causa Furlan y familiares c. República Argentina, 31/08/2012.

c) Si la edad del denunciante exige un procedimiento rápido; por ej., si se trata de una pensión peticionada por una persona de 80 años (Pantaleon c. Grèce, 10 mayo 2007).

d) Si la controversia versa sobre despidos, pago de salarios, posibilidad de continuar con la actividad laboral, etc. Así, en el caso Lechelle c. France 08/06/2004, el tribunal dijo que “los conflictos de trabajos relativos a puntos de importancia capital para la situación profesional de una persona deben ser resueltos con celeridad particular”.

e) El caso en el que el denunciante está privado de libertad y se encuentra en prisión.

Este criterio fue especialmente valorado por la Corte IDH en Bayarri c. Argentina, 30/10/2008. El denunciante había permanecido bajo prisión preventiva por casi trece años durante los cuales sufrió torturas en diferentes ocasiones.

f) Si se denuncia violencia policial. Así, en Caloc c. France, 20/07/2000 el TEDH dijo que una diligencia particular se impone a las autoridades judiciales tratándose de una queja de un individuo que invoca actos de violencia presuntamente realizados por agentes de la fuerza pública.

g) Si está implicada la preservación de los lazos familiares, como las causas relativas a estos derechos: (i) de comunicación del padre con un niño que está con los abuelos (Hokkanen c. Finlande, 23/09/1994), o de la madre, que está separada del hijo desde hace tres años y cinco meses (Jahnova c. République Tchèque, 19/10/2004); o de la madre que hace cinco años que litiga el régimen de la guarda (Veljkov c. Serbie, 19/04/2011); (ii) a educar y cuidar al hijo, especialmente si se avizora «la guillotina legal» de la declaración judicial de adoptabilidad (H. c. Royaume-Uni, 08/07/1987); (iii) de alimentos, como en las causas Dinu c. Roumanie et France, 4/11/2008 (el procedimiento de exequátur tomó 9 años hasta ser resuelto por los jueces y los ministerios de justicia implicados en el juicio de la madre contra el padre rumano que se había mudado a Francia); Kubiznakova c. République Tchèque, 21/06/ 2005 (la justicia, en sus diversas instancias, tardó 6 años y 4 meses para fijar alimentos en un divorcio); Elke Becker c. Germany, 08/07/2004 (decla-

ración de admisibilidad de una causa demorada casi un decenio, discutiéndose la validez de un convenio de renuncia de alimentos firmado para el caso de divorcio, por una mujer que tenía un hijo con grave discapacidad; el caso concluyó con un acuerdo transaccional homologado por el TEDH el 14/12/2006, por el que recibió 9500 como compensación por la dilación); *Kiisa c. Estonia*, 13/03/2014 (extraño caso en el que reclaman ambos cónyuges por la dilación indebida del proceso; durante la tramitación, el marido había pedido la suspensión de la causa porque impugnó la paternidad biológica).

Estas pautas han sido seguidas por la Corte IDH. Así, por ej., el 01/07/2011, en el caso *L. M. Medidas provisionales c. Paraguay* dijo que “Dada la importancia de los derechos derivados de las relaciones familiares, los procesos relativos a la guarda, visitas, adopción y custodia de niños, especialmente en su primera infancia, etc. deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional, lo que justifica tomar medidas cautelares”. Pocos meses más tarde, en *Forneron c. República Argentina*, 27/04/2012 entendió que un plazo de más de diez años para lograr un régimen de comunicación entre el padre biológico y la niña que fue entregada en adopción por su madre sin su consentimiento sobrepasa excesivamente todo plazo que pudiera considerarse razonable (47).

VI. Causas de la dilación

Como he dicho, la responsabilidad del Estado por la dilación indebida de los procesos es, prácticamente, objetiva.

De cualquier modo, conviene pasar revista, rápida y sintéticamente, a algunas de las causas que han sido objeto de tratamiento especial por el TEDH al analizar las pautas explicadas supra.

a) La inactividad, caracterizada por la ausencia de todo acto procesal durante un período de tiempo, es siempre inaceptable y, por lo tanto, exige que la autoridad nacional explique por qué no ha habido actividad.

Adviértase que la inactividad, absoluta o relativa (por ej., las audiencias son fijadas en fechas muy espaciadas) tiene consecuencias sobre el régimen del resto de la prueba; así, por ej., las partes deben actualizar todo el tiempo informaciones que ya han rendido pero que, por el transcurso del tiempo, ya no sirven; piénsese, en los informes sobre deudas fiscales cuando se subasta

(47) JUNYENT DE DUTARI, Patricia. “Derechos Humanos y Familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la CIDH”. LL 2013-A-161.

un inmueble, remuneraciones a percibir por un demandado de alimentos, etc. (para este último, ver *Kubiznakova c. République Tchèque*, 21/06/2005).

b) La reunificación alemana en 1990 provocó varias decisiones del TEDH por la gran acumulación de causas en la Corte constitucional, desbordada por importantes cuestiones, entre otras, la reparación de las víctimas de expropiación entre 1945 y 1949 en la zona de ocupación soviética, dada la reforma agraria en la República Democrática. La reunificación y el paso de una economía planificada a una economía de mercado implicaron adaptaciones en el sistema de justicia, formación de jueces, reformas en los códigos procesales, modificación de las competencias, todo lo cual causó, al comienzo, serios retardos.

En un momento, el TEDH empezó a distinguir entre los tribunales ordinarios y la de las Cortes constitucionales. Así, en el caso *Süssmann c. Allemagne* del 16/09/1996, dijo: “El rol de guardiana de la Constitución impone a la Corte constitucional que, a veces, para fijar el orden de decisión de los casos, tenga en cuenta otros elementos además del simple número de inscripción si se trata de aspectos de gran importancia en el plano político y social”. En el caso, el TEDH justificó que el tribunal alemán priorizara una serie de asuntos urgentes vinculados a la reunificación alemana que afectaban el contrato de trabajo de 300.000 funcionarios, demorando la resolución de otros que concernían a un complemento de una jubilación.

Una situación similar se produjo con el desmantelamiento de la antigua Yugoslavia. Así, por ej., en el caso *Trikovic c. Slovénie*, el denunciante, un esloveno, se quejaba de que su pedido de pensión militar se había demorado excesivamente en la Corte Constitucional (dos años y siete meses). El TEDH rechazó la petición; señaló que el expediente era el primero de una larga serie de contenciosos extremadamente complejos.

Cuando los retardos operan en las jurisdicciones ordinarias, a pesar del contexto político general, el TEDH se muestra más exigente. De cualquier modo, aún con los tribunales constitucionales, la aplicación del criterio flexible requiere que el asunto presente una especial complejidad (así en *Rosa Marques et autres c. Portugal*, 25/07/2002, la defensa no fue acogida porque se trataba de un juicio por expropiación, sin especial complejidad, que llevaba en trámite 8 años y dos meses).

c) En ocasiones, las dilaciones provienen del sistema de selección de los magistrados, quedando cargos vacantes o sin suplente por mucho tiempo, especialmente, si el tribunal es colegiado y no se lo integra; en otras, los conflictos de competencia causan numerosos desplazamientos con la consecuente demora. En *Mihalkov c. Bulgarie*, del 10/04/2008, la Corte

señaló que la jurisdicción interna había demorado tres años para solucionar un problema de competencia, plazo excesivo, para una cuestión procesal preliminar. En *Nankov c. Macédoine*, 02/06/2008, una de las razones por las cuales el proceso penal había durado 10 años era el cambio frecuente de los jueces. En *Pokhalchuk c. Ukraine*, 07/10/2010, el TEDH hizo notar que el caso, relativo al deslinde de dos propiedades, que no tenía ninguna complejidad, había demorado más de 10 años porque el tribunal no estaba integrado; en efecto, la colegialidad es fuente de muchos retardos; si un juez de un tribunal colegiado está ausente, enfermo, etc. y no es reemplazado, las audiencias se posponen y el juicio se dilata. Esto se verificó en *Bento da Mota c. Portugal*, 28/06/2001, en el que por diferentes motivos, la incorporación de una prueba pericial demoró tres años.

d) La existencia de dos órdenes de “jurisdicción” (administrativa y judicial) es causa de dilaciones procesales, no sólo si las partes se equivocan en la elección, sino también cuando la autoridad judicial sólo puede operar con posterioridad a que lo ha hecho la administración. Así, la sentencia *Nouhaud c. France*, 9/7 2002, muestra estos inconvenientes en los casos de hospitalización en un establecimiento psiquiátrico; la doble competencia generó demoras de hasta tres años para resolver la situación del paciente.

e) Los trámites para obtener el beneficio de justicia gratuita no escapan a estos riesgos. Así, por ej., *Mangulade Pinto c. France*, del 09/04/2002, mostró que el sistema demoró siete meses en resolver una petición de designación de abogado defensor, que finalmente rechazó.

f) Las notificaciones y la producción de la prueba son fuente frecuente de dilaciones. En el caso *Roubies c. Grèce*, 30/04/2009, el TEDH verificó que en una sucesión, la jurisdicción demoró 26 meses para obtener cuatro testimonios, todo lo cual contribuyó a que el proceso se extendiera por 14 años. Muchas veces, las audiencias pospuestas, las pruebas reiteradamente pedidas, etc. traducen un juez que no sabe manejar el proceso (ver, por ej. *Günseli et Yayik c. Turquie*, 21/02/2008).

g) En algunos casos, la demora debe ser atribuida a otro poder del Estado encargado de reglamentar textos legislativos. Así, por ej., en el ya citado caso *Vallée c. France*, 26/04/1994, el TEDH advirtió que aunque la causa, referida a personas contaminadas de HIV, exigía una diligencia excepcional, transcurrió más de un año y medio desde la publicación de la ley del 31/12/1991, que creaba los fondos de indemnización de las víctimas, hasta la emisión del decreto reglamentario que permitió realizar los pagos.

h) Otro tanto ocurre con otros organismos administrativos que dilatan la respuesta de los informes solicitados por el juez. En la causa *Robins c.*

Royaume-Uni del 23/09/1987, el TEDH señaló que la jurisdicción es responsable de la demora en la que esos organismos incurren, desde que debe tomar los recaudos necesarios para evitar esos inconvenientes.

i) La falta de diligencia de los abogados es, generalmente, una fuente de retardos, tal como lo señaló el TEDH en la causa *Intiba c. Turquie* del 24/05/2005.

j) También los peritos causan mucho retardo en los procesos civiles, penales y administrativos, al no cumplir su cometido en los términos impuestos por la ley o el tribunal (ver, por ej., sentencia recaída en *Raway et Wera c. Belgique*, 27/11/2007).

k) La pérdida del expediente es causa de muchas dilaciones. En *Pokhalchuk c. Ukraine*, 07/10/2010, el TEDH sostuvo que esa pérdida implicaba una negligencia imputable a las autoridades. La decisión muestra que, ciertamente, el rol de otros auxiliares de la justicia tampoco es insignificante.

l) Una defensa frecuente de los Estados es invocar el sistema dispositivo que rige los juicios civiles. En *Mc Farlane c. Irlande*, 10/09/2010, la Corte recordó que aún si el derecho interno prevé que la responsabilidad del avance del proceso incumbe a las partes, el Estado está obligado a organizar el sistema judicial de modo que los casos sean tratados en un tiempo razonable, por lo que si permite que el juicio se dilate sin hacer nada para hacerlo progresar, él también es responsable. En *Poelmans c. Belgique y Leonardi c. Belgique* del 03/02/2009, el TEDH reiteró que aunque el principio dispositivo consiste a dar a las partes del poder de iniciativa y de impuso, incumbe al Estado organizar su sistema judicial de manera que la regla de la duración razonable del proceso sea respetada; por eso, el Estado debe ejercer los poderes puestos a su disposición para remediar las eventuales maniobras dilatorias de una de las partes. Igual criterio sostuvo, por ej., en el caso *Costa Ribeiro v. Portugal* 30/04/2003, ante las conductas del demandado en un juicio por filiación extramatrimonial.

La Corte IDH ha llegado lejos si se trata de procesos en los que están comprometidos derechos de personas en situación de vulnerabilidad (niños, personas con discapacidad, etc.). Así, en *Furlán c. Argentina*, 31/08/2012, referido a un accidente sufrido por un adolescente en terrenos del Estado que lo dejaron con una incapacidad grave, el tribunal dijo: “En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, deben ser manejados con una diligencia y

celeridad excepcionales por parte de las autoridades”, todo lo cual implica un debilitamiento del principio dispositivo (48).

m) Otra defensa del juez civil suele ser que no ha podido pronunciarse porque para hacerlo se requiere la decisión del juez penal (“le pénal tient le civil en l’état”). El TEDH no libera al Estado en estos casos, exigiendo que exista alguna salida que permita tomar la decisión (ver *Djanzozov c. Bulgarie*, 08/07/2004).

La Corte federal argentina hace muchos años que respeta esta regla. El *leading case* *Ataka*, de 20/11/1973, mandó a un rincón el art. 1101 del Código Civil. La norma dice que no puede haber condenación en sede civil si previamente no se ha pronunciado la justicia penal. Sin embargo, en los hechos, esta solución puede llevar a una verdadera privación de justicia, desde que hay procesos que se eternizan en el ámbito penal (49).

VII. Plazos considerados irrazonables

Hace más de treinta años, el TEDH tuvo un debate interno sobre si debía o no fijar un plazo estándar común que marque la dilación indebida de los procesos. Triunfó la tendencia que se negó a formular un plazo en abstracto, por lo que la dilación debe siempre verificarse en concreto (ver, entre muchos, *Ioannis Anastasiadis et autres c. Grèce*, 18/04/2013) (50).

En contra de esta posición, y con muy dudoso criterio, algunas leyes europeas fijan plazos. Así, por ej., la reforma a la ley italiana de 2012 incorporó el art. 2º bis que considera respetado el término razonable si el proceso no excede tres años en primera instancia, dos años en segunda instancia y un año en Casación. El procedimiento de ejecución forzada se considera respetado si se concluye en tres años, y si es un proceso concursal, en seis años.

(48) Ver, especialmente, nota de SAGÜÉS, Néstor, “El debido proceso y el repliegue del principio dispositivo”, JA 2013-I-422 y ss.

(49) El Código Civil y Comercial resuelve este problema. El art. 1775 dice: “Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:... b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”.

(50) El TEDH calificó de dilación excesiva el plazo de 4 años y 3 meses en la Apelación, y 3 años y 8 meses ante el Consejo de Estado para resolver el reclamo de un grupo de empleados de la administración.

La lectura de las decisiones del TEDH podría mostrar, como pauta general, que dos años por grado de jurisdicción parece constituir un límite, que si se sobrepasa, señala indicios o sospechas contra la buena organización del servicio (51).

VIII. La etapa de la ejecución de sentencia

El TEDH tiene reiteradamente dicho que “un Estado que respeta la preeminencia del derecho, no puede permanecer inoperante, en detrimento de una parte. En consecuencia, la ejecución de una decisión judicial no puede ser impedida, invalidada ni retardada de manera excesiva. La Administración constituye un elemento del estado de Derecho cuyo interés se identifica con el de la buena administración de la Justicia; si la administración se rehúsa, omite o tarda en ejecutar las decisiones, las garantías que beneficiaron al justiciable durante la fase judicial pierden toda su razón de ser” (ver, entre otros, TEDH, *Öçkan et autres c. Turquie*, 13/09/2006). Por eso, el TEDH engloba el proceso de ejecución en el cálculo del plazo insumido, etapa que debe ser considerada parte del proceso, en tanto el juicio sería ilusorio si la decisión definitiva y obligatoria permanece incumplida (entre muchos, *Fondation Foyers des élèves de l’Église Réformée et Stanomirescu c. Roumanie*, 07/01/2014; en el caso, la sentencia databa de 1998 sin que se hubiese logrado ejecutar). Estos principios rigen también para la acción civil deducida en el proceso penal (*Bendayan Azcantot et Benalal Bendayan, c. Espagne*, 09/06/2009; la ejecución de la condena se había demorado por la muerte del condenado y la necesidad de disolver la comunidad de bienes; pese a la relativa complejidad, el TEDH consideró fuera de toda razonabilidad que la ejecución demorara 7 años, 9 meses y 27 días). Los autores señalan el caso *Hornsby c. Grèce*, como el *leading case*; en esa sentencia, el TEDH dijo que no tomar en cuenta la duración de la ejecu-

(51) La Corte IDH tampoco tiene criterios rígidos. Así, por ej., con fundamento en la complejidad que el caso presentaba, consideró no violatorio de la garantía el transcurso de diez años (ver decisión del 28/11/2002, *Cantos c. Argentina*). En cambio, en el caso *Kimel c. Argentina*, 02/05/2008 (ver publicación en JA 2008-III-237), el gobierno argentino reconoció que un proceso penal seguido contra un periodista por injurias y calumnias que dura nueve años, excede los tiempos razonables de un proceso en el que el imputado no interfiere con peticiones improcedentes. En igual sentido, en la causa *Bayarri*, el 30/10/2008, la Corte Interamericana entendió que la Argentina había violado el art. 8 al mantener en prisión preventiva a una persona durante 13 años, habiendo sido finalmente absuelto. Se trata de un proceso plagado de otras violaciones (torturas, privación de otros bienes materiales, etc.).

ción implicaría violar el principio de preeminencia de la ley que todos los Estados partes se han comprometido a respetar (52).

IX. La liquidación del daño no patrimonial

Liquidar correctamente el daño moral derivado de la excesiva dilación del proceso es muy difícil.

El TEDH lo hace en función de la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia.

Los montos fijados varían entre 1000 y 2000 euros por año que excede la duración razonable del procedimiento (53).

La ley alemana de 2011 prevé una indemnización máxima de 1200 euros por año. La reforma de 2012 a la ley italiana dispone que la indemnización no puede ser inferior a 500 ni superior a 1500 por año o fracción superior a seis meses.

X. Plazo de prescripción para reclamar

Los daños derivados de la dilación indebida de los procesos reconocen valiosos antecedentes en la jurisprudencia del TEDH, pero las sentencias de este prestigioso tribunal no se refieren a la prescripción; la razón es simple: las decisiones en las cuales esa Corte fija indemnizaciones por esa dilación, generalmente, no son el resultado de un proceso por daños derivados de la dilación, sino procesos tramitados ante ese órgano internacional por denuncias contra el país que ha violado el art. 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos; entonces, como resultado de la verificación de la violación al derecho a un proceso equitativo y sin dilaciones indebidas, el Tribunal europeo, además de condenar al Estado por con-

(52) CONTI, Roberto, "La ragionevole durata del processo fra giudizio di merito, esecuzione e ottemperanza", en *Danno e responsabilità*, 7/2010, p. 719.

(53) Ver decisiones citadas por LETTIERI, Nicola, "La durata del processo italiano avanti alla Corte Europea per i Diritti Umani", en FUMU, G., ed altri (a cura di) *I tempi della giustizia*, Napoli, ed. Jovene, 2010, p. 43, especialmente nota 3, que contiene un listado ejemplificativo, pero muy completo; RECCHIA, Carlo, "Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione", Milano, ed. Giuffrè, 2006, p. 124; DALMOTTO, Eugenio, "Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del proceso", en BESSO, C. y otros, *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, Torino, ed. Giappichelli, 2002, p. 198; BUONAURO, Carlo, "Responsabilità da atto lecito dannoso", Milano, ed. Giuffrè, 2011, p. 772; ANNUNZIATA, Gaetano, "Responsabilità civile e risarcibilità del danno", Padova, Cedam, 2010, p. 235.

travenir el Tratado, fija una suma a favor del dañado como compensación de los daños provenientes de esa dilación. Se trata, pues, de denuncias que los particulares hacen, precisamente, porque el proceso interno no concluye en un tiempo razonable, sin perjuicio de que muchas veces, ese juicio, que tramita ante la justicia nacional, termina antes de que la Corte Europea dicte su decisión.

Algunas leyes europeas resuelven expresamente el problema. Así, por ej., la ley italiana 89 del 24/03/2001, ya citada, decía: “La demanda de reparación puede ser interpuesta durante la pendencia del procedimiento en cuyo ámbito la violación se ha verificado o, bajo pena de caducidad, dentro de los seis meses del momento en el cual la decisión, que concluye ese mismo procedimiento, ha devenido en definitiva” (art. 4º) (54). El texto fue modificado en 2012, y suprimió la expresión durante la pendencia del procedimiento en cuyo ámbito la violación se ha verificado; en consecuencia, se excluye toda posibilidad de que la demanda sea interpuesta mientras el juicio no haya concluido por sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada. La intención ha sido evitar peticiones reiteradas y abusivas, pero la doctrina duda sobre la constitucionalidad de la norma (55).

XI. El agotamiento de las vías recursivas internas y el derecho a un remedio efectivo para ser indemnizado por la dilación indebida de los procesos

En el caso *Kudla c. Pologne*, 26/10/2000, el TEDH reiteró que la frecuencia creciente de violaciones al art. 6º mostraba el peligro de no disponer de ninguna vía interna para solucionar el problema (56). Insistió en que ese remedio debe existir y que si es efectivo, debe ser agotado antes de acudir al sistema europeo de protección.

Por otro lado, el recurso interno para reclamar los daños causados por la dilación debe ser efectivo, adecuado y accesible. Esa efectivi-

(54) Para un análisis específico de esta norma ver RONCO, Alberto, “Il tempo per la proposizione della domanda”, en BESSO, C. y otros, *Misure acceleratorie e riparatorie contro l’irragionevole durata dei processi*, Torino, ed. Giappichelli, 2002, p. 327).

(55) Compulsar DE SANTIS DI NICOLA, Francesco, “Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo”, Napoli, Jovene, 2013, p. 239 y ss.

(56) Varios países europeos tienen diversos remedios internos para ser indemnizados de las dilaciones producidas, al menos, en el orden penal. Según se relata en la sentencia *Michelioudakis c. Grèce*, 3/4/2012, ellos son: Alemania, Bosnia-Herzegovina, Croacia, España, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Lituania, Luxemburgo, ex-República Yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suiza.

dad supone que la reparación sea suficiente, carácter que el propio TEDH controla. En ese control, tiene en cuenta el monto, la duración del procedimiento de indemnización y la celeridad del pago de la indemnización (ver *Vidas c. Croatie*, 03/07/2008; *Cocchiarella c. Italie*, 29/03/2006).

XII. Causas excluidas de la aplicación del art. 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos

Como he adelantado, el requisito de que el proceso concluya dentro de un plazo razonable se aplica a toda clase de procedimientos (57).

No obstante, un autor ha señalado que, según la jurisprudencia del TEDH, están fuera del art. 6° de la Convención, los siguientes tipos de procesos (58):

a) Las causas entre el ciudadano y la Administración pública si se dan estos tres requisitos conjuntamente: (i) la causa concierne directamente a la asunción, carrera y cesación de la actividad de funcionario público que pertenece a las fuerzas armadas o a la policía (*Massa c. Italie*, 24/08/1993; *Neigel c. France*, 17/03/1997; *Pellegrin c. France*, 08/12/1997); (ii) el ordenamiento interno no ha previsto un procedimiento jurisdiccional (*Vilho Eskelinen c. Finlandie*, 17/04/1997) y (iii) hay un vínculo entre el objeto de la causa y el ejercicio de la función pública que tiene en consideración la confianza entre el privado y el Estado, por lo cual, a contrario sensu, no debe tratarse de causas que tengan en consideración reivindicaciones pura o esencialmente patrimoniales (como por ej., pago de remuneraciones).

b) Los procedimientos de jurisdicción voluntaria (*Macri c. Italie*, 12/06/2007).

c) Los procesos de extradición del imputado a otro país (*Yosifov c. Bulgaria*, 07/12/2006).

d) Los procesos que tienen por finalidad revisar o hacer caer la cosa juzgada (*Kosak c. Ukraine*, 0/12/2006).

(57) Ver, entre muchos, TROISI, Roberta, "L'equa riparazione per irragionevole durata del processo", en Dalia G. ed altra, *I rimedi al danno da processo*, Milano, ed. Giuffrè, 2013, p. 165.

(58) He tomado estos datos de LETTIERI, Nicola, "La durata del processo italiano avanti alla Corte Europea per i Diritti Umani", en FUMU, G., ed altri (a cura di) *I tempi della giustizia*, Napoli, ed. Jovene, 2010, p. 33.

XIII. La morosidad del propio sistema regional de Derechos Humanos

Obviamente, todo lo dicho sobre el sistema de protección de derechos humanos genera grandes esperanzas. Sin embargo, el dicho popular dice: “No todo lo que reluce es oro”. Los autores señalan la contradicción de todo lo expuesto con los largos tiempos que insumen los procesos ante el sistema de Derechos Humanos, tanto europeo como latinoamericano.

Con fina ironía se ha dicho:

El hecho frecuente de que los tribunales superiores amonesten los retrasos producidos por los inferiores es sencillamente grotesco: el Tribunal Supremo reprocha sus retrasos a los superiores tribunales de justicia de las comunidades autónomas y luego viene el Tribunal Constitucional que le amonesta a él por el mismo motivo. Pero a continuación aparece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin tener en cuenta sus propios retrasos, recrimina al tribunal constitucional español por los suyos. La administración de justicia, en suma, se ha hundido en un estado comatoso en el que ya no reacciona ante nada; nadie se siente culpable y todo resbala sobre la resignación y la indiferencia (59).

El paradigma es, quizás, el caso *Furlan c. Argentina*, ya citado. Un autor indica críticamente: “Resulta lamentable que la Corte Interamericana no haya aprovechado la oportunidad para señalar que esta situación no es el resultado exclusivo del accionar de la República Argentina, sino también de la dilación con la que la denuncia fue tratada por el sistema interamericano de Derechos Humanos. Adviértase que la petición de los representantes de las víctimas se produjo el 14 de octubre de 2004; el informe de admisibilidad de la Comisión, el 26 de octubre de 2006 (requirió dos años); el informe de fondo, el 13 de julio de 2010 (seis años desde que se recibió la petición; el sometimiento del caso a la CIDH, 29 de noviembre de 2010) y finalmente, la sentencia, el 27 de abril de 2012”.

Una alternativa para dar solución a algunos de estos casos son las medidas provisionales, mecanismo procesal conocido tanto en el sistema europeo (60) como en el americano (61).

(59) NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Madrid, Ariel, 2008, p. 309.

(60) WATTHÉE, Sandrine, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l’homme : la protection préventive des droits conventionnels en puissance?* Bruxelles, ed. Nemesis/Antemis, 2014.

(61) Ver CANCADO TRINDADE, António, “Une ère d’avances jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour Interaméricaine des droit de l’homme”, en

Así, por ej., 01/07/2011, la Corte IDH, en el caso *L. M. Medidas provisionales c. Paraguay* dijo que “el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el su balance emocional y psicológico. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver negatoria y perjudicial para los intereses del niño, cualquier decisión en contrario, todo lo cual justifica que se tomen estas medidas preliminares”.

Llama la atención de que la Corte IDH, que para otras violaciones de derechos humanos dispone, en su amplio sistema de reparaciones y medidas de no repetición, que se lleven adelante programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, (62) en el caso de las dilaciones indebidas, hasta ahora, no haya ordenado la realización de tales medidas.

De cualquier modo, cabe señalar, como se indica en el informe de la CEPEJ sobre el que me he apoyado para realizar estas reflexiones que, al menos en Europa, muchas de las sentencias del TEDH han servido para que los Estados nacionales realicen importantes reformas en su sistema judicial, y esto es lo importante.

XIV. Conclusiones provisionales

Como ha dicho el TEDH (*Apicella c. Italie*, 29/03/2006), está claro que la prevención es el mejor remedio; por eso, la Convención europea, al igual que la americana, obliga a los Estados contratantes a organizar sus sistemas judiciales de modo que las diversas instancias puedan cumplir la exigencia de llevar adelante un proceso sin dilaciones indebidas.

HENNEBEL, L., et autres (sous la direction de) *Le particularisme interaméricain*, Paris, ed. Pedone, 2009, p. 16.

(62) Ver, a vía de ejemplo, entre tantos, caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, 24 de febrero de 2012.

Mientras ello no ocurra, si como decía Macchiavello el bolsillo es la vís-cera más sensible, el justiciable merece ser reparado (63), al menos, del daño moral que significa vivir en una sociedad “indecente” (64), desde que sociedad decente es aquella en la que las instituciones no humillan a los habitantes, e indudablemente, estar sometido durante interminables años a un proceso judicial es una verdadera humillación. ♦

(63) Ver DANOVI, Remo, “Brevi termini e termine ragionevole nell’applicazione della convenzione europea dei diritti dell’uomo”, en *La toga e l’avvocato*, Milano, ed. Giuffrè, 1993, p. 205.

(64) Utilizo la palabra “indecente” en el sentido dado por MARGALIT, Avishai, “La società decente”, trad. de Andrea VILLANI, Milano, ed. Guerini e associati, 1998, p. 49 y ss.

CUESTIONES DE LA PRUEBA POR TESTIGOS

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

I. Introducción

La prueba de testigos atraviesa por las mismas instancias que todos los demás medios de prueba. Es decir, existen las fuentes, que son los registros que se producen en la mente del sujeto que va a ser testigo (se trata entonces de una prueba personal); luego viene la recolección de pruebas, que consiste en conseguir a las personas que han sido testigos del hecho. Más tarde, comprobar qué es lo que saben del mismo y, eventualmente, presentarlos como medio de prueba. Finalmente, llega la apreciación de los dichos del testigo, elementos estos que fueron los que dieron nacimiento a la aplicación de la teoría de la sana crítica en el campo del Derecho.

Hoy quiero referirme a algunas cuestiones que requieren una mayor atención cuando uno se sumerge en el tratamiento de la prueba testimonial. Son ellas: el real origen del testimonio; la Psicología, que nos lleva a la percepción y la mentira en el testimonio; el arte de las preguntas esenciales; la interrogación de los menores y quiénes y en qué orden preguntan en la audiencia los interrogadores habilitados, con algo de la historia de la Sana Crítica. Todo de modo breve en función del sentido de estas Comunicaciones.

II. El origen del testimonio

La palabra “testigo” proviene del testis. Su uso data aproximadamente del siglo II a. C., y estuvo referido a indicar lo que resulta excluido, o bien el ajeno a la relación de dos términos, concepto utilizado por los griegos (encontrado en documentos en tablillas atribuidas a la escuela pitagórica, halladas en 1963 en Sicilia que prueban esta conclusión).

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 28 de agosto de 2014.

Sin perjuicio de ello, se sabe que, durante la larga ocupación romana de Egipto, provincia del Imperio a partir del año 31 a. C., bajo el gobierno de Augusto (1), los romanos advirtieron una usual manera entre los habitantes del Nilo de celebrar cualquier convención con la presencia de un vecino —generalmente un joven en razón de la prueba— al que cada uno de los contratantes, luego de expresar en su presencia los términos del acuerdo, tomaba cada uno de ellos uno de los testículos apretándolos levemente con sus manos. El joven —testis— recibía uno o dos dracmas por sus servicios y era el elemento de prueba viviente del contrato. Era requisito que se apretasen conjuntamente ambos testículos —cada uno por el respectivo contratante— para hacer válida la prueba, de allí se llevó a la confusión posterior que dio nacimiento a la expresión *unus testis, nullus testis*, que perduró erradamente por más de mil años. El origen de esta práctica está mencionado por Tito Livio en su *Historia de Roma* (2) de referir un contrato celebrado por Escipión el Africano. También Baldo degli Ubaldis (siglo XIV) (3) lo hizo presente, aunque es posible que se haya basado en Tito Livio. La costumbre prácticamente desapareció con el auge de la escritura y la intervención de notarios, pero quedó en los asuntos informales y de poca monta, inclusive en algunos pueblos y villorrios.

III. La psicología que nos lleva a la percepción y la mentira en el testimonio

La psicología es una de las protociencias que actualmente se va completando y orientando con las investigaciones del cerebro realizadas por las neurociencias (4). Sin perjuicio de ello, desde antaño se ha advertido que el ser humano se inserta en la realidad mediante la percepción. La percepción es una actividad selectora de las distintas sensaciones o estímulos externos,

(1) El 2 de septiembre del año 31 a. C., se produjo la batalla naval de Accio entre las flotas de Cayo Julio César Octaviano, dirigida por Agripa, y la de Marco Antonio y su aliada Cleopatra, frente al golfo de Ambracia y el promontorio de Accio. La batalla se saldó con la victoria absoluta de Cayo Julio César Octaviano (luego el emperador César Augusto) y la retirada de Marco Antonio y Cleopatra.

(2) LIVIO, Tito, *Historia de Roma desde su fundación, Obra completa*. Madrid: Editorial Gredos, 8 tomos ediciones 1994 a 1997.

(3) UBALDI, Baldi degli, *Commentaria in digestum vetus, digestum novum, institutiones, in feudorum usus et index: Venetiis 1576 - 1577*. Baldo degli Ubaldis, conocido por nosotros como Baldo de Ubaldis, fue un posglosador del Corpus Iuris Civiles, destacándose especialmente su estudio sobre los contratos.

(4) Sobre neurociencias, es importante consultar el libro de MANES, Facundo y NIRO, Roberto, *Usar el cerebro, conocer nuestra mente para vivir mejor*. Planeta, CABA, 2014.

y supone la intervención de la atención, que puede ser espontánea o provocada, y voluntaria o involuntaria. La primera apreciación es la externa y la del cuerpo mismo. Lo percibido se recibe por vía de los sentidos. De todos modos, cuando hablamos de nuestros sentidos, advertimos —en general— que la visión es la que recepta la mayoría de las sensaciones a promedio diario. Esto —por un lado— se debe a la particularidad que tiene (su alcance, la ubicación de los objetos en el espacio, la recepción de elementos cognoscitivos por medio de ella, como la lectura, etc.); otro, es que la ley del menor esfuerzo utiliza este sentido por ser el más práctico en el mundo en que vivimos, y el que nos brinda mayores posibilidades. Sin embargo, la visión no es el más preciso de los sentidos. La audición tiene más definición y —en algunos sectores de la piel— el tacto también tiene mayor precisión; lo mismo sucede con el gusto y aun con el olfato, que el hombre tiene particularmente atrofiado por falta de uso, por inhalaciones tóxicas, smog, humo de cigarrillos, etcétera. Por otro lado existen otro tipo de sentidos que integran nuestra forma de conocer como sensaciones somestésicas (sensaciones táctiles, de presión, dolorosas, térmicas, de movimiento), sumadas a algunos sentimientos que llamamos cenestésicos (sensación de dolor, hambre, sed, bienestar, malestar, angustia, ligereza, fortaleza, depresión, fatiga, debilidad, fuerza, somnolencia, etcétera). Pues bien, ocurrido un hecho, percibido por una persona, el mismo se registra en su mente.

Ese registro puede ser más o menos intenso y más o menos perdurable dependiendo de las circunstancias, los intereses, la atención, etc. La recuperación de ese registro se hace por vía de la prueba testimonial, cuando se trata de un tercero en la relación jurídica y aún por alguien interesado cuando se trata de litisconsorcios. Pero el testimonio es probablemente la prueba menos fiable. No obstante, siendo esencial en numerosos casos, ha sido muy estudiado desde los más diversos ángulos. Dos de ellos son particularmente considerados. Uno es el de los errores de la percepción, que no vamos a tratar ahora, otro es el de la mentira en la exposición del testigo.

Las personas tienen cierta tendencia a mentir, o por lo menos a deformar los hechos, pero además hay casos en que la persona miente expresamente con la intención de engañar, ya sea por falseamiento o por ocultación, esa es propiamente la mentira que nos interesa considerar respecto del testimonio. En los últimos tiempos el estudio de la mentira ha sido especialmente tratado por especialistas, entre los que se destacan los trabajos de Paul Ekman (5). En el interrogatorio de testigos es importante detectar

(5) EKMAN, Paul, profesor de Psicología en la Universidad de California, ha realizado numerosas investigaciones sobre el tema. En los últimos tiempos se destacó su libro *Telling lies*, traducido al castellano por WOLFSON bajo el título de *Cómo detectar mentiras*, ed. Paidós, Buenos Aires, 2013.

la mentira, que puede resultar por lo inverosímil, por la contraposición con datos del juicio o por lo que uno conozca, por el lenguaje del cuerpo y del rostro, o por las palabras, la voz o por contradicciones en los dichos. Detectar la mentira observando el lenguaje del cuerpo, de los rostros o el lenguaje requiere preparación para ello. Una vez detectada la mentira habrá que ponerla de manifiesto, lo que se hace mediante la confrontación del testigo con hechos probados, por careo y especialmente por un hábil interrogatorio.

IV. Las preguntas esenciales

El interrogatorio tendiente a descubrir las mentiras requiere que sea conducido con claridad por quien hace las preguntas, las que pueden ser analíticas (descomponiendo las partes de la contestación), algunas evaluativas (para estimar o apreciar el valor de las contestaciones con nuevas preguntas) y otras que orienten hacia la verdad de los dichos, si no se hubieran realizado en el interrogatorio preliminar. Es decir, hacer preguntas destinadas a comprender las relaciones, sentimientos y deseos del testigo. En el Derecho Americano, este aspecto, que resulta esencial en los juicios allí llevados, tiene el apoyo de la modalidad con que aplica la "cross examination". De todas maneras la deformación que se va produciendo en la memoria con el tiempo puede llevar a una persona a recordar algo distinto de lo que ha pasado, especialmente si el hecho es comentado o considerado varias veces. En términos generales, se ha probado que la deformación de los recuerdos produce errores que aumentan en un 0,33% diario, pero este sólo dato no es suficiente (6), aunque se sabe desde antaño que una declaración tomada de manera inmediata o dentro de las 48 horas de sucedido un hecho es superior a la que puede darse posteriormente en el proceso, en especial si entre el hecho y la declaración ha ocurrido mucho tiempo.

Las preguntas destinadas a descubrir la mentira o hacerla patente tienen que estar orientadas en el contexto. Pero una regla que es fundamental en el interrogatorio, por lo que uno debe estar atento y haberse comprometido del caso y de la actuación en las pruebas, es que, si la cuestión está suficientemente orientada hacia nuestro interés, o relacionada con el conjunto de la prueba o muestra que las contestaciones del testigo no guardan la coherencia suficiente para apreciar esa prueba como contundente, entonces no hay que hacer la pregunta siguiente, pues el testigo puede advertir el efecto de sus contestaciones y acomodar la respuesta en un sentido totalmente distinto al que significaba el desarrollo anterior de

(6) GUILLAUME, *Manual de psicología*, p. 102.

sus respuestas, lo que nos puede llevar nuevamente a tratar de recorrer el camino perdido. Claro que si el sistema de interrogación es como el que se realiza en los procesos civiles escritos, es muy difícil lograr resultados, a menos que la mentira sea evidente.

V. La interrogación de los menores

Un caso especial es la interrogación de menores. En nuestro ordenamiento procesal los testigos en el proceso civil tienen que tener 14 años; y si se aprueba el Código civil y comercial nuevo, esa edad bajará a 13 años. Las declaraciones de menores de esa edad no constituyen testimonio, pero esto no quiere decir que no tengan valor alguno. Los avances doctrinarios y las últimas reformas legislativas incrementan la idea de que una declaración infantil es tan valiosa como la de un testigo adulto, siempre y cuando se respeten algunas pautas interdisciplinarias adecuadas.

En un interesante trabajo señala Atucha (7) que las reglas que conviene seguir en este tipo de interrogación son las siguientes: 1ª) El juez advertirá a los niños que deberán escuchar cuidadosamente las preguntas; no adivinar y no apurarse; cuando conocen la respuesta, responder sin omitir nada; decir cuándo no comprenden la pregunta; si no saben la respuesta, o si no la recuerdan, decir la verdad. Decir al niño el tema, hacer la pregunta, luego recapitular y verificar que comprenda. 2ª) Las preguntas deberán ser cortas y simples, “hacerse de una”. Usar pausas donde corresponda; dar al menor tiempo para contestar, seguir un informe estructurado, utilizar el vocabulario del niño (ej., para partes del cuerpo o para miembros de la familia); interrumpir si el menor pierde concentración o se angustia. Creemos que en estos casos, en que la respuesta tiene significados propios para el niño alejados del criterio de la persona mayor, y aunque el juez fuese especializado, debería estar asistido por alguien que lo pueda ir orientando (un psicólogo, un psicopedagogo, un asistente social especializado, o una maestra jardinera en ejercicio para los más pequeños). Debemos hacer notar que estas reglas pueden ser aplicadas con provecho a los discapacitados o a personas de un conocimiento muy inferior al que se refieren las preguntas. Pero el interrogatorio de los niños no los convierte en testigos en sentido pleno, porque la ley establece reglas para cada caso. Sin embargo, pueden ser-

(7) ATUCHA, Mónica, “La perceptible credibilidad de los niños como testigos”, en L. L. 1998-B-1299 y en “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Vol. 2, 1998 (El niño como sujeto de derecho, El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas), págs. 168-171.

vir de indicios o constituir importantes presunciones en su caso. Debe tenerse en cuenta, al momento de valorar estos interrogatorios, la edad, el compromiso del niño con las preguntas o las respuestas, la validez de sus dichos en su mundo, etcétera.

La interrogación de menores para evitar su exposición y su consecuente revictimización se realiza a través de la cámara Gessell. La misma consiste en una habitación acondicionada para permitir la observación de personas interrogadas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y de video para la grabación de los diferentes experimentos o interrogatorios. La cámara Gesell fue concebida como domo (*Gesell dome* en inglés; *dome* significa “cúpula”) por el pediatra estadounidense Arnold Gesell para observar la conducta en niños sin ser perturbado o que la presencia de una persona extraña cause alteraciones.

VI. Quiénes y en qué orden preguntan en la audiencia los interrogadores habilitados

Muñoz Sabaté desarrolla la forma en que se pueden realizar las preguntas. Comienza tratando las formas de las preguntas y dice: “El interrogatorio puede hacerse bien dejando al testigo que libremente narre lo que sepa acerca de determinado hecho (técnica del relato) o bien provocando las respuestas a base de continuas preguntas (técnica responsiva o del interrogatorio en sentido estricto). Si nos preguntamos por las ventajas e inconvenientes de una y otra forma veremos que en el relato abunda mayor exactitud pero menor concreción, al revés del interrogatorio, donde a una dosis superior de concreción corresponde un nivel más bajo de certeza. Según Stern, por ejemplo, la proporción de faltas oscila entre 5% y 10% en los interrogatorios que siguen la del relato y 20% a 30% en el interrogatorio responsivo (8).

(8) STERN, cit. por GORPHE, Francois Crítica del testimonio (trad. Ruiz Funes, Madrid, 1949), ps. 336 y ss. Serra Domínguez (Estudios, p. 378, N° 2), al criticar el interrogatorio formal o mediante pliego que se hacía al testigo en España, en el sistema de la LEC 1881, que impide salirse de las alegaciones ya formuladas, cita a Kulischer, quien señala que mientras que la exactitud del testimonio directo puede valorarse en un 93%, si se efectúa en base a un relato, se reduce el porcentaje al 62% cuando se efectúa mediante interrogatorio, valor éste que se reduce a un 54% cuando el testimonio es indirecto y prestado mediante interrogatorio. Es interesante hacer notar que en el sistema español anterior a la reforma de 2000, el testigo podía ser interrogado de manera afirmativa (como si fuera una posición), negativa o interrogativa (cf. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, Estudios de derecho procesal, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, p. 379).

Ahora bien, nuestro ordenamiento procesal civil prevé en el art. 411, CPCCN, una regla que es casi de aplicación constante en el proceso y es que los testigos serán libremente interrogados, por el juez o por quien lo reemplace legalmente, acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos, respetando la sustancia de los interrogatorios propuestos. La parte contraria a la que ofreció el testigo podrá solicitar que se formulen las preguntas que sean pertinentes, aunque no tengan estricta relación con las indicadas por quien lo propuso. Que comience preguntando el juez (por más que existan pliegos de las partes) me parece un grave error.

La primera cuestión para dilucidar algunos tipos de problemas es determinar quién es el sujeto que formula las preguntas, lo que define claramente el sistema de procedimiento y muestra la mayor o menor evolución del mismo y el carácter más o menos inquisitivo que presente, en su totalidad o en sus distintas etapas, con independencia de la oralidad o la escritura del sistema. Dejaremos de lado quién es el órgano de recepción y entenderemos que cuando hablamos del juez se refiere a cualquiera de estos órganos de recepción (secretario, prosecretario o jefe de despacho e inclusive audiencista). La idea no es qué pregunte el juez o quién lo reemplace. Es conveniente que primero el juez observe y, sin perjuicio de intervenir y preguntar a las partes o a sus abogados si fuese necesario, aproveche su situación privilegiada para sacar el mejor partido, dejando preguntar primero a las partes o a sus abogados, tratando de que la comunicación tenga la menor cantidad de interferencias posibles. En esa inteligencia el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922) en el art. 360 dice: "Los testigos, peritos o intérpretes prestarán juramento de decir verdad ante el tribunal, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente por la parte que los propuso. Seguidamente quedarán sujetos a las repreguntas de las otras partes intervinientes. Si en el curso de la repregunta surgiere la necesidad de volver a preguntar por la parte que hubiere ofrecido el testimonio, la misma lo podrá hacer con la autorización del presidente del tribunal, al igual que las otras partes a posteriori, guardándose siempre el orden respectivo. Asimismo las partes en cada caso indicarán si han terminado con el testigo o si el mismo debe permanecer a disposición del tribunal". Finalmente el art. 364 determina que "el tribunal, por intermedio de su presidente controlará los interrogatorios que formule el Ministerio Público Fiscal, las otras partes y los defensores, rechazando las preguntas inadmisibles, capciosas o impertinentes. Excepcionalmente, si al término de cada exposición quedaren dudas sobre uno o más puntos, los miembros del tribunal podrán formular preguntas aclaratorias sobre los mismos a quienes comparezcan a declarar a juicio".

VII. El origen de la sana crítica

Cuando hablamos de sana crítica debemos distinguir el origen del término jurídico y el origen del concepto. En cuanto al origen del término en el campo jurídico se encuentra en el Reglamento del Consejo Real de España (arts. 147 a 148) de 1846. Erróneamente Gorphe (9) supone el nacimiento de esta frase en la Ley de Enjuiciamiento española de 1881. El error proviene de haber tomado la cita de una sentencia del Tribunal Supremo francés del 12/11/1884, que habría leído el comentario al art. 632 (10), donde se decía: “La ley anterior no contenía ninguna declaración análoga a la de este artículo”, pero no se refería a la inexistencia de la sana crítica en todo el anterior ordenamiento, sino sólo a la cuestión de los testigos (art. 317, LEC. Española 1855) (11), porque el comentario estaba limitado a éstos. Sin embargo, el término sana crítica no aparece de manera impensada, ni tampoco es un acierto casual terminológico.

Por primera vez fue expuesta por D’Alambert (12), en el Discurso preliminar de la Enciclopedia Francesa, refiriéndose al nacimiento de las ciencias posteriores a la escolástica, y dice que antes de Descartes: “las leyes de la sana crítica eran generalmente ignoradas”. Esta obra de 1751 fue el origen del término español, pues el diccionario de la Academia Española recién incorpora la voz “sana crítica”, como una variante de la 5ª acepción de “sana”, definiéndola como: “libre de error y de vicio”, en la 12ª edición de 1889. También tuvo influencia la doctrina, pues Bellot (13) asegura que el cantón de Ginebra en 1819 establecía reglas

(9) GORPHE, F., *La critique du témoignage*, Paris, Dalloz, 2ª ed. 1927. Hay traducción *La crítica del testimonio*, por Ruiz Funes, citado.

(10) Ver Ley de enjuiciamiento civil del 3 de febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión (Redacción de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, bajo la dirección de Emilio Reus), Madrid 1981, comentario al art. 632.

(11) Cf. SARTORIO, José, “De la prueba de testigos en el procedimiento federal”, Bs. As., *Jurisprudencia Argentina*, 1945, p. 182, nota 7.

(12) D’ALEMBERT, Jean-Baptiste L., *Discurso preliminar de la Enciclopedia francesa*, Bs. As., Aguilar, 1965, p. 137; Manresa y Navarro, *Ley de enjuiciamiento civil*, II, p. 386, ven el origen en “Las Partidas” (P. III, tít. XVI, ley XXXII) (MANRESA y NAVARRO, José M., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Reus, 1881). Del Reglamento de 1846 pasó el art. 82 del decreto del 20 de junio de 1852, sobre hacienda, y de allí a la Ley de Enjuiciamiento de 1855 (conf. DE VICENTE y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento*, Madrid, Gaspar Roig, 1856, t. II, p. 235).

(13) Cit. por SARTORIO, *De la prueba de testigos*, cit. p. 182, nota 6.

para la apreciación de la prueba, que se separaba de la concepción de las pruebas tasadas, siguiendo los lineamientos de los Códigos de Procedimiento Civil francés de 1807 (libre convicción) y Penal de 1808 (íntima convicción), y preparaban el camino hacia la apreciación científica de la prueba. A pesar de que estas normas francesas se limitaban a excluir ciertos testigos, es importante hacer notar que el sistema debía correlacionarse con la motivación de la sentencia. La evolución en esta parte es sintetizada por Bentham: "A medida que los conocimientos psicológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales: las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas. Los procedimientos han dejado de ser un juego de azar o escenas de juglería; los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos" (14). Y, hablando de los medios, Lessona establece la existencia de un medio similar a la sana crítica, al que denomina persuasión racional, a la que le atribuye un criterio lógico basado en pruebas que excluyan toda duda en contrario (15).

VIII. Conclusiones

Éstas y otras cuestiones esenciales en el interrogatorio de los testigos y eventualmente de las partes muestran que nuestro ordenamiento todavía no resulta lo suficientemente flexible y que se pierde gran parte de posibilidades de conocimiento. Un avance sobre el particular lo presentan los sistemas orales y aquellos apoyados por la tecnología que permiten a través de la grabación de las audiencias obtener un resultado superior en función de la revisión, que puede ser global o seleccionada, examinar conductas corporales, vocales y gestuales del declarante y comparar dos situaciones separadas en el tiempo, pero que pueden tener una conexión definitiva. ♦

(14) BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, tr. M. OSSORIO y FLORIT, Bs. As., Ejea, 1971, Tratado, t. I., p. 45.

(15) LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en el proceso civil*, tr. E. AGUILERA DE PAZ, Madrid, Reus, 1907, t. I., p. 355.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

“Los animales nos hablan del fondo”

UMBERTO SABA

I. Uno de los actos que enaltecen y diferencian a la especie humana es la compasión ante el sufrimiento de quienes son sus semejantes y también ante el de quienes no lo son pero tienen en su naturaleza igual capacidad de temor, dolor y angustia. La necesidad impone a los animales una lógica que no incluye la moral entre ellos, pero que, a pesar de eso, de ningún modo los obliga a soportar las innecesarias crueldades de nuestra condición humana. El maltrato a los animales es un acto punible y vergonzoso y las leyes deben contribuir a su protección.

Sin compartir la mayoría de sus otras ideas (la doctrina del superhombre, el vitalismo metafísico, el antirracionalismo, etc.) el filósofo Friedrich Nietzsche (1844-1900) afirmaba que se podía estudiar la génesis de la moral a partir del modo o la manera en que el hombre trata a los animales (Humano, demasiado humano II). En 1975 el australiano Peter Singer publicó la obra titulada *Liberación Animal*, convirtiéndose en iniciador de un movimiento “por los derechos de los animales”; caso curioso por cuanto este filósofo nunca había tenido una mascota, pero creía que no se trataba de una mera empatía sino de una cuestión de ética en relación con la justicia del trato a los animales. Singer no vacilaba en reprochar que “mientras la gente piense en los animales como meros medios de producir alimentos, es poco probable que tengamos una forma satisfactoria de tratarlos” (confr., reportaje en la Revista *Ñ —Clarín—* del 16/08/2014, que remató sosteniendo “...que es esencial que nos planteemos las consecuencias de nuestras acciones: si van a beneficiar a todos, seres humanos y seres no humanos, pues me preocupa mucho la situación de los animales”).

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 11 de septiembre de 2014.

La Declaración Universal de los Derechos del Animal aprobada por la UNESCO y posteriormente por la ONU, consagra los derechos de los animales y las obligaciones que competen a los seres humanos, individual e institucionalmente en la relación con ellos. En este sentido, sostenemos que de igual manera que las desigualdades entre los seres humanos no facultan para esclavizar a otros individuos para la consecución de sus fines (económicos, culturales, científicos, etc.), lo mismo ocurre en el vínculo con los animales no racionales, careciendo de justificación moral la desconsideración al sufrimiento y la consumación de actos que impliquen la muerte innecesaria por maltratos o cuestiones irrazonables (1).

Por esta consideración y convencido de la trascendental importancia que toda sociedad civilizada debe otorgar a este tema, propuse en su momento un proyecto de ley, habiendo tomado como base del mismo, al proyecto de ley sobre "Normas básicas sobre explotación, transporte, experimentación y sacrificio para el cuidado de los animales", que el gobierno español presentara ante las Cortes Generales del Reino de España en el año 2007; país este en el que desde el 2013 rige el Real Decreto 53 relativo a la protección de los animales destinados a experimentos científicos o en el ámbito de la docencia.

II. No se trata de legislar taxativamente las actividades deportivas de caza y pesca, ya que las mismas son consideradas (art. 1º, inc. c) en el frondoso cuerpo normativo desarrollado en aquellas provincias en las que se realizan dichas actividades. No obstante hacemos especial hincapié en denostar esas prácticas deportivas que suelen no tener en cuenta el derecho, de algunas especies en estado salvaje, a vivir y morir de acuerdo a los equilibrios impuestos por las leyes de la naturaleza. Lo dicho no es óbice para que no se combatan, adecuadamente y en la proporción justa, ciertas plagas animales que puedan afectar, con su proliferación, la economía y la estabilidad ecológica de la región en que prosperan. Hecha esta salvedad, insistimos en que no hay práctica deportiva que justifique los sufrimientos que se infringen a animales, a veces, malheridos; ni el espectáculo sangriento que significa abatir piezas indefensas con armas modernas y a distancia segura de las mismas. La caza realizada para el consumo de poblaciones rurales o alejadas de los centros de abasteci-

(1) El texto definitivo de la Declaración Universal de los Derechos del Animal fue adoptado por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales afiliadas tras la 3ª Reunión sobre los Derechos del Animal, Londres, 21 al 23 de septiembre de 1977. La declaración proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas asociadas a ellas, fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y, posteriormente, por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

miento no merece comentarios ni restricciones siempre que se realice teniendo especial cuidado de preservar la permanencia de las especies cazadas a las que no se le deben provocar sufrimientos innecesarios en el momento de cazarlas. Nuestra objeción se focaliza exclusivamente en el placer, por lo general furtivo, que ciertas personas manifiestan al quitarles la vida a animales, cuya existencia, no presupone riesgos ni peligros de ninguna clase.

Es inadmisibile —a mi entender y mi sensibilidad, como tantos otros humanos que compartimos valores y creencias— la práctica “deportiva” de la riña de gallos, que a pesar de estar prohibida legalmente (ley 14.346) y no obstante la crueldad con que se manifiesta su celebración, en algunas provincias se exterioriza la convalidación con un financiamiento de alrededor de trescientos mil pesos (Tucumán).

Un comentario aparte merece el sacrificio de animales en ritos religiosos que exigen la ofrenda de víctimas propiciatorias. Sin menospreciar de ninguna manera dichas creencias, la práctica de las mismas, matando o mutilando animales en dichas ceremonias, debería estar totalmente prohibida constituyendo la misma una falta muy grave. No llega a percibirse, salvo en cultos muy primitivos, de cualquier forma respetables, ¿por qué la creencia en tales deidades deben ser suficiente justificación para segar la vida de animales indefensos? Como todas las formas de pensamiento humano, las religiones han ido desarrollándose y abandonando la necesidad del derramamiento de sangre para agradar a sus dioses. Son pocos hoy, por lo menos en nuestro país, los cultos que utilizan este tipo de ritual. Es entonces este, el momento propicio para normativizar en sentido excluyente todo acto de violencia o tortura sobre animales con fines religiosos.

III. Otro aspecto no cubierto exhaustivamente, aunque considerado en determinadas circunstancias (art. 2º, inc. 2º), es el que atañe a los animales domésticos o mascotas. En este caso debe dejarse bien en claro el compromiso que asume con su protección, alimentación y trato quien decide adquirir animales de compañía. Debe considerarse falta grave el abandono de animales domésticos en la calle, así como no atender a sus necesidades mínimas de abrigo, comida y salud. Si bien a menudo, son estos los animales que mejor trato reciben, tampoco son pocas las oportunidades en que sus dueños aplican tormentos despiadados a seres indefensos que son considerados objetos propios que pueden ser castigados o descartados a voluntad. Sobre esto último he sufrido a menudo la pena que me causa observar en los lugares de veraneo como al término de la temporada y en el momento de retorno a sus hogares urbanos, son abandonadas deliberadamente las mascotas que los padres portaron para “entretener” a sus hijos en los pocos días de solaz esparcimiento: ¡qué crueldad!

IV. Reputamos a esta contemporaneidad como muy adecuada para producir modificaciones sustanciales en la legislación que ampara los derechos de quienes no pueden reclamar sus derechos, puesto que, hasta en el área de la experimentación científica, tradicionalmente ajena a este tipo de cavilaciones, se están poniendo a punto métodos que permitirían suprimir o mitigar drásticamente el uso de animales en pruebas de laboratorio. Según datos recientemente publicados, alrededor de 100 millones de vertebrados son empleados en investigación básica o de fármacos cada año. La enorme mayoría de ellos parece como resultados de estos usos y si bien no estamos sugiriendo que dicha investigación no se realice —aun cuando ese sea el precio que debe pagarse— es promisorio que tantas muertes puedan ser suplantadas por otros métodos de experimentación tanto o más exactos que los sustituidos. Asimismo se deberían eliminar aquellas prácticas docentes que hacen de la vivisección un recurso pedagógico. Atendiendo a los abundantes y modernos recursos existentes a muy bajo costo (soft educativos, videos, internet, etc.), es deseable que no se utilicen en colegios primarios o secundarios animales vivos o muertos para ilustrar las clases de ciencias biológicas.

En última instancia es mi convicción de que la presencia humana sobre el planeta sea lo menos cruenta posible para los seres vivos que nos circundan. Los animales han ayudado al hombre a encumbrarse en la escala biológica pero, aun así, tienen los mismos derechos de que sus vidas transcurran en digno equilibrio con la naturaleza que sustenta a todos. ¿Cuántos animales han salvado las vidas de personas perdidas en la senda, o congeladas por el frío, o adormecidas por emanaciones tóxicas u otras vicisitudes?

Es imperioso —utilizando este vocablo en sus acepciones de necesario, urgente e ineludible— que en el seno de la familia y en los establecimientos educativos se inculquen reglas de conducta y de “urbanidad” (de atención y buen modo, más comedimiento y buena disposición) dirigidas a orientar el comportamiento de los niños, jóvenes y adolescentes, para direccionar el trato debido a los animales domésticos en primer término (por su cercanía) y a las especies que no ofrezcan peligro hacia las personas. Lecciones de ejemplaridad que eviten atrocidades como la que da cuenta la carta de lectores de Susana Jung publicada en *La Nación* el 18 de marzo último, en torno a los alumnos de un colegio platense que colocaron en la puerta del establecimiento petardos en las orejas y en la boca de un perro, el cual explotó muriendo desangrado (sic) ante la indiferencia de los allí presentes ¡Sin comentarios! Mientras tanto, más de cien Facultades de Derecho de los EE.UU. y nuestra Universidad de Córdoba incluyen la enseñanza de los derechos de los animales; y en Europa se cursan

Máster en Derecho Animal y Sociedad y cursos sobre “Derecho del Bienestar Animal”. ¡Qué diferencia! Pero pregunto: ¿no sería más importante que —además— se incorporara al plan de estudios de las facultades de Veterinaria la asignatura “régimen legal de la protección de los animales”, tal como existen analógicamente “Medicina Legal” e “Ingeniería Legal” en las facultades respectivas?

V. En nuestro país rige actualmente la ley 14.346, de autoría de quien fuera Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación y Ministro de Justicia, doctor Antonio J. Benítez, sobre “Protección a los animales contra actos de crueldad” (B.O. 05/XI/1954); norma esta que fue complementada con el dec. 5514/1961 sobre transporte de ganado, el dec. 1088/2011 sobre creación del Programa Nacional de Tenencia Responsable y Sanidad de Perros y Gatos (creación) y la res. 25/2013 de Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria.

Estimamos que se impone actualizar y complementar dicha ley a la luz de los cambios sociales, tecnológicos y científicos producidos durante los últimos sesenta años, estableciendo en acatamiento al mandato de la ciudadanía, una serie de principios sobre el cuidado y protección de los animales y las consecuentes infracciones y sanciones que otorgan eficacia jurídica a las obligaciones estipuladas legalmente. Sin perjuicio de ello, como una actualización legislativa tendría una mayor amplitud que la de una simple ley complementaria del Código Penal, lo que podría ocasionar su cuestionamiento con fundamento en los poderes no delegados por las provincias (arts. 121 y 125 de la Constitución Nacional) (2), se debería considerar como una normativa de “bases” a fin de que cada provincia decida si adhiere o no a la misma.

Bueno sería que la legislación se explayara, se difundiera y... ¡se aplicara! Y mejor aún sería que reaparecieran en escena las viejas entidades privadas que asumían la tarea de recoger a los “animales de la calle”, per-

(2) Art. 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Art. 125: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

didos o abandonados (3) (3), que luego de alimentarlos, higienizarlos y curar su salud, los albergaban hasta ponerlos en manos de personas o familias que los incorporaban a su entorno o hábitat (“lugar de condiciones apropiadas para vivir” — RAE).

VI. La experiencia demuestra que el animal “salvado” merced a su adopción por quienes lo incorporan a la vida familiar hogareña, es agradecido para siempre: de una u otra manera, así lo testimonia con sus “amos”, ofreciéndoles un cariño conmovedor. Y en muchos casos, contribuye a resguardarlos o salvarlos ante un riesgo o un peligro inminente. Cómo será de cierto, que hasta algunos teólogos (holandeses) han conjeturado ex-cátedra el interrogante acerca de la posesión de un “almita” por parte de las mascotas.

Autores y poetas se han ocupado y preocupado por las afinidades que conectan la vida humana con la vida animal; y así Elsa Morante (La Storia) habla de una “presciencia” (conocimiento de las cosas futuras) de su propia suerte, que “es una imagen indeleble del destino común, parcial pero fundamental, que nos liga a estos primos nuestros”, y no sólo porque como dice el Eclesiastés: “¿Quién sabe si el aliento de vida del hombre asciende hacia arriba y el aliento de vida del animal desciende bajo tierra?”. A los animales se les reivindican cada vez más derechos y sus sufrimientos son tenidos en cuenta cada día más, incluso hasta el fanatismo: parte de esos sufrimientos son inevitables para nuestra supervivencia, pero buscamos al menos mitigarlos o limitarlos de algún modo.

VII. Hasta se ha llegado al extremo de calificar o descalificar a los animales domésticos —desde el punto de vista de su comportamiento— por la mera impresión que pueda causar una foto que muestre su aspecto externo. Lúcidamente advierte Pau S. Coderch (catedrático de derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra, de Barcelona) que de generalizarse esas prevenciones o prejuicios, habría que prohibir la publicación en portada de fotografías de perros: ello así, para su protección (sic). Vale la pena extraer el núcleo de su pensamiento al respecto. Dice: “Desde luego, el poder de unos pocos de popularizar algo siempre acaba por generar una cascada de problemas legales. Primero, no todo el mundo sabe que los pe-

(3) Viene a mi recuerdo de niñez el camión-jaula de la “Sociedad Protectora de Animales ‘La Sarmiento’”, a la que mi abuela paterna brindaba su apoyo con el aporte de algunos “dinerillos”. Ella me inculcó el amor hacia los animales; lo que siempre recordaré con gratitud. Al elaborar el proyecto legislativo de mi autoría (no considerado hasta hoy), formulé invitaciones a las entidades privadas que estaban registradas en carácter de “protectoras” de los animales: eran cerca de diez; pero sólo una concurrió a la reunión, aunque no remitió a posteriori comentarios ni observaciones o correcciones (sic).

rrros pastores exigen que se les haga trabajar, ni que manejar un malinois belga (pastor belga) exige tener más carácter que el perro mismo. Estas enseñanzas no suelen prodigarse en las escuelas y, en todo caso, la cuarta parte de nuestro país nunca ha tenido suerte en ellas. No todo el mundo, pues, es consciente de que no se debe comprar compulsivamente un perro después de haber visto una fotografía suya y maravillosa.

“Entonces llegan los reguladores, quienes caen inexorables sobre perros y amos, sin distinguir entre educados y asilvestrados. Algunos alcaldes reaccionan ante las disfunciones culturales con regulaciones tremendas, que obligan a atar los amos a sus perros, que promueven la castración sistemática de los animales domésticos o que tantean ya su erradicación futura de nuestras aceras, cada año más muertas.

“Muchas de estas disposiciones son asfixiantes porque igualan por abajo, como si todo el mundo fuera memo (“tonto, simple, mentecato” — DRAE) o porque reaccionan con prohibiciones y multas indiscriminadas ante la ladra de electores que identifican el campo con el polvo, a los animales con un peligro y a la vida misma con un foco de contagio. Pagan justos por pecadores”.

VIII. Por su parte, para el ensayista italiano Claudio Magris, en un artículo titulado “La oscura sabiduría de los seres irracionales” (ADN-Cultura, 30/05/2014) sostiene que hay grandes relatos que incursionan en el mundo animal, aunque añade: “Pero el mundo animal, y sobre todo la psiquis animal, siguen siendo un misterio insondable. Para burlar ese misterio, se ha recurrido con frecuencia a la fábula humanizante, donde el animal aparece como símbolo universal de las virtudes, vicios y comportamientos del ser humano”. Como paradigma, quedan en pie las Fábulas de Esopo (siglo VI a.C.), autor griego cuyos textos fueron el primer libro de lectura en sus escuelas.

Por todo ello, es muy encomiable comprender la angustia ante la agonía del animal querido. Recuerdo haber leído los “Diez ruegos de un perro a su amigo” (en una colaboración de Luis Werner) donde a la décima súplica del camino le atribuía este pedimento: “Cuando me tenga que ir de este mundo no digas `esto no lo puedo ver´ o `que pase cuando yo no esté´, porque todo, hasta el último adiós, es más fácil para mí si tú estás conmigo” (sic).

Es una experiencia frecuente, dolorosa para algunos o insensible para los indiferentes, pero bien recuerda el ya citado Claudio Magris que “En los ojos del animal moribundo —escribe Rossana Rossanda— hay un estupor insostenible”; y añade: “Estupor doble: el del animal que probablemente no se da cuenta de su fin y el del hombre que lo vislumbra en los

ojos del animal, y se aterra. Se aterra por no entender y se aterra ante a vaga intuición de que si entendiera plenamente, se aterraría aún más”.

Como colofón, vale también la prevención del citado autor de obras como *Danubio* y *Microcosmos*, cuando nos advierte con sabiduría y fuera de toda sensiblería que “No se trata de sobrevalorar la inteligencia de los animales y menos aún de humanizarlos con sensiblerías edulcoradas, sino de apreciar esa imagen de mundo que a su modo contienen, o sea un modo para nosotros desconocido: una imagen de lo real y, por lo tanto, lo real mismo”.

Este novelista, que confiesa a sus lectores cuán grande hubiera sido su placer de tener en su casa frente al mar (¡mi obsesión o “asignatura pendiente”!) una foca que se comportase como un perro, nadando y pescando libremente en el agua para luego jugar en la playa o entrar en la casa (sic), concluye sentenciando esta dura verdad, que comparto: “Cada vez se sabe más sobre la inteligencia de los animales, sobre sus hábitos, sus comportamientos, sobre su sistema nervioso, pero es imposible saber cómo ven el mundo y por lo tanto, saber quiénes son, cosa que por otra parte es difícil para cada individuo, no sólo frente a otros individuos sino también frente a sí mismo”.

IX. También corresponde añadir que en la tierna aproximación a los animales, no excluyó Magris escribir con su cautivante pluma, un ensayo alrededor de la “reivindicación del cerdo” —de reciente aparición— en que señala la injusta estigmatización del chanco, siempre asociado a la injuria y el insulto, pudiendo destacarse la inteligencia y valentía de ese animal. Acaso por estas “protestas” de los defensores del animal (se entiende que se trata de los no atentatorios contra la vida de los humanos) es que han surgido grupos —y tal vez asociaciones— que bregan por el “veganismo”: se trata de predicadores de la dieta vegetariana (4) (4) o, en todo caso, de parte de quienes intentan concientizar “que se puede comer bien sin tener que provocar el sufrimiento del animal”, a cuyo efecto aleccionan a través de exhibiciones o testimonios muy “fuertes” sobre la matanza de animales (documentales grabados en fincas de USA y de la Argentina, el “Colectivo Abolicionista Independiente”). Cabe aclarar que

(4) Es el caso del “vegetalismo” entendido como régimen alimenticio estrictamente vegetal y que excluye todos los productos de animal, vivo o muerto, llamándose “vegetalistas” a quienes practican el vegetalismo (DRAE). En cuanto al término “veganismo” proviene del inglés *veganism*; “veganos” (del inglés *vegan*) son los seguidores de la abstinencia en el consumo de productos de origen animal, pues rechazan la condición de “mercancía” de los animales por ser estos sujetos sensibles. El término fue incorporado por el inglés Donald Watson en 1944, al crear la “Vegan Society” cuyo lema fue “que el ser humano debe vivir sin explotar a los animales”.

existen diferencias entre la dieta vegana y la dieta vegetariana: esta excluye la carne, el pollo y el pescado, pero incluye productos que no ocasionen la muerte del animal. En cambio, los veganos no consumen ningún producto obtenido de los animales, pues esos productos son para su propio uso (p. ej., la leche y la miel).

X. Nada empuja a que las preferencias de los humanos en torno a perros o gatos despierte toda una disquisición que, seguramente, acompañará hasta la eternidad. Lo mismo podría decirse de quienes optan por el conejo en lugar del equino, o cosas por el estilo. Sumamos al tema de las “afinidades electivas” alrededor de estos “bichos” tan queribles, una reflexión de Patricio Pron, leída recientemente (El País, 25/08/2014) bajo el título de “Perros” y que dice así: “El hecho de que los perros no parezcan juzgarnos (a diferencia de los gatos, que lo hacen todo el tiempo) vuelve la frase inverosímil. Naturalmente, hay decenas de perros con opiniones bien fundadas sobre sus amos: piénsese en el Coloquio de los perros cervantino o en aquel relato del argentino Copi en el que unos perros pastores alemanes exigen ser devueltos a Alemania para crear allí un régimen en el que los humanos sean alimentados por ellos y no al revés. Sin embargo, su bonhomía, la facilidad con la que aceptan ser entrenados, su fidelidad, hace que sus opiniones sean más bien discutibles. ¿Se puede extraer alguna enseñanza de la observación de un perro? Lo dudo; pero, si es así, tal vez lo que podamos aprender se resuma en otra frase de Chéjov: ‘El perro hambriento sólo cree en los huesos.’ Buena parte de nuestras convicciones tiene su explicación en ella”.

Y, como decían “los de antes”, sobre gustos no hay nada escrito, pues todo vale.

XI. Reflexiones finales

Párrafos aparte merece el alcance de la expresión que remite o alude a los “derechos de los animales”, por parte de quienes sostienen que la naturaleza animal es un “sujeto de derecho”. Se atribuye a Pitágoras (570-469 a.C.) la primeridad en atribuir tales derechos por estar los animales dotados del mismo tipo de “alma”. No faltaron alusiones a la moralidad de los animales en Virgilio (70-19 a. C.) y Ovidio (43-17 a.C.), como así también en las ideas de Plutarco (50-125 d.C.). No aparece la faz jurídica en cuanto a los animales, en Roma; y desde la visión de “los grandes iniciados” pueden encontrarse inspiraciones protectoras en el hinduismo y en el budismo (hospitales para curar animales enfermos).

Más adelante, las Meditaciones metafísicas de Descartes (1641) resultan adversas a la capacidad de los animales, pues a tenor de su criterio los

sonidos externalizados por estos no son una lengua sino meras respuestas automáticas a estímulos externos; lo cual fue contradicho en ese mismo año por una ley de Massachusetts de protección de los animales domésticos; y poco tiempo después, en 1654 se hizo lo propio en Inglaterra a instancias del puritanismo, más el apoyo de Cromwell. Hacia fines de ese siglo, en 1693, John Locke se manifiesta condenando la crueldad en el trato con los animales por sus consecuencias negativas sobre el carácter de los niños que luego vuelcan esa brutalidad con los humanos. Aún no se hablaba de “derechos de los animales”.

Recién a partir de Jeremías Bentham —amigo de Rivadavia— el pensamiento se fue abriendo a la idea de la posesión de algunos “derechos fundamentales” por parte de los animales: el derecho a la vida, a su seguridad, a no sufrir torturas ni la esclavitud (que aún perduraba en esa época...). Estimaba el pensador inglés que los animales eran acreedores a esa protección por su capacidad de sentir la agonía y el sufrimiento, más allá de la capacidad para distinguir entre el bien y en mal. De allí al ulterior criterio de Peter Singer, el camino al “derecho a no sufrir” quedaba expedito: resultarían aplicables a los animales los derechos consagrados en los arts. 3º, 4º, 5º y 6º de la Declaración Universal del año 1948 (5) (5).

En síntesis, no es pacífica la postura en torno a los “derechos” de los animales, que oscila entre los que aceptan sus enunciados aunque reconociendo la especificidad de lo propio de seres que no son humanos; y la posición de quienes rechazan tal asignación del carácter de “derechos” a lo que es en definitiva un deber de protección. Algunos autores señalan la contradicción entre el trato brindado a perros y gatos (mascotas) y la simultánea explotación de vacas y gallinas para su destino alimentario del hombre (v.gr., Gary Francione, Regan, Kaplan, etc.). La bibliografía es abundante al respecto; y en los tiempos recientes se ponen en tela de juicio las derivaciones legales que pueden ser resultantes de la tenencia en los veterinarios, la reparación por los daños que derivan de la muerte o heridas del animal, la aplicación concreta de las leyes que penalizan la crueldad, la discriminación; y otros supuestos más.

A pesar de todas estas dudas e inquietudes que se multiplica a diario, ya nadie cuestiona que debe proibirse el “sufrimiento” de los animales e imponerse el deber humano de atender a su cuidado; pero a la vez apa-

5 (5) Art. 3º. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Art. 4º. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. Art. 5º. Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Art. 6º. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad Jurídica.

rece el interrogante que genera el hecho de que mientras los seres humanos responden a un régimen de paralelismo entre “derechos” y los consiguientes “deberes”, en el caso de los animales tan sólo algunas especies introyectan el hábito del cumplimiento de los “deberes”.

En mi opinión, el status legal de los animales es incuestionable: sin embargo, no existe igualación con el concepto de “derechos subjetivos” pertenecientes a las personas, con todos los elementos que componen esa noción fundamental; sino que se trata en el caso de los animales de la viabilidad que el Derecho puede imponer al Estado (6), a la sociedad y a los responsables de su tenencia en cuanto al cumplimiento de obligaciones atinentes al debido cuidado en todos los órdenes (vida, alimentación, diversión, salud, etc.). Asimismo, creo que es más útil advertir esas peculiaridades, antes que entrar en la proliferación de originalidades terminológicas que abundan en las referencias bibliográficas, tales como la denominación de “derechos especiales”, “derechos extras”, “derechos de los semovientes”, y otras más imaginativas. Creo, finalmente, que la polémica se extenderá in eternum, entre disputas y opiniones, mientras prosiga el “deporte” de la caza de elefantes, la compraventa de los colmillos, la ferocidad de matar a los toros en las salvajes “corridas”, el matar palomas para condimentar comidas y otros horrores por el estilo. ¿Veremos el fin?

La respuesta a este interrogante tan solo llegará a través del desenvolvimiento de una cultura que cree concientización de la piedad en el relacionamiento con el mundo animal: ese mundo muy complejo y variado, en cuya percepción por el ser humano debe entenderse como una conducta preceptiva el conocer y tratar en su manejo las diferencias que median en sus especies; pues si bien se define al “animal” como ‘un ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso’ (DRAE), o sea un semoviente, una cosa es el “salvaje” y otra es la diferencia entre el “animal amansado” (el que mediante el esfuerzo del hombre ha cambiado su condición salvaje pero si la recobra puede ser objeto de apropiación) y otra cosa es el “animal doméstico” (el que pertenece a especies acostumbradas a la convivencia con el hombre y no es susceptible de apropiación); reservándose la calificación de “mascota” para ‘el animal de compañía, que sirve de talismán y que trae buena suerte’ (conf. DRAE). En consecuencia, las

(6) En registros consultados consta que el art. 20 de la Ley Fundamental de Alemania (02/08/2001) reconoce el derecho de los animales a la protección como deber del Estado. Dicha norma expresa: “El Estado, asumiendo igualmente su responsabilidad respecto a las generaciones futuras, protege los recursos naturales y a los animales por medio del ejercicio del poder legislativo, en el cuadro del orden constitucional y de los poderes ejecutivos y judicial en las condiciones que establezcan la ley el derecho”.

normas que se dicten por el Estado (y que pueden surgir de un precepto constitucional, como el caso de Alemania) envuelven en su inspiración un “sentido” o significación cabal, que hace a su razón de ser: la finalidad tuitiva para la defensa y amparo de la vida animal, asegurando la salud y sobrevivencia de las especies que la componen. Cuando Max Weber remarca el concepto del “sentido” de las normas está apuntando a las intencionalidades de acción colectiva que se forman en una sociedad.

Por desgracia, en algunas sociedades los preceptos disponen un comportamiento (por ejemplo, la piedad con los animales) pero las actitudes de una parte de la población se orientan por la marrullería del cínico incumplimiento, ya sea por astucia tramposa o a su mala intención: hasta personajes dotados de blasones suelen incurrir en esas desviaciones (sic), desde las carreras de galgos —que terminan sus vidas en estado de invalidez, con penosos sufrimientos— nada más que para satisfacer las ansias de goce placentero de personas paradójicamente inhumanas (7). También ha cobrado notoriedad el caso de chimpancés por los que se han interpuesto acciones de hábeas corpus con el objeto de sacarlos de la sumisión de su encierro para que recuperen una vida libre, tal como dictaminan los “primatólogos” que se ocupan de homínidos, que pertenecen al orden de los primates superiores (los más cercanos al género humano) como los orangutanes, gorilas y bonobos. Están pendientes recursos judiciales en Córdoba, Río Negro, Santiago del Estero y Entre Ríos, más otro tanto en tribunales de Nueva York con la misma finalidad de sacarlos de cautiverio para ser trasladados a sitios adecuados a su sensibilidad de “personas no humanas” cuyas vidas corren peligro (8). En síntesis, estamos asistiendo al surgimiento de nuevas formas de protección que, siendo vehiculizadas por los humanos, se dirigen a la salvaguarda de seres no humanos que conviven en cercanía con las personas, asumiendo estas deberes de protección y respeto en tanto y en cuanto no peligre la vida humana.

De las acepciones que incluye la voz ente, la primera referencia es a “lo que existe y puede existir”. La siguiente remite a la idea de entidad: toda personalidad jurídica particularmente si se halla relacionada con el Estado; mientras que la tercera alude a “sujeto ridículo o extravagante”; y, por

(7) La carta de lectores de Marcela García BONINI (en *La Nación* del 06/IX/2014) señala amputaciones, quebraduras, demodexia, etc.; y yo agregaría: muchas veces sin que medie intervención veterinaria alguna.

(8) Véase nota de Loreley GAFFOGLIO en *La Nación* del 07/09/2014, con comentario de Daniel Sabsay, quien sostiene que hoy por hoy “La única forma de que un asunto relacionado al bienestar animal vaya a juicio, ocurrirá cuando un hombre defienda su interés personal, de proteger indirectamente a los animales”.

último, la expresión “ente de razón” es el que no tiene ser real y verdadero y solo existe en el entendimiento (confr. DRAE). De todas ellas, la primera puede considerarse inclusiva de los animales.

En mi opinión, estos se encuentran en relación con curaduría con las personas (seres humanos y el Estado) quienes deben atender a su cuidado y quedan sujetos a las sanciones penales previstas por el incumplimiento de tales obligaciones legales y morales.

Declaración Universal de los Derechos de los Animales

Preámbulo

Considerando que todo animal posee derechos.

Considerando que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales.

Considerando que el reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo.

Considerando que el hombre comete genocidio y existe la amenaza de que siga cometéndolo.

Considerando que el respeto del hombre hacia los animales está ligado al respecto de los hombres entre ellos mismos.

Considerando que la educación implica enseñar, desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales.

Proclamamos lo siguiente:

Art. 1º

Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia.

Art. 2º

a) Todo animal tiene derecho al respeto.

b) El hombre, como especie animal, no puede atribuirse el derecho de exterminar a los otros animales o de explotarlos, violando ese derecho. Tiene la obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales.

c) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre.

Art. 3º

a) Ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles.

b) Si es necesaria la muerte de un animal, ésta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia.

Art. 4º

a) Todo animal perteneciente a una especie salvaje tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse.

b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho.

Art. 5º

a) Todo animal perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre tiene derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie.

b) Toda modificación de dicho ritmo o dichas condiciones que fuera impuesta por el hombre con fines mercantiles es contraria a dicho derecho.

Art. 6º

a) Todo animal que el hombre haya escogido como compañero tiene derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural.

b) El abandono de un animal es un acto cruel y degradante.

Art. 7º

Todo animal de trabajo tiene derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad del trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.

Art. 8º

a) La experimentación animal que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal, tanto si se trata de

experimentos médicos, científicos, comerciales, como de otra forma de experimentación.

b) Las técnicas alternativas de experimentación deben ser utilizadas y desarrolladas.

Art. 9º

Cuando un animal es criado para la alimentación debe ser nutrido, alojado y transportado, así como sacrificado, sin que ello resulte para él motivo de ansiedad o dolor.

Art. 10

a) Ningún animal debe ser explotado para esparcimiento del hombre.

b) Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de animales son incompatibles con la dignidad del animal.

Art. 11

Todo acto que implique la muerte de un animal sin necesidad es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida.

Art. 12

a) Todo acto que implique la muerte de un gran número de animales salvajes es un genocidio, es decir, un crimen contra la especie.

b) La contaminación y la destrucción del ambiente natural conducen al genocidio.

Art. 13

a) Un animal muerto debe ser tratado con respeto.

b) Las escenas de violencia, en las cuales los animales son víctimas, deben ser prohibidas en el cine y en la televisión, salvo si ellas tienen como fin dar muestra de los atentados contra los derechos del animal.

Art. 14

a) Los organismos de protección y salvaguarda de los animales deben ser representados a nivel gubernamental.

b) Los derechos del animal deben ser defendidos por la Ley, como lo son los derechos del hombre.

Esta declaración fue adoptada por La Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977, que la proclamó al año siguiente. Posteriormente, fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Proyecto de Normas Básicas sobre Protección de los Animales y su Bienestar (Exp: 923-D-07 del 21/03/2007)

Jorge Reinaldo Vanossi. Diputado de la Nación

Título Preliminar

Disposiciones generales

Art. 1º. *Objeto.*

La presente ley es una ley de bases de protección de los animales, que tiene por objeto:

Establecer las normas básicas sobre explotación, transporte, experimentación y sacrificio para el cuidado de los animales y un régimen común de infracciones y sanciones para garantizar su cumplimiento.

Regular la potestad sancionadora del Estado sobre exportación e importación de animales desde o hacia otros Estados en lo que respecta a su atención y cuidado y sobre los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos en procedimientos de su competencia.

Promover la protección de los animales que pudieran ser víctimas de: i) indebida práctica de caza y pesca y ii) maltratos, conforme la legislación nacional, provincial y municipal al respecto.

Art. 2º. *Ámbito de aplicación.*

1. Esta ley se aplicará a los animales vertebrados de producción o que se utilicen para experimentación y otros fines científicos y educativos.

2. Se aplicará a los animales de compañía y domésticos, conforme lo dispuesto en el art. 5º en tanto el transporte se realice de forma colectiva y con fines económicos y lo establecido con relación a las infracciones y sanciones tipificadas en los arts. 13. 1º, párrafos a), b), c), d) y e), 13.2, párrafos a) y c), 13.3 y 15.1.

3. A los animales que deambularan en la vía pública o los que estuviesen ubicados en establecimientos de educación primaria y secundaria, zooló-

gicos, cotos de caza y circos nacionales y extranjeros instalados temporalmente en la República Argentina.

Art. 3º. *Definiciones.*

A los efectos de la presente ley, se entenderá por:

Animales de producción: los animales de producción, reproducción, cebo o sacrificio, incluidos los animales de peletería o de actividades cinegéticas, mantenidos, cebados o criados, para la producción de alimentos o productos de origen animal, o para cualquier otro fin comercial o lucrativo.

Animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, o sea los animales vertebrados utilizados o destinados a ser utilizados en los procedimientos.

Procedimiento: toda utilización de un animal para la experimentación y otros fines científicos, incluida la docencia, que pueda causarle dolor, sufrimiento, angustia o daño prolongados, incluida toda actuación que de manera intencionada o casual pueda dar lugar al nacimiento de un animal en las condiciones anteriormente mencionadas. Se considera, asimismo, procedimiento a la utilización de los animales, aun cuando se eliminen el dolor, el sufrimiento, la lesión, la angustia o el daño prolongados, mediante el empleo de anestesia, analgesia u otros métodos. Quedan excluidos los métodos admitidos en la práctica moderna (métodos humanitarios) para el sacrificio y para la identificación de los animales. Se entiende que un procedimiento comienza en el momento en que se inicia la preparación de un animal para su utilización y termina cuando ya no se va a hacer ninguna observación ulterior para dicho procedimiento.

Experimentación y otros fines científicos, incluida la docencia: aquella que utilice los animales con los siguientes fines:

1º La investigación científica, incluyendo aspectos como la prevención de enfermedades, alteraciones de la salud y otras anomalías o sus efectos, así como su diagnóstico y tratamiento en el hombre, los animales o las plantas; el desarrollo y la fabricación de productos farmacéuticos y alimenticios y otras sustancias o productos, así como la realización de pruebas para verificar su calidad, eficacia y seguridad.

2º La valoración, detección, regulación o modificación de las condiciones fisiológicas en el hombre, en los animales o en las plantas.

3º La protección del medio ambiente natural, en interés de la salud o del bienestar del hombre o los animales y mantenimiento de la biodiversidad.

4º La educación y la formación.

5º La investigación médico-legal.

No se entenderán incluidas a estos efectos, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a animales de producción, las prácticas agropecuarias no experimentales y la clínica veterinaria.

Explotación: cualquier instalación, construcción o, en el caso de cría al aire libre, cualquier lugar en los que se tengan, críen o manejen animales de producción, o se utilicen animales para experimentación u otros fines científicos. A estos efectos, se entenderán incluidos los mataderos y otros lugares en que se realice el sacrificio de animales, los centros de concentración, los puestos de control, las escuelas primarias y secundarias, los centros o establecimientos destinados a la utilización de animales para experimentación u otros fines científicos, los circos, los zoológicos y cotos de caza.

Título I

Explotación, transporte, experimentación y sacrificio de animales

Art. 4º. Explotaciones de animales.

Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para asegurar que, en las explotaciones, los animales no padezcan dolores, sufrimientos o daños inútiles.

Para ello, se tendrán en cuenta su especie y grado de desarrollo, adaptación y domesticación, así como sus necesidades fisiológicas y etológicas de acuerdo con la experiencia adquirida y los conocimientos científicos.

Art. 5º. Transporte de animales.

1. Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para que sólo se transporten animales que estén en condiciones de viajar, para que el transporte se realice sin causarles lesiones o un sufrimiento innecesario, para la reducción al mínimo posible de la duración del viaje y para la atención de las necesidades de los animales durante el mismo.

2. Los medios de transporte y las instalaciones de carga y descarga se concebirán, construirán, mantendrán y utilizarán adecuadamente de modo que se eviten lesiones y sufrimiento innecesarios a los animales y se garantice su seguridad.

3. El personal que manipule los animales estará convenientemente formado o capacitado para ello y realizará su cometido sin recurrir a la violencia o a métodos que puedan causar a los animales temor, lesiones o sufrimientos innecesarios.

Art. 6º. Sacrificio o matanza de animales.

1. Las normas que aprueben los poderes públicos sobre la construcción, las instalaciones y los equipos de los mataderos, así como su funcionamiento, evitarán a los animales agitación, dolor o sufrimiento innecesarios.

2. El sacrificio de animales fuera de los mataderos se hará únicamente en los supuestos previstos por la normativa aplicable en cada caso y de acuerdo con los requisitos fijados por esta.

El matadero deberá comunicar a la autoridad competente que se va a realizar este tipo de sacrificios para ser registrado al efecto, sin perjuicio de la autorización respectiva.

Art. 7º. Centros o establecimientos destinados a la cría, suministro o uso de animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, incluida la docencia.

Los centros o establecimientos destinados a la cría, suministro o uso de animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, incluida la docencia, deben estar autorizados o inscritos en el correspondiente registro administrativo, con carácter previo al inicio de su actividad. La inscripción se exigirá, en todo caso, a las universidades o centros universitarios.

Art. 8º. Autorizaciones y registros administrativos.

Los transportistas de animales, sus vehículos, contenedores o medios de transporte deben disponer de la correspondiente autorización y estar registrados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Título II

Inspecciones, infracciones y sanciones

Capítulo I

Inspecciones

Art. 9º. Planes y programas de inspección y control.

La Administración Pública, en el ámbito de su respectiva competencia, establecerá los programas o planes periódicos de inspecciones y contro-

les oficiales que se precisen, sin perjuicio de las inspecciones que resulten necesarias ante situaciones o casos concretos.

Art. 10. Personal inspector.

Para el desempeño de las funciones inspectoras concernientes a la materia a la que se refiere esta ley, el personal al servicio de la Administración Pública deberá tener calificación y formación como veterinario u otra que resulte suficiente, pudiendo recabar de las autoridades competentes y, en general, de quienes ejerzan funciones públicas, incluidas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o cuerpos policiales provinciales o municipales, el concurso, apoyo y protección que le sean precisos.

Art. 11. Obligaciones del inspeccionado.

Las personas físicas o jurídicas a quienes se practique una inspección estarán obligadas a:

Permitir el acceso de los inspectores a toda empresa, establecimiento, explotación, instalación, vehículo, contenedor o medio de transporte, o lugar en general, con la finalidad de realizar su actuación inspectora, siempre que los mismos se acrediten debidamente ante el empresario, su representante legal o en su defecto, la persona que se hallara presente en el lugar. Si la inspección se practicase en el domicilio de una persona física, deberán obtener su consentimiento expreso o, en su defecto, la respectiva autorización judicial previa.

Suministrar toda clase de información sobre instalaciones, productos, animales, servicios y, en general, sobre aquellos aspectos relativos a la protección animal que se le solicitaran, permitiendo su comprobación por los inspectores.

Facilitar que se obtenga copia o reproducción de la información.

Permitir que se practique la oportuna prueba, o toma de muestras gratuita de los animales, productos, sustancias o mercancías, en las cantidades que sean estrictamente necesarias, según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de protección animal.

En general, a consentir y colaborar en la realización de la inspección.

Capítulo II

Infracciones

Art. 12. Calificación de infracciones.

Las infracciones se califican como muy graves, graves o leves, atendiendo a los criterios de riesgo o daño para los animales y al grado de intencionalidad.

Art. 13. *Infracciones.*

1. Son infracciones muy graves las siguientes:

El tormento, sacrificio o muerte de animales en espectáculos públicos de cualquier índole y en ocasión de la celebración de ritos religiosos.

El incumplimiento intencionado de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto a la consideración debida, cuidado y manejo de los animales, cuando ocasione o tenga como finalidad provocar la tortura o muerte de los mismos.

Utilizar los animales en peleas, ya sea con fines lucrativos o no.

Utilizar animales en producciones cinematográficas, televisivas, artísticas o publicitarias, incluso con autorización de la autoridad competente, cuando se produzca la muerte de los mismos.

La realización de un procedimiento, cuando se utilicen especies amenazadas o en riesgo de extinción.

Provocar, facilitar o permitir la salida de los animales de experimentación u otros fines científicos del centro o establecimiento, sin autorización por escrito del responsable del mismo, cuando dé lugar a la muerte del animal o cree un riesgo grave para la salud pública.

Suministrar documentación falsa a los inspectores o a la Administración Pública.

2. Son infracciones graves las siguientes:

Las mutilaciones a los animales en los supuestos en que no están permitidas.

Reutilizar animales en un procedimiento cuando la normativa aplicable no lo permita o conservar con vida un animal utilizado en un procedimiento cuando la normativa aplicable lo prohíba.

Realizar cualquiera de las actividades reguladas en esta ley sin contar con la autorización administrativa o la inscripción registral exigible según las normas de protección animal aplicables.

Llevar a cabo procedimientos de vivisección en escuelas primarias y secundarias.

Abandonar a un animal.

3. Son infracciones leves:

El incumplimiento de obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto al cuidado y manejo de los animales, siempre que no se produzcan lesiones permanentes, deformidades o defectos graves, o la muerte de los animales.

Art. 14. *Reincidencia.*

1. Existe reincidencia si se produce la comisión de más de una infracción de la misma naturaleza en el término de un año y así se declara en la nueva resolución sancionadora, siempre que asimismo la primera resolución sancionadora fuera firme en vía administrativa. La fecha a partir de la cual se contará dicho plazo será el día que conste en autos que cometió la primera infracción o, si es continuada, desde el día que dejó de cometerla.

2. La reincidencia tendrá como consecuencia el incremento de la sanción correspondiente.

Art. 15. *Sanciones.*

1. Por la comisión de infracciones en materia de protección de los animales, podrán imponerse las siguientes sanciones:

En el caso de infracciones muy graves, se aplicará una multa de \$6000 a \$100.000.

En el caso de infracciones graves, se aplicará una multa de \$1000 a \$6000.

En el caso de infracciones leves, se aplicará una sanción de multa menor a \$1000 o apercibimiento.

2. Cuando un solo hecho sea constitutivo de dos o más infracciones, se sancionará solamente por la más grave.

Capítulo III

Potestad sancionadora de la Autoridad de Aplicación.

Art. 16. *Infracciones y sanciones.*

1. Son infracciones graves, además de las previstas en el art. 13.2º, las siguientes:

El incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto al cuidado y manejo de los animales, cuando produzca lesiones permanentes, deformidades o defectos graves en los mismos.

Utilizar perros o gatos vagabundos en procedimientos.

La oposición, obstrucción o falta de colaboración con la actuación inspectora y de control de las Administraciones públicas, cuando impida o dificulte gravemente su realización.

2. La oposición y falta de colaboración con la actuación inspectora y de control de las Administraciones públicas cuando no impida o dificulte gravemente su realización será considerada, en todo caso, como una infracción leve.

3. Se aplicará un límite máximo de \$100.000 y \$1000, respectivamente, para sancionar con multa las infracciones muy graves y las infracciones leves.

4. La comisión de infracciones graves y muy graves puede llevar aparejada la imposición de las siguientes sanciones accesorias:

Medidas de corrección, seguridad o control, que impidan la continuidad en la producción del daño.

Decomiso de los animales.

Cese o interrupción de la actividad.

Clausura o cierre de establecimientos.

Art. 17. Graduación de las sanciones.

Las sanciones pecuniarias se graduarán en función de los siguientes criterios: los conocimientos, el nivel educativo y otras circunstancias del responsable, el tamaño y la ubicación geográfica de la explotación, el grado de culpa, el beneficio obtenido o que se esperase obtener, el número de animales afectados, el daño causado a los animales, el incumplimiento de advertencias previas y la alarma social que pudiera producirse.

Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, el órgano sancionador podrá establecer la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones de menor gravedad que aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.

El órgano sancionador podrá reducir la cuantía de la sanción pecuniaria hasta en un 20 por ciento si el presunto infractor reconoce la comisión de la infracción, una vez recibida la notificación de la incoación del procedimiento sancionador, sin efectuar alegaciones ni proponer prueba alguna.

Asimismo, podrá incrementar la cuantía hasta en un 50 por ciento si el infractor es reincidente. Si la reincidencia concurre en la comisión de infracciones leves, no procederá la sanción de apercibimiento.

Art. 18. Competencia sancionadora.

La iniciación, instrucción y resolución del procedimiento corresponderá a la dependencia administrativa que tenga atribuidas las funciones en materia de protección animal.

Las sanciones aplicadas, cuando se trate de infracciones muy graves o graves, podrán ser recurridas ante el juez de primera instancia que corresponda según la jurisdicción, sin perjuicio de los recursos extraordinarios a que se tenga derecho.

Art. 19. Medidas cautelares.

En los casos de grave riesgo para la vida del animal, podrán adoptarse medidas cautelares para poner fin a la situación de riesgo para el animal, antes de la iniciación del procedimiento sancionador. Entre otras, podrán adoptarse las siguientes:

La incautación de animales.

La no expedición, por parte de la autoridad competente de documentos para el traslado de animales, previstos en la normativa vigente.

La suspensión o paralización de las actividades, instalaciones o medios de transporte y el cierre de locales, que no cuenten con las autorizaciones o registros preceptivos.

Art. 20. Medidas no sancionadoras.

No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos o instalaciones que no cuenten con las previas autorizaciones o registros preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de protección animal.

Art. 21. Multas coercitivas.

En el supuesto de que el interesado no ejecute las medidas provisionales, cumpla las sanciones impuestas o las medidas previstas en el art. 20, la autoridad competente podrá requerir a los afectados para que, en un plazo suficiente, procedan al cumplimiento de aquellas, con apercibimiento de que, en caso contrario, se impondrá una multa coercitiva, con

señalamiento de cuantía y hasta un máximo de un salario mínimo legal por cada día de mora.

Art. 22. Se invita a las provincias a adherir a la presenta ley de bases, dictando las respectivas normas reglamentarias locales.

Art. 23. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

Jorge Reinaldo Vanossi. Diputado de la Nación. ♦

LA FAMILIA EN LA VIDA Y EN EL DERECHO

POR EMILIO P. GNECCO (*)

1. “La familia es la más antigua y natural de las comunidades humanas”, clara y llana afirmación de Jean Jacques Rousseau que me recordaba hace poco un distinguido académico en una carta que mucho agradezco. Sin duda ello es así y dentro de los márgenes de este trabajo, voy a intentar poner de relieve aspectos que hacen a la evolución de la familia en la vida de las sociedades del occidente desde épocas muy remotas (a veces difíciles de determinar) (1) y de alguna forma destacando también, las reglas del derecho que indudablemente se vendrán derivando sobre todo desde lo que pudo ser considerado como el legado greco romano. Surgen tales datos y caracteres, de los estudios de quienes se han ocupado del tema en distintas investigaciones sobre las transformaciones de la idea de la familia. Por lo tanto, daremos noticia acerca de los tipos de agrupamientos familiares que se han dado en reconocer como los primeros en pueblos muy antiguos. Y luego, como diversos factores incidirán en la determinación del concepto familiar en los distintos períodos de la vida de las sociedades, conduciéndonos hacia la idea de la familia en la época moderna y contemporánea. Estas consideraciones, por consiguiente, necesariamente involucran sociología e historia por cuanto, como precisamente lo señalaba un distinguido profesor del derecho de familia, Enrique Díaz de Guijarro, que nos honró siempre con su trato cordial, “la evolución de la familia no constituye un fenómeno aislado dentro del desarrollo histórico de las sociedades, sino que siempre se vincula con el desenvolvimiento de la organización social y política de los pueblos” (2).

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 25 de septiembre de 2014.

(1) Decimos de Occidente, dejando de lado formas familiares que podrían derivarse de antecedentes de culturas de Oriente como la egipcia o de viejas compilaciones como los libros sagrados de India: Leyes de Manu y sus libros sagrados Vedas (Rig-Veda; Sauma-Veda y Atarwa-Veda) varios siglos antes de Jesucristo; o el antiquísimo Zen-Avesta de los persas; el Tora de los judíos; el Corán musulmán y el Tao y el Budismo o Confucio en China y la propia Biblia de Jerusalem.

(2) Enrique DÍAZ DE GUIJARRO *Tratado de derecho de familia* t. I, nro. 159 p. 245. Particular incidencia sobre la familia le adjudica este autor al desenvolvimiento de la propiedad y de las reglas de sucesión.

2. *El sentimiento gregario desde los primitivos agrupamientos.* Quienes han indagado acerca de los orígenes de los agrupamientos de las personas que pasarán a conformar lo que se denominará como familia (3), han puesto en evidencia el ancestral sentimiento gregario del hombre. Esos agrupamientos aparecen así nacidos de la propia naturaleza del ser humano, lo que fundamenta la afirmación de que el grupo familiar, o sea la familia, es anterior al propio estado y responde a esa atávica inclinación del humano de buscar el necesario acercamiento del hombre con la mujer.

El concepto de familia no ha existido de igual manera en todo momento de la vida del hombre, no obstante que cobrará trascendencia determinante la configuración del tipo de familia que surgirá de aquellas grandes culturas como fueron la griega y la romana. Según han puesto de relieve los estudiosos del tema, desde el punto de vista sociológico “la familia propiamente dicha nunca ha permanecido estacionaria, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a uno más alto”, (4) pero en todos los casos nutriéndose del mismo instinto natural que lleva a las personas a vincularse entre los sexos. Tal evolución hacia grados superiores de convivencia (grados superiores de civilización) se comprueba al considerarla desde los tiempos más lejanos. En ese sentido me he dejado llevar en estas consideraciones sobre la *familia en la vida del hombre*, por los interesantes trabajos tanto de Morgan, como de Bachofen, Mac Lennan, Engels o Girar de Teulón (5), quienes analizando los mas remotos datos, dan en describir en épocas

(3) Aunque no siempre se coincide con la etimología de la palabra “familia” se ha considerado que viene del latín “famulus” que alude a sirviente o esclavo. En Roma se lo vinculaba con esclavos pertenecientes a una casa y extensivamente se comprendía a la propia casa incluida a las personas libres o esclavos que vivían en ella. También en Roma como “res familiaris” se aludía al patrimonio que correspondía al propietario de una casa. Con el término “familiaris” asimismo se designaba a persona muy cercana o amigo (Cicerón tituló ciertas cartas “Epistulae ad familiares”). Otros vinculan la voz “famulus” y “familia” a la raíz “fames” (hambre), relacionando al grupo de las personas que se alimentan en una misma casa. El Diccionario de la Real Academia Española da como primera acepción de la palabra al “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” (T. I, Madrid, 1992 p. 949).

(4) Federico ENGELS “El origen de la familia, la propiedad y el estado”, Claridad, 10^o edic., 1974, p. 27.

(5) Lewis H. MORGAN “Sociedades primitivas” UNLP 1935; con citas de BACHOFEN S. “Derecho materno” y de MAC LENNAN J. F. “Estudios de historia antigua”, “El primitivo matrimonio”; GIRAR TEULON A. “Los orígenes del matrimonio y de la familia”, Madrid, 1914; ENGELS F. “El origen de la familia, la propiedad y el estado”, ya citado.

muy antiguas de la historia (6), una primitiva unión de hombres y mujeres pero en un estado de total promiscuidad. Lewis Morgan (abogado y arqueólogo, que estudió y aun vivió con indígenas de Norteamérica) aludiendo a ese primitivo agrupamiento social lo señala como sujeto a una vida sin normas o disciplina alguna y sometido a despóticos poderes masculinos. Eran grupos que se ligaban por vínculos promiscuos de “consanguinidad” —eran comunes las relaciones entre hermanos o entre padres con sus hijas— y por ello de carácter “endogámicos” (la elección de los componentes era dentro del mismo grupo de personas consanguíneas). En ese estado no era posible distinción alguna: todos los hombres pertenecían a todas las mujeres y todas las mujeres pertenecían a todos los hombres.

3. Los primeros grupos familiares. Las relaciones promiscuas y muy primitivas fueron abandonándose al tiempo que comenzaban a rechazarse las uniones de padres con hijas o entre hermanos. Así, siguiendo con los trabajos de Morgan, este considera que luego de la promiscuidad consanguínea, el primer orden de organización familiar lo constituye lo que se llamó *familia punalúa* (“compañero/a íntimo” en el significado según el idioma de las muy primitivas tribus de la polinesia), determinada por la unión “entre grupos”. Constituye en cierta forma un adelanto en relación a la consanguinidad promiscua, pues los hermanos no se unen a sus propias hermanas sino que pasan a unirse a mujeres de otros grupos distintos: un grupo de hermanas eran el núcleo de una comunidad y sus hermanos carnales eran el núcleo de otra comunidad (7). Se diferenciaban comunidades de hermanos y comunidades de hermanas y quedaba eliminada la idea de uniones entre los propios hermanos y luego también entre primos hermanos (8). Según lo anota María Témpera de Devoto, profesora de Familia en la Universidad del Salvador, algún tipo de esta antigua forma familiar punalúa también podía rastrearse en América en el Imperio Incaico (9).

(6) La época prehistórica es anterior a la época o edad antigua, comprendiendo ésta última del año 4000 AC hasta la caída del Imperio Romano de Occidente ocasionada por los bárbaros en el año 476 DC.

(7) Es decir, cierto número de hermanas eran mujeres comunes a sus maridos comunes que no eran sus hermanos (entre sí esos maridos no se llamaban hermanos sino “punalúas” —compañeros—); de igual manera una serie de hermanos tenían una relación común con cierto número de mujeres que no eran sus hermanas (llamadas entre sí “punalúas”).

(8) El rasgo de esta familia punalúa era entonces una comunidad recíproca de maridos y mujeres dentro de un determinado círculo “familiar” en el quedaban excluidos los hermanos carnales.

(9) Rita María TÉMPERA DE DEVOTO “Familia: identidad y pertenencia”, 2009, p. 39.

A diferencia del primitivo grupo promiscuo consanguíneo que era endogámico, en la familia punalúa se da la “exogamia”, con el intercambio de los grupos distintos entre los que se produce la alianza (las hermanas y un grupo extraño de hombres se pertenecían mutuamente). Por cierto que en este tipo de familia desaparece la certeza sobre la paternidad y la línea de pertenencia (parentesco) solo se podía establecer por línea materna.

4. Una segunda forma familiar en las sociedades de esas muy antiguas épocas, o tercera si tenemos en cuenta el grupo promiscuo aludido inicialmente, que se pone de manifiesto en los trabajos de quienes se ocupan de la cuestión, es la llamada familia *sindiásmica* (10). Ya en la familia punalúa se pudo advertir que comenzaron a formarse “parejas conyugales” unidas por un tiempo relativamente largo y así se llega a que las uniones “por grupos” se sustituyen por la “familia sindiásmica”, en la que un hombre vive con una mujer que elige entre las numerosas que tiene, aunque se mantiene la poligamia (un hombre con diversas mujeres), pero no la poliandría (una mujer con diversos hombres). No obstante dice Engels, que esta familia sindiásmica es propia de épocas primeras de barbarie, y que “la evolución de la familia en la historia primitiva consiste en estrecharse constantemente el círculo en el cual reina la comunidad conyugal entre los dos sexos, que en su origen abarca a la tribu entera. La exclusión progresiva, primero de los parientes cercanos, después de los más o menos lejanos y luego de los que son simples parientes por alianza, hacen, por fin, imposible en la práctica toda especie de matrimonio por grupos (f. punalúa); en último término —agrega Engels— no queda sino más que la pareja provisionalmente unida por un vínculo en esos tiempos aún muy frágil” (11).

Con la familia sindiásmica y a fin de poder los hombres vincularse a mujeres fuera del grupo al que pertenecen (intercambio exogámico), empieza el rapto y la compra. En la familia sindiásmica se trata de parejas solas aunque sin cohabitación exclusiva (se dejaba la comunidad familiar de los “grupos” y se empezaba a reducir la relación familiar al hombre con la mujer), comenzando con este tipo de familia a presentarse un perfil “monogámico” circunscripto a la mujer pues se mantenía la poligamia. En esos antiguos tiempos en la familia sindiásmica existía la práctica que implicaba que la mujer al fallecer el marido y enviudar pasaba al “poder” del hermano del difunto o podía ser dada a otro hom-

(10) Vocablo con significado de organización que protege intereses y bienes comunes.

(11) Federico ENGELS “El origen de la familia, la propiedad y el estado”, citado, p. 55.

bre de la tribu o clan (12). Aparece además en la familia sindiásmica la filiación “patrilínea” (línea del padre) a diferencia de los grupos consanguíneos promiscuos y la familia punalúa en que la línea es por vía de la madre.

5. *Factores que incidirán sobre la cohesión familiar.* La evolución de la vida del hombre da lugar, como lo venimos diciendo, a una búsqueda y reconocimiento de relaciones entre los individuos destinadas a mantenerse formando entre ellos un estado gregario o familiar. Y si bien en los primitivos agrupamientos el sentido de cohesión reposaba esencialmente en un factor de orden *biológico* (predominio de los instintos), con el tiempo esa cohesión del grupo se ira combinando con factores de orden *psicológicos* y también con intereses de carácter *patrimonial*. Rébora así lo explica: “El grupo desde los primitivos tiempos vendrá configurándose alrededor de una necesidad orgánica que se satisface con la unión sexual (que asegura la perpetuación de la especie humana), pero tan pronto esa unión sexual deja de ser la relación salvaje y primitiva y comienza a transformarse con un cierto grado de convivencia entre los individuos, nacen factores psicológicos, asentados fundamentalmente en la función maternal, que adquiere por lo tanto un sentido relevante como hecho biológico y determinante del perfil que comenzará a tener lo que ha de constituir la familia en la vida”. Estos elementos (biológico y psicológico) que contribuyen a la perdurabilidad de tales uniones de las personas, se proyectarán también desde los primeros tiempos hacia un “*interés de orden patrimonial*”, que desde la etapa de la familia sindiásmica, puede comenzar a descubrirse en el interés por la defensa de la tierra familiar y del producido de labores como la agricultura y la ganadería. Es decir, que el núcleo de individuos así vinculados por lazos biológicos y psicológicos (amor, apoyo, abnegación, reconocimiento, respeto), es llevada a organizarse ella misma en la vida de las personas dándose hacia un interés de cooperación en sentido económico” (13). De tal manera, como dice también el propio Rébora, “lo biológico, como lo psicológico, como lo patrimonial, están en el comienzo y siguen estando después en la esencia de todo vínculo de verdadera familia” (14).

La familia entonces, que antes se encontraba entremezclada y poco diferenciada dentro del mismo grupo comienza en el tiempo, a adquirir

(12) Práctica del “levirato” y “sororato”: Rita María TÉMPERA DE DEVOTO “Familia: identidad y pertenencia”, 2009, p. 51.

(13) Juan C. RÉBORA *La familia* t. I, p. 29 y ss.

(14) Juan C. RÉBORA, ob. cit. ídem de ídem.

sus propios contornos (15) y constituirse en una agrupación social con proyección tanto política, como económica y aún como religiosa (16). Pero en ese camino debe decirse que el desenvolvimiento de las sociedades humanas, con la aparición de organizaciones de personas encargadas del gobierno político del conjunto, va a ir desprendiendo al grupo familiar de tal preocupación general, ubicando a esa agrupación familiar con una indicación fundamentalmente de comprender a su entorno y a sus integrantes bajo la autoridad de un jefe y como una unidad en sí misma, que actúa en relación a su propia subsistencia (unidad económica, atendiendo al cultivo de la tierra, producción de los distintos elementos necesarios para su sustento —alimentos e indumentaria—). En sentido coincidente con lo señalado por Rébora, Díaz de Guijarro escribe que “la familia va quedando reducida a una función particular y propia, que es biológico-espiritual (procreación y amor)”; pero destacando, como no podría ser de otra manera, que aún así, la familia no puede dejarse de constituir en “el factor de la acción humana”, pues no puede dejar de asimilar los distintos problemas en cuanto éstos “concernan a la organización general de la sociedad y a la interdependencia recíproca entre la libertad, el individuo y la propia familia” (17).

6. *El legado greco romano.* Desde la perspectiva anotada, dejados atrás los primitivos agrupamientos familiares, y sin perjuicio de que en el mundo griego y romano de los tiempos muy primeros la idea de familia era imperfecta pues predominaba la vida pública sobre la privada y la esclavitud terminaba todo tipo de familia para el sometido, desde la antigüedad son esas civilizaciones con el desarrollo de sus costumbres y las reglas de derecho que concebirán, las que legarán hacia occidente un concepto de vida familiar que comienza desde esos tiempos a difundirse en la vida de los pueblos. La familia propiamente dicha entonces, que antes se confundía con el grupo puede decirse que aparece fundada en la paternidad y recién cuando el jefe —que antes se confundía con el jefe del Estado— comienza a no ser considerado “padre común”. La familia así llamada *familia patriarcal* se va a ir reuniendo alrededor de un líder (o jefe), “pater familia”, que tendrá varias mujeres y que detenta un verdadero poder sobre todos y a través del cual se generará la residencia del grupo familiar y el parentesco. Hasta entonces, es decir hasta esta familia romana, y sin perjuicio del respeto que en los distintos pueblos

(15) Aparece el jefe que no se confunde ya con el “jefe del estado” y “padre común”.

(16) Desde las primitivas tribus y gens romanas, fratrias griegas y clanes germanos.

(17) Enrique DÍAZ DE GUIJARRO *Tratado de derecho de familia* t. I, nro. 158 p. 243/244.

podía llegar a observarse sobre costumbres y tradiciones relacionadas con la vida de las personas, los grupos primitivos promiscuos, o las familias punalúas o sindiásmicas, no estaban sujetos, en rigor, a principios o reglas escritas fijadas y determinadas con proyección general.

La familia empieza así, fundamentalmente en las sociedades del occidente, a adquirir una importancia cada vez mayor. En la Grecia antigua dice Devoto que “no era posible reconocer una ciudad sin incluir en ello a las familias”. Para ser ateniense se necesitaba ser parte de una familia: un hombre sin familia no era considerado ciudadano ateniense. Definen la familia como la *unidad primaria* sin la cual no es posible vivir y sin la cual no se puede ser parte de la ciudad: la familia es la que hace de conexión entre la persona y la ciudad. La familia constituye “una comunidad” y varias de estas comunidades forman una aldea y la reunión de varias aldeas forman la ciudad (18). De la misma manera, en Roma varias gens formaban la “*curia*” y estas en conjunto constituían las “*tribus*” que reunidas daban lugar a la ciudad. Se decía que el estado Romano fue una “federación de familias”, de grandes familias, representadas por el “jefe patriarcal”. La familia en Roma va surgiendo lentamente del clan consanguíneo de los descendientes en las gens y que llevan el mismo nombre y estaban bajo la autoridad de un jefe. Estos agrupamientos familiares en los tiempos del imperio romano estaban siendo incididos por normas de derecho contenidas desde las antiguas compilaciones, de tal manera que podía decirse que la familia romana que reconocía desde luego la natural inclinación social de vincularse y unirse entre el hombre y la mujer, era una “creación del derecho civil de la ciudad”, y de la “existencia de la propia familia” dependían todos los derechos civiles que sus miembros tenían respecto de otros: si se está en la familia se participa de esos derechos y si no se está no se tiene ninguno. La familia romana comprendía formando parte de ella a los “agnados” desprendidos del parentesco por consanguinidad y sujetos a la patria potestad, pero se consideraba que podían pasar a formar parte de la familia extraños de sangre pero que se sometían a esa potestad. Como contraparte, quienes formaban parte de la familia podían dejar de pertenecer a ella si dejaban de estar sujetos a la potestad del pater: si el hijo dejaba de aceptar tal sumisión dejaba de ser agnado. La familia romana fue inicialmente un pequeño estado que tenía en su cabeza a un soberano con amplitud de poderes, de ahí que la consideración de la familia romana principia por una “teoría del poder” que luego se atemperará por la concepción del

(18) Rita MARÁ TEMPERA DE DEVOTO “Familia: identidad y pertenencia”, 2009, p. 57/58.

matrimonio como base de la misma, el cual podía tener lugar de varias maneras (19).

En la sociedad romana la idea del “status” se componía de tres elementos: la libertad (*libertas*), que en un primer momento distinguía las personas según fueran libres o esclavas (independientes o propiedad de otros), la ciudad (*civitas*), que daba lugar a los ciudadanos o extranjeros (“*civis*” o “*peregrini, hostes*”) y la familia, respecto de la cual las personas serán “*sui juris*” o “*alieni juris*” según gozaran de independencia o estuvieran sometidos a la dependencia de otro. En resumen, el rasgo típico de las estructuras que conformaban la familia romana de esos primeros tiempos se levantaba sobre una sólida jefatura del pater familia (acentuación de los poderes concernientes a la “*patria potestad*”)(20). En aquella familia romana todos pasan a ser “*alieni juris*” y cualquier derecho es adquirido por medio del jefe a cuya potestad se encuentran sometidos: hay unidad de personas y de patrimonio para la familia entera y el jefe reúne en sí la capacidad jurídica de todos los miembros de ella (21). En fin, la familia romana con el tiempo se desarrolla sobre vínculos de sangre y no sobre los ficticios de la agnación y fundada sobre bases jurídicas que reconocían a la familia autonomía frente al estado. Pero los autores admiten que la familia romana había alcanzado a constituir-

(19) El matrimonio de los patricios por “*confarration*” en presencia de 10 testigos en el que el marido adquiría la “*manu*” y en ella la mujer era considerada como hija legítima del marido, hermana de sus hijos y nieta del pater familia; entre los plebeyos la “*coemptio*” que era cuando se “compraba a la mujer al padre o tutor, en presencia de 5 testigos; y el matrimonio por el “*usus*”, entre personas más pobres, que era la adquisición de la autoridad marital por la posesión continua de la mujer durante un año —especie de prescripción adquisitiva—. También en Roma existió el “*concubinatio*”, aunque algunas reglas determinaban que el casado no podía tener concubina (que era la mujer con la que convivía pero con la cual no había contraído matrimonio) y el que vivía en concubinatio no podía tener varias concubinas al mismo tiempo. La mujer concubina perdía “la dignidad de esposa” pues no es “tal la voluntad del hombre que vive con ella...”, v. Namur... p. 109. El “*stuprum*” era expresión general que designaba todo comercio ilícito con menores y los hijos de tal relación “*¡Sauri vulgo quoesti*” se los consideraba como que no tenían padre conocido. De igual manera se discriminaba en cuanto a hijos adulterinos (de personas casadas) o incestuosos (de personas unidas por parentesco). Por último la unión de esclavos entre sí o con personas libres quedaba abandonada al puro derecho natural v., M. ORTOLÁN “Derecho romano” p. 40.

(20) P. NAMUR “Curso de instituciones y de historia del derecho romano” p. 60. En ese núcleo familiar romano la mujer aunque inicialmente fuera *sui juris* nunca podría llegar a tener la patria potestad ni transmitir a otro “su familia” pues desde el punto de vista civil entrada a la familia de quien contraía con ella matrimonio ella era necesariamente el término de la suya propia (ULPIANO: “*mulier autem familiae suae et caput, et finis est*”).

(21) P. NAMUR ob. cit., p. 60.

se en un grupo demasiado extendido (amplio) que llegaba a comprometer su propia cohesión.

7. Influencia del cristianismo en la vida familiar. En la rápida recorrida que estamos exponiendo, no puede dejarse de señalar que el cristianismo, a su turno, influirá determinadamente sobre la familia patriarcal romana. Con Constantino (22), comienza a introducirse en la legislación la “concepción de la familia cristiana”. Este nuevo concepto encerraba la idea de una familia conyugal fundada en un sacramento, o sea, que la unidad y cohesión de la familia encontraba ahora su basamento esencialmente sobre el sacramento del matrimonio (“vínculo sagrado”), lo cual conducía a que dentro de tal familia la “autoridad” que podía ejercerse, y que se mantenía en cabeza del jefe de ella, debía serlo ya no tanto como un poder “desmedido” sino apoyada en el amor y respeto entre los cónyuges y sobre los hijos (23). El cristianismo marcaba una reacción, pues la familia se asentaba en una “unión de almas”, contraponiéndose a la idea de la familia primitiva en la que predominaban los instintos y la idea de poderes despóticos de los jefes. Se inicia por este camino el reconocimiento cada vez más de la “monogamia”, lo que eleva la condición de la mujer en la familia que formaba. La tendencia hacia la monogamia —debe en rigor aclararse— no es un estado familiar natural según quedaba reflejado en el desenvolvimiento de las distintas sociedades, pero se ha hecho notar según lo remarca Adrián Sappeti, Presidente de la Sociedad Argentina de Estudios Humanos, que aparece “en un momento de la historia de la humanidad... constituyendo una contribución cultural que le pone un poco de orden a la civilización...”

8. Sobre la familia romana cristiana vienen luego a repercutir las costumbres de los *pueblos bárbaros*, comunidades que como se sabe invaden y provocan la caída del imperio de occidente (24). Estos pueblos bárbaros —en particular los germanos (25)— mantenían entre ellos la división entre hombres libres, esclavos y libertos y en relación a los gru-

(22) Emperador que en el año 306 DC lleva la capital del Imperio Romano a Bizancio, que toma el nombre de Constantinopla.

(23) La autoridad del cabeza de familia que se entiende que viene de “Dios” y que debe ser ejercida con amor y respeto mutuo, se fue convirtiendo en una atribución que comenzaba a implicar obligaciones morales y jurídicas.

(24) Hacia el año 476 DC que marca el término de la edad antigua y el comienzo de la Edad Media.

(25) Visigodos en España, ostrogodos y longobardos en Italia, los francos en la Galia, los vándalos por la península ibérica hasta el norte de África, los anglos y los sajones en Gran Bretaña, los burgundios en el valle del Ródano (Suiza y Francia) y los suevos en noroeste de Hispania.

pos o familias debe decirse que consideraban que las mujeres, que no eran aptas para las armas, para poder ser objeto de protección debían someterse al “mundio” (ámbito de poder) ya sea del padre, de su marido, de sus hijos o parientes y a falta de éstos del “mundio real”. Se le llegaba a permitir al hombre la poligamia y el repudio. Estos grupos o familias vivían en pequeñas comunidades llamadas “sippe”, que se componían de los individuos unidos por vínculos de sangre y existía entre los miembros de la familia la mayor solidaridad: cuando se turbaba la paz de la familia esta se congregaba y tomando las armas comenzaba una guerra que se consideraba sagrada. (26) A diferencia de la “dote romana” que era aportada por la mujer para lograr el matrimonio, entre los bárbaros se hacía referencia continua al “precio” que era en realidad el precio de compra de la mujer por parte del hombre y dada a sus parientes. Sin embargo, dice D’Aguanno en su libro “Genesis del derecho civil”, que “la organización de la familia de los bárbaros en las tierras conquistadas no llegó a cobrar un sentido excesivamente despótico, pues se dio el hecho que en muchos casos los ciudadanos de las regiones invadidas no solo no abandonaron su fe cristiana, sino que la transmitieron a los bárbaros instalados en esas regiones, los que a su vez sirvieron de trampolín a los misioneros que cristianizaban las poblaciones de lo que era Europa” (27).

9. En el Medioevo (28) la familia era un grupo esencial en las sociedades, pero sobre esa organización familiar influyen indudablemente las características de la época, que no tiene precisamente por base la solidaridad ni la igualdad sino más bien la diferenciación entre los miembros de la sociedad feudal (nobles, eclesiásticos, libres y esclavos). La posición de la mujer en la familia es notoriamente inferior a la del hombre: formaba la familia pero no podía verificar ningún acto sin el consentimiento del marido, en un régimen casi militar en el que solo los hombres que eran los que manejaban la espada eran quienes podían tener propiedad y derechos. Sin embargo, se ha hecho ver que en ese periodo feudal, entre las familias populares, influenciadas al mismo tiempo por las ideas del cristianismo, comenzó a desarrollarse un sistema familiar cuyos vestigios en una evolución posterior habrán de reconocerse en las bases de la familia moderna, con vínculos domésticos y sentimientos de familia (sobre todo entre padre, madre e hijos), vínculos afectivos, de so-

(26) SCHUPFER C. “La familia entre los longobardos” p. 5.

(27) D’AGUANNO J. “Génesis del derecho civil”, Madrid, p. 304. Asimismo HAVEL J. E. “La condición de la mujer”, Eudeba, p. 33.

(28) La Edad Media va desde el año 476 DC hasta el año 1453, cuando se produce la toma de Constantinopla por los turcos.

lidad y ayuda mutua, y la idea de que el hombre como jefe del hogar debía actuar en interés común de todos los integrantes del grupo (29).

10. Antecedentes en América y particularmente en la Argentina. En este bosquejo que venimos haciendo, algunos antecedentes se pueden destacar sobre la familia en la sociedad que se vino a desenvolver en las regiones de América, descubiertas, conquistadas y colonizadas a partir del siglo XV. En esas épocas se dio que los españoles que llegaban encontraban poblaciones indígenas con propias costumbres y vida familiar, con la poligamia y el repudio como instituciones muy extendidas entre los pueblos precolombinos. Por ello junto con la concepción familiar que se traía de Europa, la gran tarea fue tratar de lograr que esas poblaciones autóctonas adoptaran tal tipo de familia matrimonial (30). Ello no fue nada fácil por cuanto, como lo señala Devoto en la obra que ya hemos antes citado, en el momento de la conquista de América "...los muy primitivos pobladores del territorio se encontraban en etapas infe-

(29) El feudalismo poco a poco va perdiendo su carácter militar. En Inglaterra la Carta Magna (1215 del Rey Juan Sin Tierra otorgada al clero y la nobleza y base de las libertades inglesas), puso freno a los poderes absolutos del hombre como jefe de la familia y llegó a permitir a la mujer rechazar a su marido si era indigno de ella y si era viuda continuar en ese estado, no obstante que la mujer era mantenida con incapacidad. En España Las partidas hacia mediados del siglo XIII marcó una verdadera evolución. Si bien copio el derecho romano, la Partida IV la dedica a la familia y el matrimonio y al igual que lo que acontecía con la evolución del derecho romano, la mujer apareció con mayor capacidad y si bien la familia reconocía un cabeza de familia, se guardaba silencio sobre la "licencia marital": v. "El gobierno de la familia" citado, p. 63.

(30) Desde la América precolombina pueden distinguirse tres grandes poblaciones indígenas con la que los europeos se encontraron en América: en A. del Norte, los Aztecas en la región de Méjico —con los pieles rojas en EE.UU.— organizados en Clanes, con un Consejo de Ancianos y con la autoridad suprema de quien llamaban Tatlocan. Había familias organizadas bajo sus costumbres y se celebraban ceremonias de casamientos (v. H. TREVISAN y J. SINLAND "Manual de Hist. Argentina. Periodo Hispánico", p. 5 y ss.). En A. Central los Mayas (Guatemala, Honduras y El Salvador) Su orden social estaba fuertemente vinculada a la religión. El clan es la célula social (varios clanes una Fratria y varias Fratrias una Tribu) se reconocen grupos familiares, con casamientos pomposos. En A. del Sur los Incas (Perú, Bolivia extendidos por conquistas a Ecuador, Chile y regiones del NO de Argentina hasta Córdoba) fue el pueblo más civilizado de toda América (TREVISAN y SINLAND, ob. cit. p. 6) La cabeza era el Inca, soberano supremo, y considerado sagrado asistido por un Consejo. En las clases altas existía la poligamia y para las demás la familia era monogámica, no obstante que el hombre principal de la casa tenía entre dos o más esposas (DEVOTO "ob. cit." p. 73), pero los esposos eran elegidos en una ceremonia anual por el funcionario del Inca. La mujer tenía una función elevada en criar los hijos, cuidar la casa, ayudar al marido en las tareas agrícolas... Las mejores se destinaban al Inca que tenía un gran número de concubinas.

rior o media de barbarie”. En su mayoría eran nómades y guerreros, “su organización era en grupos y vivían en casas colectivas... practicaban la poligamia y la poliandría, la endogamia y también la exogamia que se producía, esta última, por la venta y compra de mujeres” (31).

En lo que concierne especialmente a los antecedentes de la familia en la sociedad que se formaba en la argentina, debemos decir que la concepción familiar europea (occidental y cristiana) que traían los descubridores y colonizadores españoles y portugueses, también se encontraba en estas tierras con pueblos indígenas en estado salvaje que estaban en el territorio argentino distribuidos en diversas tribus (32). Durante la colonización, al mismo tiempo que se instalaban las familias matrimoniales de los españoles y de los criollos, se trataba de lograr el cambio de las prácticas grupales o familiares de los indios nativos por el modelo de familia cristiana que era la patriarcal (evangelización: costumbres y valores nativos por los cristianos), donde el matrimonio era monogámico y se consideraba indisoluble (33). Pero el abandono de la poligamia por parte de los naturales después de la conquista y durante la colonización resultaba también en esta región muy dificultoso “entre otras cosas por su calidad de

(31) Rita M. TEMPERA DE DEVOTO “Familia: identidad y pertenencia” 2009, p. 79.

(32) Siguiendo a H. TREVISAN y J. SINLAND “Manual de historia argentina. Período hispánico” p. 35 y ss. puede señalarse: En la Zona Noroeste y Centro (Jujuy, Catamarca, La Rioja, Tucumán, San Juan y partes de Salta, Santiago del Estero, San Luis, Mendoza y Córdoba) estaban los diaguitas (llamados por otros calchaquíes) que fueron quizá los más evolucionados por su contacto con los Incas con un modelo de familia sindiásmica (DEVOTO, ob. cit., p. 79 y ss.); en la región Central (Chaquense: Chaco, Formosa, partes de Salta, Santiago del Estero, Tucumán y norte de Santa Fe, y Litoral: Misiones, Corrientes, Entre Ríos y norte de Bs. Aires) los matacos y charrúas (éstos últimos propios del Uruguay) en donde el estado de barbarie los podía situar dentro de la familia punalúa; en la Región Pampeana (Buenos Aires, partes de Santa Fe, Córdoba, San Luis y Mendoza, La Pampa y Neuquén) con querandíes y araucanos (éstos originarios de Chile), los grupos familiares estaban con estado de salvajismo con familia consanguínea en donde se podían celebrar uniones entre hermanos y otros con modelos de familia punalúa; y en la Región Patagónica y fueguina (Río Negro, Chubut, Santa Cruz, parte de Neuquén y T. del Fuego) tehuelches y más al sur onas y yaganes, forma de familia punalúa, con poligamia y poliandría (v. también DEVOTO, ob. cit. p. 79).

(33) En la evangelización de los indios se crearon lo que se llamaron las encomiendas que significaban que un español o encomendero se hacía cargo de un grupo de indígenas para teóricamente civilizarlos y al mismo tiempo beneficiarse con su trabajo; las mitas que eran referidas al trabajo en los yacimientos mineros en los que recibían un salario; y el yanaconazgo, que era el sometimiento de los indios por la fuerza para el trabajo en el campo. En realidad las misiones fueron el sistema más humanitario y que mejores efectos tuvo.

hábito inveterado...y porque en su aspecto sociopolítico, la pluralidad de mujeres constituía entre los aborígenes un signo de poder...” (34) Desde ya que el desarrollo de la familia argentina, se vio también comprometido en los primeros tiempos por otras circunstancias que eran propias de esa etapa: por lo pronto los españoles, como lo dice la académica de la Historia Rapodaz Ardanaz en su libro “El matrimonio en Indias”, en las épocas de la colonización se daba que en general los hombres no viajaban con mujeres peninsulares lo cual, “sumado a las costumbres indígenas, resultaba propicio para que los conquistadores formaran grupos convivientes con las aborígenes pero incurriendo comúnmente en una poligamia” (35). Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la relación con los indios no siempre fue pacífica de ninguno de los dos lados (36).

En los primeros tiempos junto a los españoles y a los criollos —hijos de españoles ya en el país—, aparecieron rápidamente los mestizos —hijos de españoles con indias: “mancebos de la tierra”— que no tuvieron mucho favor en aquellas épocas, asociándolos siempre con la idea de uniones irregulares —ilegítimas— (37) que se apartaban de la familia matrimonial. Se dio también en la época inicial, fuera del concepto de la familia asentada en el matrimonio formalmente contraído, la costumbre de “los amancebamientos” que eran considerados casi como los matrimonios legítimos cuando se ofrecían con una convivencia de carácter permanente (conocida entonces en la península como “barragania”). De todas maneras referidos a reglas de derecho y durante la colonia, las familias de la incipiente sociedad debían respetar la organización que se derivaba de las Leyes de Indias (Partidas y Recopilaciones), que recono-

(34) Daisy RAPODAZ ARDANAZ “El matrimonio en indias” p. 104/105. “La poligamia indígena resultaba abonada por la conducta poco edificante de los españoles, con frecuencia amancebados —ya que no casados— con numerosas indias, lo que no contribuía a que los aborígenes vivenciaran la bondad de la monogamia prescripta”, ob. cit., p. 110.

(35) Daisy RAPODAS ARDANAZ ob. cit., p. 4.

(36) Juan Días de Solís que descubre en 1515 el Río de La Plata (Mar dulce) fue asesinado con todos los compañeros de la expedición en una emboscada de los indios. A su turno el fuerte Sancti Spiritus establecido por Sebastián Gaboto en 1527 (sobre el Paraná) fue destruido e incendiado por los indios. Pedro de Mendoza funda Buenos Aires en 1536, y el fuerte Corpus Cristi (Coronda, Santa Fe), el que es atacado por los indios y destruido. Los indios estimulados sitiaron Buenos Aires por 15 días, incendiando muchas casas y luego retirándose. Juan de Ayolas remonto el Paraná y fundó el puerto La Candelaria (1536) donde fue ultimado con sus compañeros por los indios sublevados. Juan de Garay funda por 2da. vez Buenos Aires en 1580.

(37) En mucha menor medida también los mulatos (hijos de blancos con negros) y los zambos (hijos de negros con indios).

cían fundamentalmente a las familias producto de las uniones legítimas que eran las consagradas por la Iglesia Católica y según sus normas.

Nos detenemos ahora un poco más y en apretado resumen agregamos, que luego de la Revolución de Mayo y sobre todo después de la Asamblea del año 1813 (que suprimió la servidumbre indígena y decretó la liberad de vientres —los nacidos de esclavos eran libres—, etc.) y de un posterior Reglamento de Justicia del año 1814 creando la Defensoría de incapaces, aparecía como implementándose en la organización familiar traída de Europa una supervisión sobre los poderes amplios que gozaba el padre, lo cual venía a comenzar a condicionar de alguna manera esa concepción familiar. En la misma dirección hubo con posterioridad intentos enderezados a la secularización de las uniones familiares, que se encontraban en la órbita religiosa. Durante Rivadavia en 1824 se trató de someter las causas matrimoniales a resolución de la jurisdicción civil; y después de Caseros —1853— en Santa Fe se sancionó una Ley de Matrimonio Civil, que por la oposición que suscitó fue rápidamente derogada. Finalmente, el Código que comienza a regir en 1871, aunque no contenía una definición propiamente de la familia (sólo puede reconocerse una referencia en el texto del art. 2953 correspondiente al Título 11 del “uso y de la habitación” del Libro III de los Derechos reales) (38), sentaba de todas maneras para el país organizado las bases del agrupamiento familiar que sería el fundado en el matrimonio y jugando a su respecto los cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica, siendo la autoridad eclesiástica la que debería decidir sobre impedimentos y dispensas. Sobre tal concepción familiar matrimonial, sin duda que vinieron a repercutir de una u otra manera diversas reformas que fueron recayendo sobre la ley codificada, la que muy pronto fue sustituida por la ley que reformándola concibió a una familia sobre la base de un matrimonio civil (ley 2393 de 1888).

(38) No era un concepto que pudiera generalizarse, sino que se encontraba referido, con un criterio amplio, al grupo familiar entendido en relación a los derechos de uso y habitación y decía que “la familia comprende la mujer e hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usurario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos”. Lo mismo que el concepto contenido en la ley 14.394 de 1954, el cual se dirige a fijar las personas que pueden estar beneficiadas por el bien de familia que se constituya, diciendo en su art. 36 que “A los fines de esta ley se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”.

Durante el tiempo que desde entonces transcurrió hasta nuestros días, las normas también sufrieron numerosas reformas (que no es del caso detallar aquí) que no alteraron sustancialmente el concepto de familia matrimonial, aunque incidieron en su organización, cobrando de tal manera la familia en nuestra legislación perfiles más actualizados. Como ejemplo se puede hacer notar, que en 1926 la ley —11.357— sobre los derechos civiles de la mujer amplió notablemente sus derechos dentro de la familia; en el año 1954 otra ley —14.367—, suprimió las discriminaciones entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y la ley de 1985 —23.264— equiparó a todas las filiaciones matrimoniales o extra-matrimoniales; en 1987 se dictó otra ley —23.515— que reformó todo el Título del matrimonio, estableciendo la patria potestad compartida por los dos cónyuges, fijando los derechos y deberes de cada uno, reglando también lo concerniente a la separación personal y al divorcio vincular; etc. A su turno la Constitución Nacional en la reforma de 1957 al incorporar el art. 14 bis se destacó la obligación del estado de “la protección integral de la familia” (la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a la vivienda digna). Los tratados internacionales también en esa dirección (inc. 22 del art. 75 de la CN de 1994) han señalado a la familia como elemento fundamental y natural de la sociedad con derecho a su protección por el Estado (Pacto de San José de Costa Rica, art. 17; Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo p. 16 inc. 3º; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, art. 16; etc.). Finalmente sobre la familia matrimonial argentina legislada por nuestro derecho no puede dejarse de mencionar la ley 26.618 de 2010 de equiparación con las uniones de personas del mismo sexo. En esta cuestión, y sin perjuicio de haber quedado legalmente admitido el reconocimiento de este casamiento (logrando así válidamente determinadas consecuencias jurídicas), ya ha sido considerado y puesto de manifiesto en diversos documentos y declaraciones, que debe mantenerse el fundamento del concepto de la familia matrimonial, que es el que alude a la unión conformada entre el hombre y la mujer (39) y cuyo desarrollo se ha venido exponiendo.

(39) Tal como, entre otros documentos, se señaló en expreso dictamen del 28/06/2010 por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; en la declaración de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011 (ED. Boletín de Bioderecho IX del 22/11/2011, nro. 12882; Ángel I. MOIA y Catalina E. ARIAS DE RONCHIETTO “XXIII J. Nac. de Der. Civil...” en LL Actualidad del 27/12/2011 p. 1); y en el último documento de la Iglesia Católica “Instrumentum Laboris” del pasado 26/06/2014 en el cual, al mismo tiempo que destaca que los hombres y mujeres con tendencias homosexuales deben ser “acogidos con respeto, compasión, delicadeza, evitando todo tipo de discriminación injusta” agrega que “no existe ningún funda-

11. *La época moderna y contemporánea.* Señalado que el fundamento de la familia hace pie en el atávico instinto encaminado a vincular al hombre con la mujer y visto en la medida que se ha podido mostrar, el desenvolvimiento y la trascendencia que adquiere la familia en la vida de las sociedades occidentales hasta las épocas más actuales afirmando el sentido monogámico de las uniones, puede concluirse que su concepto en general se lo enlaza con la idea de un grupo social esencial en el que se encuentran implicadas vinculaciones entre las personas que la conforman por la relación intersexual, la filiación y el parentesco (40). La importancia trascendente de la familia también se traduce en que las normas del derecho escrito que han venido dirigiéndose a reglar distintos aspectos de este agrupamiento, asumen en general el sentido de orden público (son de derecho privado pero de interés público,) por lo cual ellas no pueden ser dejadas de lado o alteradas por la voluntad de las personas. Y la misma suprema importancia adquiere la familia al ser reconocida por cláusulas constitucionales de gran valor programático expresamente incorporadas, como en nuestro país, en las cartas fundamentales de numerosas naciones (41). En tal sentido y aunque de alguna manera paradójico, se advierte que en nuestros tiempos, paralelamente a lo que podría señalarse en la familia como proceso interno de debilitamiento de ciertas potestades tradicionales, limitación en cuanto al número de sus componentes y, para algunos, como proceso de “crisis”, las reglas del derecho tienden a otorgarle a la familia mayor protección elevando su consideración a nivel de las constituciones supremas de distintos estados. Precisamente en este sentido encontramos las siguientes expresiones de Díaz de Guíjarro: “si la familia sufre un proceso

mento para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas, entre uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia”, v. *La Nación* del 27/06/2014 p. 1/2. Eduardo A. ZANNONI señala que “es inevitable reconocer que, todavía, el modelo prevaeciente de familia parte del reconocimiento social jurídico de relaciones conyugales y paterno filiales heterosexuales”. *Derecho de familia*, 2006, t. I p. 3: y María J. MÉNDEZ COSTA por su parte dice: “Algo es no obstante evidente: los miembros de la familia se encuentran vinculados por relaciones biológico-afectivas específicas: la relación sexual conyugal varón-mujer y la paterno-materno filial”: “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, 2006, p. 44.

(40) Concurren para la determinación de esa unidad de sentimientos en la familia, además de elementos biológicos, también como ya lo adelantamos, factores psicológicos, intereses patrimoniales y aun condicionamientos derivados del medio ambiente de costumbres y tradiciones. Ver asimismo y especialmente la precedente nota 39.

(41) Para no dar sino algunos ejemplos, desde la Constitución del Weimar de 1919; de Albania de 1946; de la Rep. Federal Alemana de 1949; de Baviera de 1946; de Brasil de 1946; de Costa Rica de 1949; de Ecuador de 1946; de Nicaragua de 1948; Fuero del Trabajo de España de 1938 y el Fuero de los Españoles de 1945; de Italia de 1947; de Francia de 1946; de Uruguay de 1966, entre otras.

interno que la debilita en sus potestades tradicionales y la dispersa en cuanto a sus componentes, lo cierto es que, en contraposición, las leyes tienden al fortalecimiento del núcleo (familia) y, en denodado empeño por protegerlo incorporan normas especiales a los textos de las constituciones políticas en fenómeno característico de nuestro tiempo” (42).

Sin duda que la época moderna, con el urbanismo, la industrialización y la necesidad que la mujer y aún los hijos salgan a trabajar fuera de sus hogares, ha incidido sobre la organización familiar y ha dado en estabilizar tal estructura con la estructura social general, en que la familia pueda considerarse más especializada y jugando un rol de peso, pero sin que ello signifique despojarla de las notas que conducen a su definición, ni quitarle la importancia trascendente que para todos (incluido principalmente el Estado), sigue teniendo como elemento insustituible para mantener la cohesión de la sociedad. Sin duda también que en general podría decirse, que la familia moderna tiene como característica haber disminuido en cuanto al número de personas que se integraban en ella y al mismo tiempo haberse nutrido de un sentido de igualación de derechos entre los cónyuges tanto para el ejercicio de la patria potestad como para el gobierno del propio hogar. En países como el nuestro, tanto en la familia campesina o agricultura con una estructura tradicional, como en la familia obrera del grupo urbano en la que la mujer como el hombre trabajan para por lo general obtener mayores recursos, lo mismo que en la numerosa familia media urbana (que del mismo modo asimila la transformación derivada de una sociedad industrial, pero en la que también hay un sentido de colaboración mutua en sus integrantes: clima de mayor igualación), en todas esas manifestaciones familiares y desde el punto de vista de la concepción fundamental del grupo, íntimamente se mantiene (excluidos naturalmente los casos de rompimiento y separación), un acendrado sentido de unidad, con una comunidad de intereses, de aspiraciones y de esfuerzos.

Es también una realidad que en las sociedades contemporáneas, las exigencias y necesidades propias de la vida, ha llevado a que tengan que atenderse a los grupos de personas que han dado en caracterizar distintos tipos de uniones convivenciales y aun no convivenciales, (43) atención que da lugar o puede dar lugar a contemplarse tales uniones en regulaciones específicas. Así, el concepto de “familia” con la comunión

(42) Enrique DÍAZ DE GUIJARRO *Tratado de derecho de familia* t. I, nro. 169 p. 258/259.

(43) Relación que a veces puede presentarse de padres no convivientes y con hijos que no conviven con ellos, o simples uniones de hecho.

de sentimientos a que hemos aludido, puede entenderse en sentido restringido y ligado estrictamente a la vinculación de padres e hijos (familia nuclear) o en sentido amplio, en el cual se comprende a todas las personas que se relacionan por medio del parentesco (familia amplia, con afines o adoptados). Al respecto, es cierto que la familia nuclear (vínculo de padre y madre con hijos) recibe particular asistencia en el derecho, pero se hace ver que muchas veces la familia desde el punto de vista sociológico es en rigor más amplia: Spota decía que “familia y parentesco no son dos conceptos que deban separarse y que unidos entre sí forman la familia propiamente dicha” (44). Pero aparte de este concepto amplio o restringido de la familia, en los tiempos actuales y ante el aumento de las desuniones y los divorcios, se ha hecho necesario hablar también de familia monoparental para aquella que se conforma por uno solo de los padres (por haber existido divorcio, separación o muerte del otro); o familia ensamblada para la que se constituye por el cónyuge separado, divorciado o viudo que contrae nuevo matrimonio teniendo hijos anteriores; o familia sustituta la que no siendo la de origen acoge a una persona (en general menor o adolescente) por carecer de padres (huérfanos) o porque están impedidos.

12. Consideraciones finales

a) Cuando los agrupamientos familiares comienzan a ser concretamente regulados en la época moderna por distintas normas (en la medida que ello se fue tornando necesario), puede decirse que la familia se ofrece como una institución, aclarando en tal sentido, que institución en cuanto ella reúne y es la referente, del “conjunto de normas, orientadas por principios propios destinadas a establecer derechos y obligaciones en una determinada esfera de la vida social...” (45). En otras palabras, “la familia es una unión o asociación de personas, pero la familia es una institución (un órgano) de que se vale la sociedad, para cumplir y aplicar de una “manera regular, formal y definida” las reglas de derecho que la regulan, en orden a la unión de las personas, la procreación, la educación de los hijos y en general la protección de quienes la conforman”

(44) Alberto G. SPOTA *Tratado de derecho Civil. Derecho de familia* t. I v. I p. 5.

(45) Augusto C. BELLUSCIO “Manual de derecho de familia” 2011, p. 11. Institución, del latín “institutio”: establecimiento o fundación de una cosa. “Las personas realizan diversas actividades en unos casos esas actividades están institucionalizadas y en otra no (alguien puede intentar enseñar algo, pero no todos son maestros o profesores), etc.”: BELLUSCIO ídem de ídem. Elías P. Guastavino señala que la familia es más institución en sentido sociológico que jurídico: “desde el punto de vista sociológico, es el modo de pensar, sentir y actuar de los individuos que se han internalizados y se transmiten por vía de la educación” citado en BELLUSCIO ob. cit., p. 12.

(46). Necesariamente se liga así al mismo tiempo el concepto, con una connotación de orden sociológico: “configuración o combinación de pautas de comportamiento compartidas por la sociedad y centradas en la satisfacción de sus necesidades básicas” (47). Pautas que toma por su parte Zannoni para expresar, que “la familia es una institución ligada a pautas de conducta internalizadas (asimilación de sentimientos o pensamientos adoptándolos e incorporándolos inconscientemente) que se aplican a una determinada categoría de relaciones sociales, en el caso las familiares” (48). La familia, aceptada así como institución social trascendente en la vida de los pueblos, de todas formas no constituye en el campo del derecho propiamente una persona jurídica, con derechos distintos a los que tengan sus integrantes, simplemente porque no conforma en sí misma un ente con capacidad de adquirir derechos o contraer obligaciones (49).

b) Por otra parte, es conveniente destacar también en estas conclusiones, que la matrimonialidad como fundamento de la familia moderna, desde luego que no es requisito de orden natural para reconocerla. No existía, como la entendemos, en los primitivos agrupamientos que hemos visto y se va presentando a medida que la familia evoluciona. El concepto de “familia” en el que deben estar implicados sentimientos de afecto, de solidaridad y de ayuda entre las personas que la conforman por la relación intersexual, la filiación y el parentesco, y que debe llevar a considerarla, como ya lo hemos dicho antes, una unidad, una comunidad de intereses, de aspiraciones y de esfuerzos, podría incluso ser extendido alcanzando a uniones de hecho formadas con sentido de perdurabilidad y exclusividad por quienes convivan bajo un mismo techo. Citando a Arias de Ronchietto dice Méndez Costa, “la matrimonialidad

(46) Augusto C. BELLUSCIO “Manual...” citado, p. 11. Institución, como por su parte dice Jorge Mazzinghi, referida al conjunto de normas de derecho que tienen por fin asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas vinculadas por la unión matrimonial y la filiación en orden a procurar a todos sus integrantes el logro del mejor destino: “Tratado de derecho de familia,” 2006, t. I p. 19 nro. 17.

(47) SOLER MIRALLES “La institución familiar” citada por Eduardo A. ZANNONI en *Derecho de familia* 2006, t. 1 p. 21. En el mismo sentido ELÍAS P. “Derecho de familia patrimonial” p. 36 y precedente nota 45.

(48) Eduardo A. ZANNONI ob. cit., ídem.

(49) Art. 30 CC: son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. Los derechos llamados derechos extrapatrimoniales de la familia —nombre, patria potestad, memoria de los muertos— no son sino derechos subjetivos de los componentes de la familia en particular... el propietario del bien de familia o del sepulcro es el único que tiene el dominio de esos bienes: BELLUSCIO Augusto C. “Manual de derecho de familia” 2011 p. 9.

es un principio surgido del reconocimiento de la juridicidad intrínseca de la familia evidente por sus fines propios: la procreación y educación de los hijos y la recíproca contribución de los cónyuges a su personal perfección y plenitud” (50).

Pero aunque no fuera requisito de orden natural, el derecho positivo debe promover y alentar las familias con fundamento en el matrimonio, pues ello implica asumir formalmente por los contrayentes las obligaciones inherentes a tal condición. El matrimonio constituye en las sociedades modernas un elemento aglutinante característico de la familia. Como lo reconocen destacados autores, como Augusto C. Belluscio, la familia matrimonial es el ideal jurídico y ético (51) por que superados los lejanos períodos del desenvolvimiento de la familia, es de la regulación que de ella hace el derecho, de la que se deriva la obligada protección a sus integrantes, con el fomento de sentimientos de solidaridad y ayuda, de pertenencia y todo ello, con la asunción de las distintas responsabilidades y la formalización de vínculos estables aceptados ante los propios integrantes y ante la sociedad, con el evidente beneficio general. Beneficio sin duda para el mismo Estado, lo cual es muy probable que no se diera ante uniones concebidas con sentido pasajero y desarraigado: es al Estado a quien “interesa que de modo ostensible y prevaleciente exista un compromiso vital de los contrayentes, pública e inequívocamente asumido e inscripto para su reconocimiento por la so-

(50) María J. MÉNDEZ COSTA “Los principios jurídicos en las relaciones de familia” 2006, p. 44. La autora además sostiene que “la potencialidad de generar es inseparable de la concepción de “familia”, aunque no se realice voluntaria o involuntariamente entre los miembros de una determinada pareja”, p. 43. En igual dirección señala José CASTÁN TOBEÑAS que la familia matrimonial “estará en grave crisis y se caminará a su quebrantamiento como institución cuando se ataque su esencia que responde a la pregunta ¿Cómo viene la vida a la sociedad y en que ámbito?” y agrega “como la misión de los hombres y mujeres al contraer matrimonio es realizar el fin natural y necesario de la institución, estará en seria crisis el matrimonio cuando los que lo contraigan busquen en la unión sexual fines extraños a su naturaleza”: “Derecho Civil español”, 1962 p. 37. “El matrimonio que fundamenta la familia es el ámbito adecuado para la transmisión de la vida humana; esa es la virtualidad del matrimonio entre un hombre y una mujer por encima de contingencias de no poder en los hechos en algunos supuestos generar vida. No se puede redefinir el matrimonio echando abajo esa esencialidad de su básico y estructural sentido definitorio. El matrimonio heterosexual es una unión mucho mas profunda que una simple relación afectiva: está ordenada hacia el bien de la procreación, así también como hacia el bien común de los esposos y la protección, crianza y educación de los hijos...”, ob. cit., ídem de ídem.

(51) Augusto C. BELLUSCIO “Manual cit.”, 2011, p. 7.

ciudad” (52). Nada más alejado de sus intereses que los lazos familiares sean débiles y que por ello los matrimonios fácilmente se destruyan, con la innegable preocupante proyección que siempre se ha de producir sobre los hijos. Reflexiona Eduardo Pettigiani al sostener la relevancia de la institución familiar en las sociedades, que “...la pretensión de manipular a la familia con vistas a la utilización para fines que no son los específicos, estará sustrayendo a la humanidad de su más valioso elemento de socialización y privándola de su alimento espiritual más nutricional, socavando sus cimientos más sólidos, lo que ocasionará la destrucción de aquella, transitivamente, su propio exterminio” (53).

c) Y aquí, por último, una observación de cómo debe ser el particular cuidado que el derecho deberá tener presente al ocuparse de la familia. Desde ya que las normas jurídicas que regulan la vida de la familia lo serán con el alcance que se ha considerando necesario a los fines de preservar la institución, pues como señala Díez Picazo, “el derecho no regla en ningún caso la totalidad de los aspectos de la institución familiar, ni la totalidad de las vicisitudes por las cuales pueden atravesar las relaciones entre los miembros de una familia” (54). No obstante, en esta trascendente tarea, al fijar el derecho las premisas que le interese tener en cuenta, debe saber contemplar los valores familiares revelados más que nada a través de las costumbres y la tradición que se ligan a los pueblos. Ello es de esencial importancia, pues de lo contrario la legislación puede resultar solo un mero conjunto de disposiciones sin operatividad positiva alguna u obrando con efectos realmente negativos.

Este condicionamiento en el trato de la familia por el derecho, lo he encontrado remarcado (directa en un caso e indirectamente en el otro), por referencias muy apropiadas de las que me valgo para concluir esta exposición.

Una de ellas del ya nombrado Díaz de Guijarro, que escribía lo siguiente: “la política legislativa ha de orientarse hacia la perfección de las costumbres del pueblo con el consiguiente respeto de su psicología. Si se trata en cambio de imponer una concepción de gabinete y se desconoce la realidad social local, no tarda en sobrevenir la reacción y en

(52) Eduardo J. PETTIGIANI “Familia” en Enciclop. de Derecho de Familia, t. II p. 177 y “Protección constitucional de la familia” en t. III p. 304.

(53) Eduardo J. PETTIGIANI ob. cit., “Familia” p. 171.

(54) Luis DIEZ PICAZO “Familia y derecho” p. 21 y ss.

recuperar la familia su fisonomía propia...” lo que muchas veces “obliga a la rectificación de las leyes” (55).

Y la otra referencia, con cuya cita termino, pertenece al académico José Domingo Ray, que refiriéndose a la labor del derecho decía, en una clara visión que nos transmite y que en mi concepto es sin duda especialmente aplicable al derecho que se ocupa de la familia, que el derecho “no es solo vida humana codificada o estratificada en normas, sino también vida humana viviente”, afirmando que tal vida humana debe ser debidamente “interpretada y conocida a través de esas reglas jurídicas” y que la regulación por intermedio de tales normas jurídicas se debe realizar “con la finalidad de hacer reinar los valores que las inspiran”, y tales valores al abocarse, sigue diciendo Ray, a la resolución racional del tema que trate, tienen que haber superado una apreciación debida sobre “la conciencia de su incidencia en la realidad y de sus consecuencias en el derecho en general...” (56). ♦

(55) Enrique DÍAS DE GUIJARRO *Tratado de derecho de familia*, t. I nro. 179 p. 288/289.

(56) José D. RAY “Misión de las Academias”, 1997 p. 13.

EL VICIO DE INTIMIDACIÓN

POR JOSÉ W. TOBÍAS (*)

I. Ideas introductorias

Se ha destacado en ocasiones el rol limitado que en la práctica jurisprudencial tienen los tradicionales vicios de la voluntad como causal de invalidez del negocio jurídico. Probablemente, una de las causas reside en el peso de la tradición jurídica cuyo origen puede encontrarse en la doctrina decimonónica que, muy apegada al *pacta sunt servanda*, interpretaba con estrictez todo supuesto que pudiera alterar la estabilidad de los negocios y la seguridad jurídica.

Sin embargo, el acrecentamiento de las exigencias de la buena fe —en particular la ampliación del contenido del deber de información— la desigualdad entre las partes y su diversa aptitud negociadora, y las modernas técnicas negociales y de comunicación —especialmente los penetrantes métodos publicitarios— plantean el interrogante acerca de la conveniencia de nuevos análisis.

Corolario de ello es la propuesta de reelaboración por vía legislativa o hermenéutica de las normas relativas a estos vicios que los aleje de una concepción excesivamente individualista y del perfil casi académico que debido a ello han tenido hasta ahora y logren un ensanchamiento de su cometido y dinámica que los acerque a una finalidad más fecunda y acorde con su teleología (1).

Más aún, las particularidades de la moderna contratación plantean el interrogante de la suficiencia, aún reelaborados, de los vicios tradicionales. Las modernas técnicas del marketing y la publicidad —comprensivas de la publicidad engañosa y la subliminal— hacen recordar expresiones de Carbonier formuladas hace más de cuarenta años: *“No es la violencia*

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 13 de noviembre de 2014.

(1) GOLDENBERG, Isidoro H. - TOBÍAS, José W. - DE LORENZO Miguel F., *Reformas al Código Civil. Parte General*” dirigido por Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 147 y ss.

ni el dolo, ni siquiera el error a lo que ha de temerse, es a la seducción por lo cual el estudio del contrato de esta época no debiera separarse de un estudio de la publicidad” (2).

En la misma línea de ideas —más recientemente— Sacco y De Nova en la obra *Il Contratto*, luego del estudio de los vicios de la voluntad clásicos y bajo el título *I nuovi vizi* analizan el “abuso de posición económica” y la “actuación por sorpresa” (la denominada negociación “puerta a puerta”), atribuyendo a ambas situaciones la de afectar la intención y, por ende, la voluntariedad del acto (3).

Debe decirse que la señalada labor de análisis e intento de reelaboración de los vicios clásicos es particularmente delicada. La teoría del negocio jurídico oscila desde antaño entre dos polos opuestos: la tutela de la voluntad y la tutela de la confianza o la apariencia. El tema, en efecto, no puede pensarse con referencia exclusiva a la voluntad viciada, sino con relación a los límites puestos por el legislador a la relevancia de los vicios en vista de los intereses del destinatario de la declaración. El ideal de justicia en esta materia impone prescindir apriorísticamente a favor de uno de los contratantes (en favor de la voluntad) o del otro (en favor de la buena fe o la confianza).

En el mismo Código de Vélez Sarsfield se encuentran supuestos en que —incluso con fundamentos distintos a la confianza— el negocio produce la plenitud de sus efectos pese a la existencia de una voluntad viciada. Así, el dolo vicio sólo es causal de invalidez si el daño de la víctima es importante (art. 933) y la reciprocidad del dolo excluye la posibilidad de la anulación.

Más ampliamente, en materia de error, el nuevo Código (art. 265) mantiene la necesidad de que sea esencial, prescinde del requisito de su excusabilidad e impone que sea “reconocible” por el destinatario de la declaración: si ella no conoció el error ni lo pudo conocer actuando con una normal diligencia, el acto viciado por error y por ende involuntario, produce la plenitud de sus efectos. Es la solución del Código italiano (art. 1428) que prioriza la tutela de la confianza por encima de la protección de la voluntad.

Como se podrá advertir, la dificultad del tema no reside sólo en el interrogante acerca de la conveniencia de extender el ámbito de vigencia de los vicios de la voluntad, sino también en balancear los intereses del

(2) CARBONNIER, Jean, “Flexible droit”, LGDJ, Paris, p. 185.

(3) SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Tratatto di Diritto Civile”, diretto da Rodolfo Sacco en *Il contratto*, Tomo primo, Utet, p. 482 y ss.

declarante con los del destinatario: los primeros apuntan a que la voluntad manifestada se corresponda con la real intención, mientras que los segundos aspiran a vincular al destinatario con lo declarado en vista de la confianza que ello le ha generado. Esta tensión entre intereses diversos se presenta más claramente en el vicio de error, aunque también es perceptible en los de dolo e intimidación, como cuando las amenazas o las maniobras dolosas provienen de un tercero y uno de los contratantes es de buena fe.

II. El vicio de intimidación

El limitado propósito de la comunicación es intentar una visión actual de uno de los vicios tradicionales: el de la intimidación. Se ha tenido particularmente en cuenta para ello que se insinúan en la realidad social comportamientos ilícitos, provenientes incluso de organismos del Estado —susceptibles de expandirse— que podrían subsumirse en este vicio de la voluntad en una interpretación actualizada del mismo.

Precisado lo expuesto, hay que comenzar por recordar que el Código vigente —también el nuevo— alude a las dos formas tradicionales de violencia (en sentido amplio): la fuerza irresistible (*vis absoluta*) y la intimidación (*vis compulsiva*) sin que, pese a la antigüedad de distinción, pueda decirse que haya total acuerdo en la caracterización de cada una. Aquí se prescinde de tratar la *vis absoluta* —configurativa a mi juicio de un supuesto de falta de autoría— y se analiza la *vis compulsiva* que —con la doctrina mayoritaria— considero es la que se ejerce con agresiones físicas o sin ellas: lo relevante es que se trate de amenazas injustas y graves y tanto lo es cuando se emplea la fuerza física que genera el temor fundado de su continuación como cuando, sin ella y por otros procedimientos, se genera igualmente un temor fundado.

III. La naturaleza de las amenazas

a) *La injusticia de las amenazas*. El Código vigente (art. 937), como todos los Proyectos de reforma posteriores, requieren que las amenazas sean “injustas”. Una excepción es la del nuevo Código (art. 276), que se refiere a las amenazas sin ese calificativo. No creo, sin embargo, que de ello resulte un significado distinto al que tradicionalmente el legislador ha atribuido a la amenaza (la de ser injusta). En efecto, en el significado gramatical del término, la amenaza es “dar a entender con actos o palabras que se quiere

hacer un mal a otro” (4) y, con ese alcance, es palpable que quien da a entender que quiere hacer un mal a otro, obra “injustamente”. Tampoco alude a la injusticia el Código Civil español (art. 1267) no obstante lo cual la jurisprudencia de ese país lo exige (5). Puede decirse, por consiguiente, que está ínsito en la amenaza el de ser “injusta” o, en otros términos, que para constituir una “amenaza” el comportamiento del agente debe ser “injusto”.

En las consideraciones que siguen —no obstante—, se analiza la naturaleza de las amenazas, calificándolas como “justas” e “injustas” siguiendo la terminología del Código vigente y la tradición (6).

Las amenazas siempre son injustas (o, si se quiere, son amenazas) cuando configuran un ilícito (ilicitud del medio) y ello es así incluso cuando quien lo hace es titular del derecho de que se trate y con la amenaza sólo aspira a su resguardo o cumplimiento (amenaza con un arma de fuego para obtener el pago de una deuda).

El paradigma del problema se presenta cuando siendo lícito el medio empleado, se aspira a obtener con ello ventajas injustas (ilicitud del fin). En nuestro país no existe una norma similar al art. 1438 del Código Civil italiano —inserto dentro de la sección de los “vicios del consentimiento”— según el cual las amenazas de hacer valer un derecho pueden ser causa de anulación del acto cuando son dirigidas a obtener ventajas injustas.

La doctrina argentina no vacila en sostener en esos casos la invalidez del acto a cuyo fin o considera que el comportamiento constituye un ejercicio irregular del derecho (7) o, más apropiadamente a mi juicio, afirmando que la situación queda igualmente subsumida en la *fatispecie* de la intimidación, por entender que la injusticia de las amenazas consiste en obtener ventajas inequitativas por medio del impacto que en la formación de la voluntad del destinatario provoca el temor que ejercerá un derecho propio.

(4) Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Madrid, Real Academia Española, voz “amenazar”, primera acepción.

(5) ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil I. Introducción y parte general”, Bosch, 1996, 14ª edición, vol. II, p. 186 y s.

(6) Los Principios de Unidroit (art. 3.9) se refieren a las amenazas “injustificadas”.

(7) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, 14ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 320.; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Lexis Nexis, 10ª edición, t. II, p. 446; RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 3ª edición, Lexis Nexis, p. 758 y s.; CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, 2ª edición, Astrea, p. 551; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “El negocio jurídico”, Astrea, p. 296.

Alguna duda se presenta cuando la amenaza consiste en la denuncia de un delito penal. Se acepta la justicia de la amenaza cuando sólo se aspira a que el delincuente repare el daño a la víctima (8). No lo es, en cambio, cuando se persigue un fin que no guarda conexión con el ilícito (9) (amenaza de denuncia penal para que la víctima satisfaga una deuda ajena al delito).

La amenaza de denunciar al que ha cometido un delito si no paga una suma no debida (aunque sea a una entidad benéfica) debe considerarse “injusta” (10).

Una consideración especial requiere la amenaza de denunciar un delito penal cuando se induce a celebrar un acto a un tercero estrechamente vinculado familiar o afectivamente con quien sería el autor del delito. Si bien puede suponerse que quien amenaza al tercero lo hace para obtener fines propios abusando de la relación de aquél con el autor (y en eso consistiría la “injusticia”), debe primar la consideración que si no es ilícita la amenaza dirigida a éste cuando sólo se persigue obtener la indemnización experimentada por la víctima, tampoco debe serlo cuando ella se formula directamente a los familiares o a alguien vinculado afectivamente.

¿Qué de la amenaza cuando quien la realiza no ha percibido su implicancia o antijuridicidad, sea por falta de discernimiento o por error? La evaluación de la antijuridicidad debe apreciarse en forma objetiva, de manera que las indicadas circunstancias no excluyen su ilicitud (11).

(8) LÓPEZ OLACIREGUI, José M. en SALVAT, Raymundo - LÓPEZ OLACIREGUI, José M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, EJE, Ed. del Cincuentenario, t. II, p. 597; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, 14^a. Edición, t. II, p. 320, FLUME, Werner, *El negocio jurídico, Parte General del Derecho Civil*, t. 2^o, 4^a edición, traducido por José M. Miquel González y Esther Gómez Calle. Fundación Cultural del Notariado, p. 630, TERRE, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, “Droit Civil, Les obligations”, 10^e ed., Dalloz, p. 253, afirman que la jurisprudencia de su país es “abundante”.

(9) BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, p. 446; FLUME, Werner, “El negocio jurídico, Parte General del Derecho Civil”, t. 2^o, 4^a edición, traducido por José M. Miquel GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE. Fundación Cultural del Notariado, p. 630

(10) ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans C., *Derecho civil, Parte general*, vol. 2^o, traducción de Blas Pérez González - J Alguer, Bosch, p. 244.

(11) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, 14^a. Edición, tomo II, p. 324; BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, p. 447 y s.; CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Astrea, 2^a edición, p. 552; LÓPEZ OLACIREGUI, José M. en SALVAT, Raymundo - LÓPEZ OLACIREGUI, José M., “Tratado de Derecho civil argentino”, ed. del cincuentenario,

Por la misma razón, es indiferente que se haya realizado en broma (no apreciada como tal por el destinatario) o con un fin estimado justo (12).

Un nuevo interrogante es el de los casos en que el autor de las amenazas no conocía ni debía conocer las circunstancias que otorgaban a aquellas un carácter injusto. La buena fe de aquel obrar no oculta el carácter determinante que han tenido sobre la voluntad del destinatario; por ello, la *fattiespecie* que acarrea la nulidad no depende de la buena o mala fe del autor sino del impacto que las amenazas han tenido en la voluntad de la víctima: es que la invalidez del acto tiene por propósito resguardar la voluntad de toda influencia indebida (13).

En lo concerniente a la víctima de las amenazas, si se halla privada de discernimiento, no hay posibilidad que experimente la coacción psíquica propia de la intimidación, así que queda excluida la posibilidad de que se esté en presencia de este vicio de la voluntad; las medidas para ese caso deben encontrarse en otros institutos. Si fueron las amenazas las que por su gravedad produjeron una privación del discernimiento, el acto será inválido, aunque no por la intimidación sino también por aplicación de los principios referidos a la ausencia de discernimiento (14).

No habrá intimidación si la persona se ha decidido a celebrar el negocio bajo la errónea creencia de que estaba amenazado o bajo la impresión o sugestión de una amenaza en realidad inexistente (15), sin perjuicio de la aplicación a la situación de otros institutos (como el del error).

No hay inconvenientes en aceptar que la intimidación puede afectar a una persona jurídica cuando las personas humanas involucradas son el representante legal o las que componen el órgano compe-

Ejea, Tº II, p. 575; ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans C., "Derecho Civil. Parte General", vol. 2º, traducción de B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, Barcelona, p. 221.

(12) CARIOTA FERRARA, Luís, "El negocio jurídico, traducción", prólogo y notas de Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Aguilar, Madrid, 1956, p. 456.

(13) FLUME, Werner, *El negocio jurídico, Parte General del Derecho Civil*, t. 2º, 4ª edición, traducido por José M. Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, p. 632 y s.

(14) CARRESI, Franco, "La violenze nei contratti", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVI 1962, p. 414.

(15) CARIOTA FERRARA, Luís, "El negocio jurídico", traducción, prólogo y notas de Manuel Albaladejo García, Aguilar, Madrid, 1956, p. 457.

tente para celebrar el acto (o la mayoría) hayan experimentado las amenazas (16).

b) *Amenazas activas y omisivas*. Por lo regular, la amenaza se configura por medio de comportamiento activos. Las omisiones sólo pueden constituir una amenaza cuando el agente tenía el deber jurídico de realizar un comportamiento activo, sea en virtud de una disposición legal o de una obligación emanada de un negocio previo o porque hubiese puesto en peligro al sujeto pasivo mediante un acto precedente (17).

No mediando esas situaciones, las omisiones no pueden constituir amenazas. Pueden, sin embargo, quedar subsumidas en el supuesto de hecho de la lesión, como cuando se hace depender la indispensable ayuda de una gratificación o contraprestación y ella es manifiestamente desproporcionada con la carga a cumplir (18).

c) *Modalidad de las amenazas*. No es necesario que la amenaza sea explícita: en la noción quedan englobadas todas las formas de amenazas, las más recalcitrantes, como las más refinadas (19). Bien pueden configurarse mediante actitudes circunspectas, insinuantes o discretas, siempre que ellas provoquen en el destinatario “el temor fundado de sufrir un mal grave e inminente” (20). Como lo podría ser la “visita” de un conocido personaje de la mafia que con palabras “amables” recomienda la aceptación de una oferta que ha sido previamente rechazada: las circunstancias del caso y en especial el origen de las amenazas junto con la modalidad que en esos casos suelen emplear esas asociaciones, pueden ser indicativas de la gravedad del mal y el temor que pueden generar en la víctima. El ejemplo es de Galgano, señalando experiencias, especialmente en las

(16) CARRESI, Franco, “La violenze nei contratti”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVI 1962, p. 414; STARCK, Boris - ROLAND, Henri - BOYER, Laurent, “Droit Civil. Les Obligations”, 2. Contrat, sixième ed., Litec, p. 205, quienes citan un fallo de la Cámara Social de la Corte de Casación.

(17) Von TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, traducción de Tito Ravá, Depalma, 1947, vol. II.2, p. 301.

(18) ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans C., *Derecho Civil. Parte General*, vol. 2º, traducción de B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, Barcelona, p. 212.

(19) TERRE, François - SIMLER, Phillippe - LEQUETTE, Ives, “Droit Civil, Les obligations”, 10º ed., Dalloz, p. 252.

(20) GOLDENBERG, Isidoro H. - TOBÍAS, José W. - DE LORENZO, Miguel F., *Reformas al Código Civil, Parte General*, dirección Atilio A. ALTERINI - Roberto LÓPEZ CABANA, Abeledo Perrot, p. 189.

zonas del sur de su país, en que las “advertencias” de mafias están implícitamente preñadas de amenazas (21).

d) *Temor reverencial*. El art. 940 del Código vigente, excluye expresamente al llamado “temor reverencial”, es decir, aquel que supone un sentimiento de respeto, particular consideración o sujeción hacia otro (v.g. un ascendiente o, más generalmente, aquel de quien de algún modo se depende para la propia actividad o la posición en el organismo social del que se participa o aspira a participar) (22). La norma tiene en consideración la normal insuficiencia de la simple sujeción psicológica para determinar la voluntad. Es superfluo agregar que si a ese temor se agregan actos de intimidación que generan el temor fundado de sufrir un mal grave e inminente, queda configurado el supuesto de hecho de la intimidación: la particularidad consiste en que las amenazas habrán encontrado un campo propicio en el precedente estado de sujeción (23).

Probablemente por ello, se ha observado que si las amenazas se realizan aprovechando la situación de temor reverencial, los jueces deberían ser menos exigentes en la apreciación de las circunstancias configurativas de la intimidación (24).

e) *La amenaza de suicidio*. En el plano doctrinario se plantea la hipótesis si la amenaza de suicidio puede en ocasiones constituir una intimidación en sentido técnico (25). Se trataría de la particular situación de un mal que “amenaza” a la misma persona autora de ella.

Para sostener una postura afirmativa, es menester atribuir un carácter intrínsecamente injusto (o antijurídico) al suicidio. Se trata de un tema

(21) GALGANO, Francisco, “El negocio jurídico”, traducción de Francisco de P. Blasco Gaso y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 314 y s.

(22) En un fallo se dijo que la venta del inmueble por los hijos bajo la influencia del padre, quien no obstante no había obrado restringiendo la libertad de aquellos al celebrarse el acto, no importaba intimidación invalidante (CNCiv., Sala D, 09/04/1973, ED-40, 701).

(23) CARIOTA FERRARA, Luís, “El negocio jurídico”, traducción, prólogo y notas de Manuel Albaladejo García, Aguilar, Madrid, 1956, p. 457.

(24) BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, p. 454.

(25) SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Tratatto di Diritto Civile”, diretto da Rodolfo SACCO en *Il contratto*, tomo primo, Utet, p. 458 y s.; BIANCA, Massimo C., “Diritto civile. Il contratto”, 3, Giuffrè Editore, Milano, p. 621, nota 162

controvertido (26). La circunstancia de que el suicidio o su intento no se consideren un hecho ilícito en el sentido específico de un hecho seguido de una sanción, no excluye —sin embargo— su injusticia (y también su antijuricidad). Pues hay circunstancias que obstan, lógicamente, a la sanción: i) si se ha concretado, falta el sujeto de la pena; ii) no cabe suponer un delito contra sí mismo (aún en grado de tentativa), pues se confunden el sujeto activo y el pasivo (27).

Se sigue de ello que la ausencia de sanción civil o penal para el suicidio o la tentativa, no excluye que se lo pueda impedir válidamente y que esté penada la instigación al suicidio (art. 83 Código Penal), lo que indica que se está en presencia de una “amenaza injusta” (28).

Piensen Sacco-De Nova que con independencia de la controversia acerca de la juridicidad del suicidio, en la práctica de los tribunales el tema se puede presentar de alguna de estas maneras: i) con la amenaza, el sujeto ha obtenido una ventaja injusta y por lo tanto el negocio es inválido sin necesidad de analizar la injusticia de la amenaza; ii) con la amenaza, su destinatario puede experimentar no tanto el temor del mal físico (la muerte) sino la aflicción por el deterioro psíquico que la amenaza supone (pesimismo, angustia, sufrimiento) y ello puede llevar a someterse a las amenazas, sea por temor o por piedad y si fuera este último caso, no se podría decir que aquellas fueron determinantes (29).

f) *Hipnotismo y otras técnicas de coerción*. El avance de algunas técnicas de coerción de la voluntad —en ocasiones, de similar impacto que las amenazas (aunque más sofisticadas)— plantea el interrogante si ellas pueden ser asimiladas a la intimidación. Serían supuestos tales como el hipnotismo y, en menor medida, de la sugestión (en los actos de última voluntad otra forma de incidencia en la formación de la voluntad es la captación).

(26) Sobre el tema puede verse, SAMBRIZZI, Eduardo, “Derecho y eutanasia,” Ed. La Ley.

(27) Sobre el tema, CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos,” Astrea, 2ª edición, p. 260 y ss.

(28) LÓPEZ OLACIREGUI, José M. en SALVAT, Raymundo - LÓPEZ OLACIREGUI, José M. TEA, Ed. del Cincuentenario, p. 602, Von THUR, Andreas, “Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán,” traducción de Tito Ravá, vol. 1.2, Depalma, 1947, p. 31, nota 53.

(29) SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Tratatto di Diritto Civile”, diretto da Rodolfo SACCO en *Il contratto*, tomo primo, Utet, p. 458 y s.; BIANCA, Massimo C., “Diritto civile. Il contratto”, 3, Giuffrè Editore, Milano, p. 458 s.

El tema, a mi juicio —no obstante algunas opiniones que las asimilan a la intimidación (30)—, debe ser resuelto en base a la aplicación de otros institutos (particularmente el de la ausencia de discernimiento y en ciertos casos, del error sin descartar a veces la falta de autoría).

IV. Inminencia del mal

En su significado estricto, la “inminencia” del mal que requiere el Código vigente supone estar expuesto a un mal inmediato o relativamente próximo. La exigencia tiene vinculación con la posibilidad de la víctima de adoptar medidas defensivas y, particularmente, la de requerir el auxilio de la fuerza pública.

Sin embargo, es menester atribuir al término un significado considerablemente más amplio que el expuesto, pues en ocasiones el factor tiempo carece ciertamente de relevancia. La amenaza puede recaer en cuestiones que el amenazado no quiere revelar (deshonra por la revelación de hechos inmorales, intimidaciones indicativas de hechos de esa naturaleza) (31) o situaciones en que las características de las amenazas —o de sus autores— obstan a que la persona se decida a recurrir a la autoridad pública o a adoptar otro tipo de medidas para contrarrestarlas (asociaciones de mafias o de delincuentes de alta peligrosidad o de narcotraficantes) (32). Como lo demuestra la actual realidad argentina —además de la historia reciente, y no tanto— el auge y extensión de esa clase de hechos y el recuerdo del cumplimiento de las amenazas

(30) ARAUZ CASTEX, *Derecho civil, Parte general*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, t. II, núm. 1807, quien considera que esos supuestos deben asimilarse a la intimidación en tanto suponen una privación de la libertad.

(31) Observa BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, *Astrea*, p. 449, que la ejecución de medidas preventivas será contraproducente pues hará conocer lo que no se desea revelar.

(32) Bajo el igual sistema anterior, ya se destacaba que el tiempo era irrelevante cuando el reclamo al auxilio de la fuerza pública “no sea eficaz” (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 14ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 321); que a veces el factor tiempo carece de relevancia (BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, *Astrea*, p. 449); que el adjetivo inminente no se agota en la proximidad (ORGAZ, Alfredo, “A propósito de la intimidación, de la analogía y de la interpretación de las leyes”, *La Ley* 68-311) o que puede ser que la víctima esté en condiciones de acudir a la autoridad pública pero que el mal sea igualmente verosímil (CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, *Astrea*, 2ª edición, p. 554) o que el mismo temor de la amenaza obsta a que el sujeto concurra a la autoridad pública (RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 3ª edición, Lexis Nexis, t. II, p. 759).

indican a las claras la manera en que pueden impactar en el destinatario. Lo relevante, por ello, no es tanto la temporalidad próxima, sino la convicción de la dificultad o imposibilidad para contrarrestarlas o evitarlas.

El art. 276 del nuevo Código, sin embargo, reitera la exigencia de la inminencia. En las consideraciones precedentes va implícita la convicción que hubiera sido más adecuado aludir al temor de sufrir un mal grave “que se estime razonablemente no se pueda contrarrestar o evitar” sin necesidad de agregar el requisito de la “inminencia”: si las circunstancias indican que el destinatario pudo razonablemente contrarrestar o evitar las amenazas no se configurará el temor fundado y sí en caso contrario.

V. Gravedad del mal

El requisito alude a la magnitud del mal respecto del bien o derecho sobre el que recaen las amenazas, que pueden ser de naturaleza patrimonial o no (como lo serían en el último caso, la vida, la salud, la honra o reputación, la intimidad, el pudor, etc.). La “gravedad”, por lo tanto, está en relación directa con el “valor” que quepa atribuir al derecho o bien amenazado.

Se ha observado que en la apreciación de la gravedad del mal, ya no impera el severo criterio de antaño: no se requiere tener un carácter tal que inclusive un hombre de coraje debiera ceder a las amenazas o que temiese de ellas un hombre que “fuese de gran corazón” (33).

La apreciación requiere valorar inicialmente la importancia que el mal tiene en sí mismo (nadie firmaría una venta inmobiliaria bajo la amenaza de darle “un puñetazo” y por ello no cabe calificarla de un mal “grave”): sólo aquella que reviste una cierta entidad puede, razonablemente, generar un “temor fundado”. En una segunda instancia, como lo requiere el art. 276 del nuevo Código, habrán de computarse las circunstancias del caso y en especial la “situación del amenazado”. En relación a esto último han de evaluarse la edad, las condiciones personales (psicofísica, social, económica, fortaleza de carácter, etc.) y juzgarse si ha debido razonablemente causar una fuerte impresión.

La apreciación debe ser integral u omnicompreensiva: puede no ser un mal grave la amenaza de una agresión contemporánea a la celebración

(33) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 14ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 322, con cita del *Digesto* y de las *Partidas*.

del acto y serlo cuando fue precedida de castigos físicos anteriores, pues los hechos deben apreciarse relacionándolos y en conjunto (34).

Como idea general, ha de entenderse que el mal con que se amenaza debe ser mayor al que causaría la emisión de la declaración por el amenazado (35): la amenaza de un sacrificio de escaso relieve en relación a la importancia del negocio, excluye que se la pueda calificar de “grave” (36).

El requisito de la “gravedad” del mal, guarda íntima vinculación con el “temor fundado” que aquél debe producir en el agente al que se hace referencia enseguida.

VI. Temor

La sola concurrencia de la gravedad y la inminencia de las amenazas, es insuficiente para que se configure el vicio de intimidación. Se requiere, además, que ellas hayan causado en el destinatario un “temor” y que éste, a su vez, haya sido determinante de la declaración (sobre esto, enseguida). La situación inversa no es, en cambio, de recibo: no cabe considerar la existencia de un “temor fundado” si las amenazas no fueron “graves” e “inminentes”, pues todos esos aspectos son requisitos del artículo.

En rigor, la apreciación requiere una evaluación integral: la naturaleza, calidad, intensidad y forma de las amenazas correlacionadas con las circunstancias del caso y la situación y condiciones del amenazado (edad, sexo (37), condiciones personales, fortaleza psicofísica, carácter, etc.).

La sola sospecha o probabilidad —en la creencia del amenazado— de que el mal llegue a consumarse es insuficiente (38): se hace necesario que crea que el riesgo es real —aunque no lo sea (39)—. Una pauta de impor-

(34) CNCiv. Sala M, 12/03/2001, LA LEY, 2002-C, 575.

(35) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Bosch, 1996, 14ª edición, vol. II, p. 184.

(36) BIANCA, Massimo C., “Diritto civile. Il contratto”, 3, Giuffrè Editore, Milano, p. 620.

(37) Aluden al sexo los Códigos italiano (art. 1435) y español (art. 1267). Se podría afirmar, sin embargo, que la inclusión estaría impregnada de la antigua concepción de una presunta mayor debilidad de la mujer en la vida de relación.

(38) No basta la mera conjetura de que el mal pueda producirse sino que debe tratarse de un mal real y actual (CNCiv., Sala F, 19/07/1962, LA LEY-108, 330).

(39) Por ejemplo, la amenaza provocada por una pistola que el destinatario ignoraba que fuera de madera (CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Astrea, 2ª edición, p. 556).

tancia a esos fines, es la que establece el vigente art. 938: cuando se pueda juzgar que “ha debido causarle, razonablemente, una fuerte impresión...”. Más genéricamente, el nuevo Código alude a que la relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta “la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso”.

A esos fines, la apreciación de la incidencia de las amenazas en la libertad del amenazado requiere remitirse a las mismas consideraciones que para apreciar la gravedad del mal. En una inicial valoración, la gravedad en sí mismo de las amenazas y su potencialidad para provocar un temor y luego, la complementación por las circunstancias del caso y en especial por la “situación del amenazado”. De ellas debe resultar una relación de causalidad entre la gravedad e inminencia de las amenazas y la realización del acto como consecuencia del temor que aquellas generaron (40).

VII. La causa determinante de la voluntad

Aunque el vigente (art. 937) y el nuevo texto (art. 276) no lo digan expresamente, se infiere —sin dudas— que el temor que generaron las amenazas debe haber sido determinante de la decisión de celebrar el acto. Ha de existir, por lo tanto, un nexo de causalidad adecuado entre el temor producido por las amenazas y la declaración de la víctima (41). A los fines de determinarlo, habrá que recurrir a los principios generales sobre la relación causal.

¿La causa determinante de la voluntad debe ser entendida en el sentido que sólo se configurará cuando la persona no habría celebrado el acto en

(40) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La intimidación como vicio del consentimiento”, en *Los vicios de la voluntad*, Serie IV, Instituto de Derecho Civil, Número 10, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 137; BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, p. 452 y s.

(41) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La intimidación como vicio del consentimiento”, en *Los vicios de la voluntad*, Serie IV, Instituto de Derecho Civil, Número 10, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 141; BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, t. I, p. 452; CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Astrea, 2ª edición, p. 560; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “El negocio jurídico”, Astrea, p. 303; RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, 3ª edición, Lexis Nexis, t. II, p. 761. En esa línea, se dijo en un fallo que “las declaraciones de voluntad que no reconocen en la intimidación su antecedente inmediato e impulsivo, aunque tengan en ellas ocasión o motivo, no están viciadas de nulidad, como tampoco lo están aquellas declaraciones que habrían igualmente sobrevenido aunque no hubiera mediado la violencia (CNCiv. Sala A, 29/11/1964, LA LEY-118, p. 31).

absoluto? ¿O debe ser entendido en un significado más amplio en el sentido que la intimidación también será “determinante” cuando ha inducido a la víctima a celebrar el acto en condiciones diversas de las que habría aceptado libremente?

El tema es resuelto expresamente en materia de dolo vicio, con la distinción entre dolo principal e incidental con importantes consecuencias jurídicas (sólo el primero acarrea la invalidez). Contra la opinión que propone una interpretación analógica fundada en que los principios fundamentales de ambos vicios serían iguales y que la escasa posibilidad de realización de una intimidación incidental explicaría el silencio de la ley (42), se puede contestar en nuestro derecho con la letra de los artículos del vigente y del nuevo Código —que no distinguen— y con el argumento del nexa causal. El temor fundado que generaron las amenazas “es” causa determinante de la celebración de “ese” acto, sea cuando sin ellas el destinatario no lo hubiera celebrado en absoluto, sea cuando sin ellas lo hubiera celebrado pero en condiciones distintas. De ello se sigue que en ambos casos es procedente la acción de invalidez (sin perjuicio de la de responsabilidad).

Esta importante diferencia de regulación de dos vicios en muchos aspectos similares, encuentra su justificación en la convicción del medio social de la mayor gravedad de las amenazas respecto de las maniobras dolosas (que el Derecho recoge). Dice un autor que “la violencia es la forma de lesión de la libertad negocial más grave y socialmente más reprobable” (43). Ello explicaría que en la intimidación —a diferencia del dolo— el acto sea inválido tanto en la hipótesis que la víctima no lo hubiera celebrado sin ella, como en la que lo hubiera celebrado pero en otros términos y condiciones.

A mi juicio, debe anotarse un nuevo supuesto en que el temor fundado ha sido determinante de la celebración del acto. Para que ello suceda no es indispensable que la amenaza haya sido dirigida a una precisa declaración de voluntad; la víctima, frente a la alternativa de ceder a las amenazas o de experimentar el mal, puede haber ofrecido al autor de ellas una solución diversa mediante la conclusión de un acto diverso y bien puede

(42) GIORGI, Jorge, “Teoría de las obligaciones”, 7ª edición, Reus, Madrid, t. VI, p. 102, al que transcriben DE GASPERI, Luis - MORELLO, Augusto M., “Tratado de Derecho Civil”, Tea, t. I, p. 465.

(43) BIANCA, Massimo C., “Diritto civile. Il contratto”, 3, Guffrè Editore, Milano, p. 619; TERRE, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, “Droit Civil. Les obligations”, 10ª ed., Dalloz, p. 254, justifican las diferencias en que desde el punto de vista social, los problemas causados por la violencia son más peligrosos.

decirse que este último ha sido “determinado” por causa del temor fundado provocado por las amenazas (44).

VIII. Bienes amenazados

El vigente art. 937, como es sabido, establece que las amenazas pueden recaer sobre el contratante o sobre su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos. Superada luego la distinción entre legítimos e ilegítimos, el interrogante que suscita ahora el texto se relaciona con la amenaza recaída sobre una persona carente de esas relaciones de parentesco (un hermano, un amigo o, aún, un extraño). ¿Significa en esos casos que las amenazas carecen de consecuencia alguna y que el negocio celebrado produce la plenitud de sus efectos?

Los autores coinciden en una contestación negativa, para lo cual resulta básica la nota al artículo. Con cita de Marcadé, se indica allí que la enumeración “no es limitativa a las personas que en él se designa. Si mi negativa a firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar a mi hermano o de infligir malos tratos a una persona de mi amistad o de asesinar a una persona que me es extraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia real de temor que me es enteramente personal”.

Las coincidencias acerca del carácter no limitativo de la numeración (45), desaparecen cuando el tema se traslada al problema de la prueba.

Para algunos, si se trata de los parientes enumerados, basta probar las amenazas cualquiera sea la relación entre ellas y tratándose de otras per-

(44) BIANCA, Massimo C., “Diritto civile. Il contratto”, 3, Giuffrè Editore, Milano, p. 621, nota 163 cita la opinión en ese sentido de Trabucchi; CARIOTA FERRARA, “El negocio jurídico”, traducción de Manuel Albaladejo, Aguilar, p. 456.

(45) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 14ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 322 y s.; CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, 2ª edición, Astrea, p. 562; BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, t. I, p. 450; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “El negocio jurídico”, Astrea, p. 301; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La intimidación como vicio del consentimiento”, en *Los vicios de la voluntad*, Serie IV, Instituto de Derecho Civil, Número 10, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 140; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Lexis Nexis, 20ª edición, t. II, p. 447 y s.; SALVAT, Raymundo M. en SALVAT, Raymundo M. - LÓPEZ OLACIREGUI, José M., “Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., Edición del Cincuentenario, t. II, p. 599.

sonas (amigos, otros parientes) hay que probar la relación de amistad y afecto entre ellas y la víctima (46).

Otra opinión considera que cuando las amenazas se dirigen contra una persona no contemplada en la enumeración de la ley, es necesario probar que la amenaza ha gravitado sobre quien se manifiesta coaccionado, mientras que tratándose de las personas mencionadas rige una presunción de aprecio y afecto que puede ser destruida mediante la prueba en contrario (odio o manifiesta ausencia de aprecio entre ellas) (47).

Ambas tesis son motivo de cuestionamientos y, más ampliamente, se afirma con acierto que cualquiera sea la dirección de la amenaza (la propia persona, las enumeradas o no por el art. 937 o aun un extraño), basta la convicción que el acto se ha llevado a cabo bajo el temor fundado de evitar el mal grave e inminente (48).

El art. 276 del nuevo Código recoge esta última tesis: establece que las amenazas pueden recaer, indistintamente “en la persona o bienes de la parte o de un tercero”. Lo relevante —como se dijo— cualquiera sea la dirección de las amenazas, es que ellas hayan generado en la víctima el

(46) SALVAT, Raymundo M. en SALVAT, Raymundo M. - LÓPEZ OLACIREGUI, José M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., edición del cincuentenario, t. II, p. 601; AGUIAR, Henoch D., “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley. II. Actos ilícitos. Responsabilidad civil”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950, t. I, p. 240.

(47) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Lexis Nexis, 20ª edición, Tº II, p. 447 y s.; BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, t. I, p. 450 y s. La diferencia con la opinión anterior era que, respecto de los enumerados, no era necesario demostrar el afecto y aprecio sino la impresión que había producido la amenaza en el ánimo del agente. Además, respecto de los enumerados, que la presunción que derivaba del parentesco como prueba suficiente de la intimidación, podía ser destruida por prueba en contrario. El art. 1113 del Código Civil francés, es similar al art. 937 del Código Civil anterior. Afirma GHESTIN, Jacques, “*Traité de Droit Civil*”, sous la direction de Jacques Ghestin, “La formation du contrat”, 3ª ed., L.G.D.J., p. 566, que la lista establece una simple presunción que puede ser extendida con la prueba de la influencia determinante ejercida por las amenazas sobre el consentimiento. También, LARROUMET, Christian, “*Droit Civil*”, t. 3, *Les obligations. Le contrat*, 4ª Ed., Económica, p. 320.

(48) CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, 2ª edición, Astrea, p. 562; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 14ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 322; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La intimidación como vicio del consentimiento, en Los vicios de la voluntad”, Serie IV, Instituto de Derecho Civil, Número 10, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 140; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “El negocio jurídico”, Astrea, p. 302 y s.; SPOTA, Alberto G., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Depalma, Buenos Aires, vol. 3 [6], p. 649 y s.

temor fundado de su materialización determinando su voluntad: básicos sentimientos de solidaridad y sensibilidad social indican, por ejemplo, que aún la amenaza a derechos personalísimos básicos de un extraño (vida, integridad física) puede ser tan grave —o casi— que la dirigida a un pariente próximo.

IX. Innecesariedad de un “daño importante”

La concurrencia de los requisitos que contempla el vigente y el nuevo precepto, acarrearán la invalidez del acto sin necesidad de que se haya producido, además, un “daño importante”. Es esta otra diferencia significativa con el dolo esencial en que, concurriendo los requisitos del dolo principal —y estando por ello viciada la voluntad—, se hace necesario también que la víctima haya experimentado un daño importante.

Otra vez, la similitud de ambos vicios no excluye diferencias de regulación importantes y las razones deben encontrarse nuevamente en la circunstancia que el ordenamiento jurídico recoge una convicción social de la mayor gravedad de las amenazas respecto de las maniobras dolosas. Corolario de ello es que la ausencia de un daño importante en el dolo principal es insuficiente para acarrear la invalidez del acto mientras que en la intimidación el acto es inválido aunque no exista daño importante.

En el dolo vicio, la seguridad jurídica se vería afectada si cualquier daño generara consecuencias tan extremas como la privación de los efectos del acto, razonamiento que no se extiende a la intimidación en razón de su mayor afectación al interés social.

X. Temor ambiental. Estado de necesidad

Como es notorio, es indiferente en nuestro Derecho que las amenazas provengan de una de las partes o de un tercero (art. 941); la misma solución contempla el nuevo Código (art. 277). Lo determinante es la voluntad viciada, sin perjuicio de la acción de responsabilidad del contratante de buena fe contra el tercero autor de las amenazas.

Ahora bien, en estricta relación con las amenazas ejercidas por un tercero, debe considerarse el problema del llamado “temor ambiental”. En ocasiones, el temor bajo cuyo influjo se celebra el acto no proviene en forma directa de una persona, sino más bien bajo una situación general de amenaza en el medio en que se actúa, resultante de circunstancias de excepción: guerra civil, dictadura, ocupación territorial por fuerzas enemigas.

gas, presiones oficiales, propuestas o insinuaciones basadas en el poder de la autoridad, aún provenientes de gobiernos democráticos, etc.

El temor ambiental guarda vinculación con el estado de necesidad, aunque a mi juicio deben distinguirse (49). El último es causa de justificación por la acción u omisión resultante de hechos exteriores —a diferencia del temor ambiental, son circunstancias específicas, no generalizadas— que inducen a causar un daño o celebrar un acto para liberarse de un mal mayor. Se encuentra afectada la condición interna de la libertad y, en lo que acá interesa, cuando se ha celebrado un negocio bajo ese estado, la doctrina reciente admite su invalidez (50), aunque difiere en los fundamentos: algunos lo encuadran como un vicio de la libertad —asimilándolo por provenir de factores exteriores a la intimidación por un tercero— (51) y otros piensan que se está en presencia de un vicio en la causa (52) o en el objeto (53).

Aludiendo al temor ambiental, señala De Castro y Bravo que la falta de prueba de una amenaza dirigida a la celebración directa y concreta de un contrato, ha sido tenida en cuenta por los Tribunales de su país para rechazar las peticiones de anulación de contratos realizados en un “ámbito inconcreto de temores (guerra civil)”, aunque en otros fallos se tuvo en cuenta una “situación de terror”, dado el “ambiente revolucionario” para la anulación de los contratos (54).

En el Derecho francés, luego de la liberación de ese país de la ocupación de las fuerzas armadas alemanas en la Segunda Guerra Mundial, se dictó la ordenanza del 21 de abril de 1945 que reglamentó los criterios y procedimientos para la devolución de bienes expoliados durante la ocupación bajo una situación de temor ambiental. La norma legal reconoció

(49) Comparar, sin embargo, BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 14ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, La Ley, t. II, p. 325.

(50) Comparar, sin embargo, BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 14ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, La Ley, t. II, p. 325.

(51) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, Lexis Nexis, 20ª ed., p. 453 y ss.

(52) COMPAGNUCCI DE CASO, “El negocio jurídico”, Astrea, p. 310. En el Derecho italiano, SANTORO PASSARELLI, Francisco, “Doctrinas generales del derecho civil”, traducción de A. LUNA SERRANO, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1964, p. 197.

(53) ARAUZ CASTEX, Manuel, “Derecho Civil, Parte General”, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, tomo II, no. 1828, por aplicación del art. 953 del Código Civil anterior.

(54) DE CASTRO y BRAVO, Federico, “El negocio jurídico”, Civitas, p. 141, quien, sin embargo, parece entender que las situaciones “más que a la intimidación, atienden a la conducta dolosa”.

la legitimidad de la pretensión de ciudadanos franceses de recuperación de valiosas obras de arte de sus ancestros asesinados o intimidados, disponiendo la nulidad de actos de disposición constitutivos de verdaderas expoliaciones (55). Es también destacable una sentencia del 2 de julio de 1999 de la Corte de Apelaciones de París que condenó al Museo del Louvre a restituir diversas obras de arte a los propietarios que habían sido expoliados en 1941 durante la ocupación Nazi (56).

En nuestro país debieron ser resueltas por los Tribunales acciones de invalidez sustentadas en circunstancias calificables como de temor ambiental. Así, con motivo de la situación existente en la Argentina antes de septiembre de 1955, se plantearon sin éxito acciones de esa naturaleza contra actos celebrados en esa época, invocándose la existencia de intimidación. En una de ellas se impugnaba una donación a la Fundación Evita, aduciéndose que se había realizado bajo “una campaña dirigida por el Presidente de la República armado de facultades extraordinarias” (57).

La doctrina parece ser reticente a admitir que una situación general de temor pueda sustituir, por sí misma, el presupuesto fáctico de la *fattispecie* de la intimidación (58). Así, se ha dicho que las simples presiones más o

(55) LÓPEZ MESA, Marcelo, “La violencia como vicio de la voluntad, en Los vicios de la voluntad”, Serie IV, *Instituto de Derecho Civil*, Número 10, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, 105 y ss.

(56) El fallo en *Recueil*, Dalloz, t. 1999, Sec. Jurisprudence, p. 535 y ss.

(57) CNCiv., Sala F, 19/07/1962 (ED-3, 654) confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (28/10/1963, ED-8, 387) citados por BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, *Astrea*, t. I, p. 455, nota 50. En este fallo se consideró, entre otros fundamentos, que no concurrían los requisitos de los arts. 937 y 938 del Código Civil anterior, mediando la sola amenaza de un Ministro de la Nación, en el sentido de que se liquidaría la sucesión del padre de los impugnantes del acto de no acceder al otorgamiento de una escritura pública, pues quedaba a éstos discutir en juicio cualquier acto arbitrario. Se había omitido articular la acción bajo el Poder Judicial de ese entonces, con el argumento de no merecer confianza los jueces actuantes en esa época. El cuestionamiento a este último argumento parece haber sido el motivo del rechazo de la demanda: “el principio de la continuidad jurídica de la República es exigencia propia del Estado de derecho y, por tanto, no puede darse por inexistente el Poder Judicial de la época que precedió a la Revolución de septiembre de 1955 al pretenderse invalidar un acto por intimidación de la autoridad...”. Un caso similar resolvió la C2ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, 29/08/1967, ED-22, 390. Más recientemente, CNCom., Sala D, 15/05/1984, LA LEY, 1984-C, 465.

(58) CARRESI, Franco, “La violenze nei contratti”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVI 1962, P. 415; RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 3ª edición, Lexis Nexis, t. II, p. 760; CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, *Astrea*, p. 415, señala que en algunos casos ese criterio “parece criticable”.

menos intensas de un partido político gobernante no cuentan con la entidad suficiente para viciar la voluntad del disponente pues para tal fin se requiere que haya habido verdaderas amenazas (59).

Sin embargo, ello no resulta compatible con el señalado reconocimiento de la igualdad de consecuencias —aunque con la mencionada diversidad de fundamentos— entre la intimidación y el estado de necesidad (la invalidez). La circunstancia que esta última provenga de circunstancias específicas, no generales, y el “temor ambiental” de circunstancias más generales, no excluye que cuando han incidido de modo similar en la voluntad de la víctima, los efectos deban también ser los mismos.

La situación de temor ambiental provendrá, por lo general, de la autoridad pública (sea la emanada de procedimientos democráticos, dictaduras o fuerzas de ocupación), de ahí la importancia de una norma legal como la del art. 1403 del Código Civil de Quebec que establece que el temor inducido por una autoridad vicia el consentimiento (60), que hubiera sido deseable que el nuevo Código recogiera.

De cualquier modo, el temor derivado de la situación ambiental estará regularmente “corporizado” en una persona y serán las circunstancias del caso —que deberán ser valoradas puntualmente— las que permitirán evaluar si concurren los presupuestos de la intimidación. Lo cierto es que determinadas “presiones” de la autoridad pública realizadas en el contexto de un “temor ambiental” podrán ser consideradas “amenazas”, pese a que las mismas acciones, en otro contexto, carecerían de esa virtualidad.

XI. La “violencia económica” en el Derecho francés

En ese país se han subsumido determinadas situaciones de hecho en el estado de necesidad o en una llamada violencia económica (61), considerando que constituyen hipótesis de violencia o son asimilables a ella. Típicamente, el caso del salvataje marítimo con un provecho excesivo, que la Corte de Casación —ya en 1887— estableció que era un supuesto de invalidez por un

(59) SANTORO PASSARELLI, Francesco, “Violenza e annullamento del contratto”, en *Saggi di diritto civile*, Jovene, t. I, p. 268.

(60) Art. 1403: “La crainte inspirée par l’exercice abusif d’un droit ou d’une autorité ou par la menace d’un tel exercice vicie le consentement”.

(61) Comparar, sin embargo, LARROUMET, Christian, “Droit Civil. Les obligations. Le contrat”, Tome 3, *Collection Droit Civil*, dirigée par Christian Larroumet, Ed. Economica, 1998, 4^e édition p. 320.

vicio de la voluntad (62). El estado de necesidad asimilado a la violencia fue nuevamente invocado durante la Segunda Guerra Mundial, en beneficio de personas judías que habían cedido sus bienes a bajo precio como consecuencia de las persecuciones de que habían sido objeto (63) o en el contrato entre el cirujano y una persona gravemente enferma en que se habían pactado honorarios excesivos (64). Más recientemente, la Corte de Casación confirmó una sentencia que había anulado un contrato de trabajo desventajoso para el asalariado celebrado bajo la influencia de una necesidad de dinero (65).

La cuestión ha readquirido actualidad en ese país por el encuadre de situaciones en una llamada “violencia económica”. Observan Malarie - Aynes que se admite hoy que la explotación de una dependencia económica constituye una violencia, vicio del consentimiento, si se reúnen dos condiciones: una explotación de la dependencia económica y el fin de obtener una ventaja indebida (66). Sin embargo, se ha precisado que la Corte de Casación ha tenido en esta materia una gran prudencia, habiendo censurado resoluciones que habían asimilado el estado de dependencia económica con la violencia (67).

Probablemente, la indicada “extensión” de la aplicación de la intimidación, tenga su razón de ser en el ámbito circunscripto que ese Derecho asigna a la lesión: el art. 1118 del Código Civil establece la regla que la lesión no es causa de nulidad en los contratos, con excepción de las particiones y la venta de inmuebles (arts. 891 y 1624).

En nuestro Derecho, algunos de los supuestos enmarcados como “estado de necesidad” o “violencia económica”, quedarían cómodamente

(62) TERRE, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Ives, “Droit civil. Les obligations”, Dalloz, 10^e édition, 2009, p. 255. La solución fue luego recogida en ese sector particular por una ley del 29 de abril de 1916.

(63) TERRE, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Ives, “Droit civil. Les obligations”, Dalloz, 1^a édition, 2009, p. 255; STARCK, Boris - ROLAND, Philippe - BOYER, Laurent, “Droit Civil, Les Obligations”, 2. Contrat, sixième ed., Litec, p. 206; MALINVAUD, Philippe, “Droit des obligations”, cinquième édition, *Collection droit et gestion*, sous la direction de François Terré, Liec, p. 94.

(64) FLOUR, Jacques - LUBERT, Jean Luc - SAVAUX, Eric, “Les obligations”, I. L., *Acte juridique*, 10^e ed., Armand Colin, p. 161.

(65) TERRE, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Ives, “Droit civil. Les obligations”, Dalloz, 10^e édition, 2009, p. 256.

(66) MALAURIE, Philippe - AYNES, Laurent, “Droit Civil. Les obligations”, Defrénois, L’extenso éditions, 5^e édition, p. 259.

(67) TERRE, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Ives, “Droit civil. Les obligations”, Dalloz, 10^e édition, 2009, p. 258.

subsumidos en la *fattispeccie* de la lesión y su extensión a supuestos no comprendidos en ella, resultaría manifiestamente inconveniente.

XII. Conclusión

Al hilo de la exposición, retomo afirmaciones iniciales: una interpretación evolutiva de los vicios de la voluntad ajustada a la nueva realidad negocial que sus particularidades y la era del intercambio han impuesto permitiría —sin renunciar a la vigencia de la autonomía y a la necesidad de compatibilizar las situaciones con el principio de la confianza— revitalizar su utilidad práctica y despojarlos del perfil casi teórico que han tenido hasta ahora.

En esta materia de la intimación tienen importancia a esos fines —entre otras cuestiones— la propuesta del significado amplio a atribuir a las “modalidades de las amenazas” una interpretación correctiva del requisito de la inminencia del mal, así como la consideración que el llamado temor ambiental está comprendido, según las circunstancias, dentro del supuesto de hecho de la intimidación. ♦

PRIVILEGIOS

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

I. Nociones generales

El problema de los privilegios no se plantea, ni podría plantearse de ninguna manera, entre el acreedor y el deudor; sino que se trata en definitiva de un derecho que opone un acreedor a otro acreedor (1). Lo cual es así, como bien lo apunta la Dra. Kemelmajer de Carlucci, por cuanto “en general, los privilegios *stricto sensu* tienen en miras la *cantidad*, pues si el bien liquidado no alcanza para cubrir a todos los acreedores, el privilegiado cobrará *más* que los meramente quirografarios” (2).

En el plano de las situaciones de los distintos acreedores de un mismo deudor, existen en efecto algunos que tienen derecho a cobrar con prelación a otros, cuando el activo del patrimonio del deudor resulta insuficiente para satisfacer todos sus débitos. Y, cuando este derecho “para ser pagado con preferencia a otro” resulta exclusivamente “de una disposición de la ley”, tenemos propiamente lo que en nuestro léxico jurídico se denomina “privilegio” —doctrina de los arts. 3875 (“*Privilegio es el derecho de un acreedor a ser pagado con preferencia a otro*”) y 3876 (“*Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. Los deudores no pueden crear privilegios a favor de sus acreedores sino del modo que ella establece*”), Código Civil—.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 27 de noviembre de 2014.

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en “Código Civil comentado. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía. Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles. Artículos 3875 a 4051”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 23, n° 3; Cám. Nac. Com. sala B, 26/11/1965, “Tornquist y Cía. c. Fundiciones y Talleres La Unión S.A.”, J.A., 1966-IV-18 y E.D. 13-797.

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil comentado... Privilegios. Artículos 3875 a 4051” cit., p. 21, n° 1. En similar sentido: MARIANI de VIDAL, Marina en “Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Dir. Alberto J. BUERES, Coord. Elena I. HIGHTON, Bs. As., Hammurabi, 2001, T° 6-B, ps. 218 y siguiente, art. 3875, § 1; MÜLLER, Enrique Carlos en Jorge Joaquín LLAMBÍAS — María Josefa MÉNDEZ COSTA *Código Civil anotado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, T° V-C, p. 547, letra A; PIZARRO, Ramón Daniel — VALLESPINOS, Carlos Gustavo *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, T° 2, p. 358, § 430.

El Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, en su art. 2573 comienza diciendo que “*Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*”; y luego en su art. 2574: “*Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece*”.

Podemos pues decir que el propio Código Civil suministra un concepto amplio de privilegio, al establecer en su art. 3875 que éste es “*El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro*”. Empero señalaba al respecto Cortés, que “el concepto del instituto no aparece claro a través de la regla positiva aludida, porque ella no involucra un punto fundamental tipificador de aquél, cuál es lo relativo a la calidad o naturaleza del crédito amparado, que constituye el motivo determinante del privilegio” (3); en tanto a su vez Molinario, luego de apuntar que se trata de “una definición sumamente defectuosa”, agrega que “la fuente de anfibología que contiene el art. 3.875 (...) radica en la circunstancia de no precisar la característica de ‘aconvencionalidad’ de la preferencia” (4).

En nuestro parecer dicha definición es correcta y comprensiva de las dos notas salientes que tipifican al privilegio: el acordar una prioridad para el cobro de un crédito, rasgo común a todas las causas de preferencia; y el ser de origen exclusivamente legal, nota que, a mayor abundamiento, luego se reitera: “*El privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley*”, y precisa: “*El deudor no puede crear privilegios a favor de ninguno de los acreedores*”, en el subsiguiente art. 3876 del Código Civil (5). Lo cual no obsta, empero, a que igualmente aceptemos que dicho concepto se pule y perfecciona, con el agregado propuesto por Cortés, en el sentido de que privilegio es “*el derecho surgido de la calidad del crédito, por motivo del cual la ley confiere al acreedor la facultad de ser pagado con preferencia a los otros acreedores del deudor*” (6).

(3) CORTÉS, Hernán “Los privilegios en el derecho civil”, 2ª ed., Mendoza, Talleres Accurzio, 1959, p. 19, n° 4.

(4) MOLINARIO, Alberto D., “Los privilegios en el derecho civil argentino”, Bs. As., Valerio Abeledo, 1941, p. 17, n° 6.

(5) ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, Oscar José - LÓPEZ CABANA, Roberto M. “Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales”, 4ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 387, n° 806; BOFFI BOGGERO, Luis María *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1975, T° 3, ps. 3 y sig., § 714.

(6) CORTÉS “Los privilegios en el derecho civil” cit., p. 19, n° 4; KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil comentado... Privilegios. Artículos 3875 a 4051” cit., p. 23. N° 2.

II. Pluralidad de regímenes

Los privilegios aparecen regulados entre nosotros en distintos ordenamientos legales, lo cual obviamente complica el tema y lo torna tanto más dificultoso.

Así hay que agregar al articulado del Código Civil: ante todo los arts. 239 a 250 (Título IV, Capítulo I) de la Ley de Concursos 24.522; los arts. 130, 200 y 582 del Código de Comercio; el Código Penal en sus arts. 29 a 31; el Código Aeronáutico (ley 17.285) en sus arts. 53, 54 y 57; el Código de Minería en sus arts. 269 a 284; la Ley de Propiedad Horizontal 13.512 en su art. 17; el Título 14 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744; los arts. 598 y 599 de la Ley de la Navegación 20.094; en fin, la Ley de Entidades Financieras, la de Prenda Agraria, la de *Warrants*, la Ley de Seguros, las leyes fiscales, etcétera. Por todo lo cual bien ha podido decir la Dra. Kemelmajer de Carlucci: “Las remisiones de una ley a otra, la duplicación de disposiciones y la falta de coordinación de las normas hace que un mismo crédito sea privilegiado o no, tenga prioridad sobre otro o desaparezca, según el deudor esté o no concursado, o exista o no un acreedor que cause una interpretación diversa de las normas”; luego de lo cual concluye que “La calidad del crédito no debe variar según las diferentes situaciones, y los terceros deben saber a qué atenerse. La doctrina, en forma prácticamente unánime, declara la imperiosa necesidad de un solo régimen legal” (7).

Empero, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha avanzado sobre este punto, atento que en su art. 2582 se ha incluido entre los privilegios especiales, sobre los bienes que en cada caso se indica, a “*los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería*” —inc. f—; los que por su parte conservan el orden de prelación “*previsto en sus respectivos ordenamientos*” (art. 2586, inc. a).

Entre nosotros, ya la Ley de Concursos 19.551/1972, comprensiva tanto de las quiebras mercantiles como de los concursos civiles (art. 22 de su Texto Ordenado por el dec. 2449/1984), vino a modificar parcial, pero sustancialmente, el sistema de los privilegios del Código Civil; lo cual se mantiene actualmente en la nueva Ley de Concursos 24.522 y sus modificatorias. Así, en el art. 239, primer párrafo, de dicha ley 24.522, se establece que “*Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este Capítulo y conforme a sus disposiciones.*” Principio éste que descarta prácticamente la aplicabilidad

(7) KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil comentado. Privilegios... Artículos 3875 a 4051” cit., ps. 38 y ss., n° 13.

de las normas del Código Civil sobre los privilegios generales (8)(8); ya que estos sólo se pueden hacer valer en los juicios universales, como lo son especialmente los de concurso civil y quiebra, tal como a mayor abundamiento se lo establece concretamente en los arts. 2580 —“*Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales*”—, y 2579 —“*En los procesos universales los privilegios se rigen por la Ley de Concursos, exista o no cesación de pagos*”— del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

De tal forma, la vigencia de aquellos privilegios generales del Código Civil, habría de quedar circunscripta solo a los contados supuestos, admitidos por la doctrina, en que los mismos sean invocados en el juicio —también “universal”— de una sucesión que siendo insolvente, no estuviere empero concursada (doctrina del art. 3284 Cód. Civil) (9); atento que en éstas, si bien no mediando oposición de parte el heredero debe pagar a los acreedores a medida que se presenten (art. 3398 Código Civil), de todas maneras “*si hubiere acreedores privilegiados o hipotecarios, el precio de la venta de los inmuebles (y por extensión también de los muebles) será distribuido según el orden de los privilegios... dispuesto en este Código*” (art. 3396 Código Civil) (10).

Y en lo que respecta a los privilegios especiales, la actual dualidad legislativa resulta tanto más notoria, y por ende criticable; puesto que el régimen del Código Civil subsistirá inalterado para cuando ellos se ejerciten en ejecuciones individuales por la vía de la tercería de mejor derecho, mientras que resultará desplazado por el de la ley 24.522, si el privilegio especial debe hacerse valer en un concurso civil o quiebra. Y esto puede implicar que algún crédito privilegiado pueda resultar pospuesto en el orden de prioridades, o vea disminuir o desaparecer completamente su preferencia, si durante el trámite de la tercería el deudor se toma insolvente y se abre su concurso. Concretamente, verbigracia, el privilegio del locador que alcanza en el Código Civil hasta dos años vencidos de arrendamientos si se trata de una casa o tres años si de una hacienda de campo (art. 3883), los del vendedor impago de cosa mueble (art. 3893) o inmueble (art. 3924) y mutuante del dinero para el pago de su precio (art. 3927), o del donante (art. 3930), etc., pierden lisa y llanamente su privilegio y pasan a ser meros créditos quirografarios o comunes, ante la sola iniciación del concurso del deudor (11).

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “Los privilegios en el proceso concursal”, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 38, § 3-1°.

(9) KEMELMAJER DE CARLUCCI “Código Civil comentado... Privilegios... Artículos 3.875 a 4051” cit., p. 77, n° 3-g)-IV.

(10) BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª. ed. actualizada por Alejandro Borda, Bs. As., La Ley, 2008, T° I, pp. 259 y ss., n° 261.

(11) TRIGO REPRESAS, Félix Alberto “La ley general de concursos y el nuevo régimen de los privilegios en materia civil”, en *Doctrina Jurídica* (publicación del Dpto. de Investigacio-

Pero todo este problema desaparece en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pues su art. 2579 dispone que *“En los procesos universales se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos”*; como así que *“Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales”*.

III. Caracteres de los privilegios

Existe en general coincidencia en la doctrina en el sentido de que los privilegios presentan los siguientes caracteres: son a) de origen exclusivamente legal; b) accesorios; c) excepcionales y por ello de hermenéutica restrictiva; y d) indivisibles (12); agregándose por algunos autores su “objetividad” (13).

nes Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata), vol. IV, n° 85 del 11-8-72, p. I, n° II; ARGERI, Saúl A. “La quiebra y los demás procesos concursales” La Plata, Editora Platense, 1974, T° III, pp. 258-259, n° VII y nota 41; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL “Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil” cit., p. 7 “palabras previas”, pp. 117-118, n°s. 18 a 21 y pp. 156 y 157, n° 109; ALLENDE, Guillermo L. “Ley de concursos, Privilegios”, en E.D. 45, pp. 895 y 896, n°s. 11 a 14; LLOVERAS, Néstor Luis “El privilegio de los gastos de justicia y la nueva ley de concursos” en E.D. 45, pp. 897 y 898, n° 1; KEMELMAJER DE CARLUCCI “Los privilegios en el proceso concursal” cit., p. 39, § 3-2°; FERRER, Patricia “Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal”, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 115, § 70. Comparar: DEGIOVANNI, Rodolfo “Los privilegios en la ley de concursos”, en J.A. Doctrina 1974, pp. 176 y sigs., especialmente n° 2°)-3.

(12) ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA “Derecho de Obligaciones. Civiles y comerciales” cit., ps. 388 y sig., n° 810; BOFFI BOGGERO “Tratado de las Obligaciones” cit., T° 3, pp. 13 y sigs.; § 724; BORDA, Guillermo A. “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, T° 1, p. 256 y ss., n° 258; CORTÉS “Los privilegios en el derecho civil” cit., pp. 20 y ss., n°s. 6-11 y p. 29, N° 18; DE GÁSPERI, Luis - MORELLO, Augusto Mario “Tratado de derecho civil”, Bs. As., TEA, 1964, T° III, p. 591 y sigs., n°s. 1536-1539, n. 13; FERNÁNDEZ, Raymundo L. “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios”, Bs. As., Talleres Gráficos Luis Rubino, 1941, T° 1, p. 66 y sigs., n°s. 46-56; KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil comentado... Privilegios. Artículos 3875 a 4051” cit., p. 28, n° 9-a); LAFAILLE, Héctor y BUERES, Alberto J. - MAYO, Jorge A. “Derecho civil. Tratado de las obligaciones” 2ª ed., Bs. As., La Ley-Ediar, 2009, T° 1, p. 569 y sigs., n° 629; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Bs. As., Perrot, 1967, T° 1, p. 598 y sigs., n° 491; MARIANI DE VIDAL en “Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” cit., Dir. Bueres, Coord. Highton, T° 6-B, ps- 227 y ss., art. 3876, § 1; MÜLLER en LLAMBÍAS - MÉNDEZ COSTA “Código Civil Anotado” cit., T° 5-C, ps. 557 y ss., art. 3876, letra A; MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 31 y sigs., nos. 15-19; PIZARRO-VALLESPINOS “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones” cit., T° 2, p. 363, § 436-a); SALVAT, Raymundo M. - ARGANARÁS, Manuel “Tratado de derecho civil. Derechos reales”, 5ª ed., Bs. As., TEA, 1961, T° IV, ps. 540 y sigs., n° 2842; GULLÓN BALLESTEROS, “El crédito privilegiado en el Código Civil” en “Anuario de Derecho Civil”, T° XI, fasc. II, p. 438, n° 2.

(13) CORTÉS “Los privilegios en el derecho civil” cit., pp. 19 y ss., n°s. 4-6; KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil comentado... Privilegios. Artículos 3875 a 4051” cit., ps. 23,

a) *Son de origen exclusivamente legal*, sobre lo cual existe coincidencia doctrinaria y jurisprudencial. Característica ésta que surge del propio art. 3876 del Código Civil: “*El privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores*”; y que constituye una de las circunstancias que permiten distinguirlos de los derechos reales de garantía.

El nuevo Código Civil y Comercial de la nación (ley 26.994) tampoco permite a los deudores crear privilegios a favor de sus acreedores en su art. 2574 que dice: “*Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece*”.

b) *Son accesorios*. Los privilegios constituyen un accesorio del crédito al cual se refieren y carecen por lo tanto de vida propia —art. 523 del Código Civil y art. 856 del Código Civil y Comercial de la Nación—; teniendo su razón de ser en la existencia de lo principal, que es el crédito. Por lo tanto, si el crédito se extingue o se transmite, también el privilegio queda extinguido o transmitido, según así lo expresa el Código Civil en su art. 3877: “*Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos a los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes pueden ejercerlos como los mismos cedentes*”.

Manteniéndose el mismo principio en el Código Civil y Comercial de la Nación, que expresamente prevé en la parte final de su art. 2576: “*La transmisión del crédito incluye la de su privilegio*”.

Ello con la salvedad del supuesto de novación, que es una de las formas de extinción de las obligaciones, en el cual el acreedor que la consiente “*sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva*” (arts. 803 del Código Civil y 940 del Cód. Civil y Comercial de la Nación) (14).

c) *Son excepcionales y, consecuentemente, de hermenéutica restrictiva*. Lo son, por cuanto importan la derogación del principio general de la igualdad de todos los acreedores con relación al patrimonio del deudor; creando por

nº 2 y 28, nº 9; PIZARRO-VALLESPINOS “Instituciones de derecho privado. Obligaciones” cit., Tº 2, ps. 364 y ss., § 436-d).

(14) BOFFI BOGGERO “Tratado de las obligaciones” cit., Tº 3, p. 16, § 724-c); LLAM-BÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, ps. 600 y 601, nº 491-B; FERNÁNDEZ, “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios” cit., Tº I, p. 70 y sigs., nota 51; PONSSA, Roberto “Doctrina general de los privilegios”, Bs. As., Depalma, 1951, pp. 50 y 51, nº 6-B.

el contrario para algunos de ellos una situación especial de prioridad para el cobro de sus respectivos créditos (15). Por lo que bien puede pues decirse, que los privilegios están taxativamente determinados por la ley, y que no existen si ésta no los ha establecido en forma expresa y precisa.

De lo que se sigue que en esta materia no cabe la analogía. No se puede aplicar el privilegio previsto para una situación determinada a otra distinta, por más similitudes o semejanzas que ambas pudiesen presentar; como así que cuando media duda sobre la existencia o no del privilegio, la solución correcta ha de ser su rechazo (16). Si bien no existe ninguna norma que así lo establezca expresamente, lo dicho fluye implícitamente de lo dispuesto en los arts. 3875 y 3876 del Código Civil.

d) *Son indivisibles*. Este principio no está consagrado en el Código Civil respecto de los privilegios, sino con relación a los derechos reales de garantía: la hipoteca (arts. 682, 3112 y 3113), la prenda (art. 3233) y el anticresis (art. 3245).

Sin embargo nuestra doctrina ha admitido sin discrepancias que la indivisibilidad es una nota típica de los privilegios; pues, como bien lo señala Llambías: “siendo el privilegio una calidad del crédito, éste, mientras exista, y en la medida que exista, sigue actuando sobre la cosa o bien gravado, o una parte de ella, con esa calidad preferencial. Para alterar tal indivisi-

(15) Cám. Nac. Civil Sala C, 16/04/1984, “D. de K. c. K.”; J.A. 1984-III-665, E.D. 109-329; Cám. 1ª civ. y com. La Plata Sala III, 16/05/1974, “Martínez de la Fuente c. Soldani”, E.D. 56-353; BORDA *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, pp. 256 y ss., nº 258-b; BOFFI BOGGERO “Tratado de las Obligaciones” cit., Tº III, p. 16, § 724-b); ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, “Derecho de Obligaciones. Civiles y comerciales” cit., p. 389, nº 810-2.

(16) SEGOVIA “El Código Civil de la República Argentina” cit., Tº II, p. 700, n. 3 al art. 3878; LLERENA, Baldomero J. “Concordancias y comentarios del Código Civil argentino”, Bs. As., Jacobo Peuser, 1903, Tº X, p. 308, nº 2, art. 3876; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL “Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil” cit., pp. 30 y 31, nº III; MACHADO, José Olegario “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, Bs. As., M. A. ROZAS, 1915, Tº X, p. 472 y sigs., nota al art. 3876; PONSSA “Doctrina general de los privilegios” cit., pp. 48 y 49, nº 6-A; SALVAT-ARGAÑARÁS *Tratado de derecho civil. Derechos reales* cit., Tº IV, p. 542, nº 2842; FERNÁNDEZ *Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios* cit., Tº I, ps. 66 y sigs., nº 46; MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., ps. 35 y sigs., nº 18; CORTÉS “Los privilegios en el derecho civil” cit., pp. 20 y 21, nº 7; CORDEIRO ÁLVAREZ, Ernesto “Tratado de los privilegios”, Bs. As., Cía. Arg. de Editores S.R.L., 1941, pp. 52 y 53, nº 11; LAFAILLE y BUERES-MAYO *Tratado de las obligaciones* cit., Tº I, p. 1032, n. 629; MORELLO, “adiciones” a DE GÁSPERI “Tratado de derecho civil” cit., Tº III, p. 593, n. 13; C.S.N., 28/12/2006, “Banco Central de la Rep. Argentina s/ incid. rev. en Banco Cooper Sur Coop. Ltda. - su quiebra”, L.L. 2006-C-871.

bilidad, sería menester una disposición especial que la dejara de lado y mandase que la extinción parcial del crédito habría de implicar, en la misma medida, la disminución del privilegio, como también que la reducción del asiento habría de provocar en la misma proporción, la limitación del privilegio” (17). Así lo dice expresamente el art. 2576 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “*Los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito*”.

Esta indivisibilidad no es más que una aplicación de la regla romana, referida a la prenda y a la hipoteca, según la cual cada una de ellas *est tota in toto et tota in qualibet parte* (18); lo que quiere significar que la totalidad de la cosa afectada a un privilegio, como así cualquiera de sus partes, lo están hasta tanto el o los créditos a los cuales accede la preferencia hayan sido satisfechos íntegramente (19). La indivisibilidad puede serlo, por tanto, desde el punto de vista de la división de la cosa o sea objetivamente; como desde el punto de vista de la división del crédito, o sea subjetivamente.

e) *Objetividad*. Aceptamos asimismo este carácter, teniendo en cuenta que el privilegio se otorga en razón de la calidad o naturaleza misma de la prestación y no por el sujeto que ha de ejercer su titularidad. Así por ejemplo, no todos los créditos del Estado son privilegiados, ya que sólo gozan de preferencia los tributos en razón del destino de tales créditos (la utilidad común); pues si así no fuese los privilegios serían subjetivos y no objetivos (20).

(17) LLAMBIÁS *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, pp. 602 y 603, nº 491; FERNÁNDEZ, *Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios* cit., Tº I, p. 72, nº 55; MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 38 y sigs., nº 19; BORDA *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, p. 257, nº 258-D; DE GÁSPERI-MORELLO *Tratado de derecho civil* cit., Tº III, p. 593, n. 13 y p. 599 y sig., nº 1539; LAFAILLE y BUERES-MAYO “Tratado de las obligaciones” cit., Tº I, p. 570, nº 629-D; CORTÉS “Los privilegios en el derecho civil” cit., p. 23 y sig., IV-11; BIBILONI, Juan Antonio “Anteproyecto de Reforma del Código Civil”. Bs. As., Gm, o. Kraft Ltda, 1939, Tº II, p. 175 nota a su art. 1287; SALVAT-ARGAÑARÁS “Tratado de derecho civil. Derechos reales” cit., Tº IV, pp. 32 y 33, nº 2851; BOFFI BOGGERO “Tratado de las obligaciones” cit., Tº 3, p. 17, § 724-d); ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, “Derecho de Obligaciones. Civiles y comerciales” cit., p. 389, nº 810-4).

(18) COLMO “Obligaciones en general” cit., p. 328, nº 472; BUSSO *Código civil anotado* cit., Tº IV. p. 579, nº 2.

(19) MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 38, nº 19; PONSSA, “Doctrina general de los privilegios” cit., pp. 52 y 53, nº 6-C.

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil comentado... Privilegios. Artículos 3875 a 4051” cit., p. 23, nº 2; PIZARRO-VALLESPINOS *Instituciones de derecho privado. Obligaciones* cit., Tº 2, ps. 364 y ss., § 436-d).

f) *Acuerdan una preferencia*. Algunos autores (21) agregan a las antedichas, otra característica: la de engendrar el privilegio una prioridad para el cobro del crédito garantido. Desde el momento en que tal prelación está indisolublemente vinculada y unida al concepto de privilegio —y también al más genérico de “causa de preferencia”—, tal como surge del art. 3875 del Código Civil, coincidimos con estos doctrinarios en que esto constituye una nueva nota saliente o característica, que como tal conduce a la individualización de este instituto jurídico.

IV. Fundamento

Existe una coincidencia prácticamente unánime, en el sentido de que el fundamento de los privilegios no es único, sino múltiple y variado; o sea que según los casos serían entonces distintas las razones que justificarían el derecho de algunos acreedores para cobrar antes que otros (22). Así por ejemplo, serían fundamentalmente consideraciones de salubridad pública, aunque también de simple decoro o aun religiosas, las que justificarían el privilegio de los gastos funerarios (art. 3880, inc. 1º Código Civil); mientras que en los gastos de justicia (art. 3879, inc. 1º) y en el privilegio del conservador (art. 3892), la razón reside en el beneficio que directa e indirectamente han proporcionado aquéllos al o a los acreedores a quienes se oponen, al permitirles o facilitarles en definitiva el cobro de sus respectivos créditos, mediante la liquidación de los bienes o conservación de las cosas del deudor.

Pero el que sí propone realmente un fundamento único para todos los privilegios es Molinario, a quien adhieren Alterini, Ameal y López Cabana, al sostener en síntesis que el privilegio resulta ser “una garantía supletoriamente establecida por la ley, a favor de determinados acreedores que se han encontrado o podido encontrarse en la imposibilidad (de hecho) de exigir la constitución de una seguridad personal o real expresa en garantía de determinados créditos”; y que el legislador lo acuerda cuando le intere-

(21) MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 35, n° 17; LA-FAILLE y BUERES-MAYO *Tratado de las obligaciones* cit., Tº I, p. 570, n° 629-F; PONS-SA “Doctrina general de los privilegios” cit., p. 17 y sigs., n° 23-A.

(22) LLAMBÍAS *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, pp. 589 y 590, n° 486; BORDA *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, p. 244, n° 260; CORDEIRO ÁLVAREZ “Tratado de los privilegios” cit., pp. 36-40, n° 5; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL, “Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil” cit., pp. 22-23, n° 11; BOFFI BOGGERO *Tratado de las obligaciones*, cit., Tº 3, p. 112, § 771-f). Además existen otros autores como SALVAT, CORTÉS, DE GÁSPERI (en sus obras citadas), que sólo al ocuparse de cada uno de los distintos privilegios en particular, explican la razón que a su juicio constituye el fundamento de la preferencia acordada por la ley.

sa que se celebre ese tipo de contrato “por su repercusión social, humana o económica” (23).

Por nuestra parte coincidimos con otros autores en que esta teoría si bien resulta explicativa de ciertos privilegios —tales como los que benefician a los créditos por gastos funerarios, servicios médicos, alojamiento en posadas, etc.—; en cambio aparece como insuficiente para fundamentar otros, como por ejemplo los del vendedor de cosa mueble o de cosa inmueble, del locador, etc., en los que resulta difícil admitir la existencia de una situación fáctica de imposibilidad, o siquiera dificultad, para exigir la constitución de una seguridad personal o real. Además, y por sobre todo, la admisión de este fundamento único obstaculizaría la graduación de los privilegios, que es un aspecto fundamental de esta materia, “porque el orden de los privilegios no puede disociarse de la razón por la cual se ha otorgado el privilegio mismo” (24). Por ello adherimos pues a la tendencia mayoritaria, que entiende que no puede, ni debe, encontrarse una sola explicación como fundamento de todos los privilegios; sino que cada cual tiene la suya propia separada y distinta de la de los otros.

V. Naturaleza jurídica

Sobre este punto se ha sostenido que los privilegios constituyen un derecho real o uno personal.

Pero la opinión mayoritaria en nuestro país se inclina porque el privilegio constituye un derecho personal; a lo que nosotros adherimos. El argumento fundamental que se ha formulado en tal sentido, es que los privilegios a diferencia de los derechos reales, no importan una desmembración, carga o limitación del derecho de propiedad que tiene el deudor sobre la cosa afectada a aquéllos; derecho éste que se mantiene en su plenitud. En efecto, tal restricción aún existe, en mayor o menor medida, en el caso del derecho real de hipoteca, en el cual la cosa prosigue en poder del deudor (art. 3108 Código Civil) y éste puede enajenarla (art. 3162 y sigs.); en razón de que el dueño de la cosa hipotecada no puede realizar ningún acto de disposición material o jurídica —verbigracia enajenar muebles accesorios, modificar la estructura del inmueble, degradarlo, etc.—, que pueda traer aparejada la disminución del valor del inmueble

(23) MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 45 y sigs., n.ºs. 22-28, especialmente pp. 49-52, n.ºs. 25 y 26; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA “Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales” cit., p. 388, n.º 808.

(24) LLAMBÍAS “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T.º I, p. 590, n.º 11; cfr. LAFAILLE y BUERES-MAYO *Tratado de las obligaciones* cit., T.º I, p. 569, n.º 12.

(arts. 3157-3161 Código Civil y art. 2195 del Código Civil y Comercial de la Nación). En tanto que el propietario de una cosa afectada a un privilegio, lo sigue siendo exactamente igual a como lo era antes y con todas las atribuciones de tal, sin sufrir menoscabo alguno, aun después de haber nacido el crédito privilegiado (25).

Asimismo, como consecuencia de la afectación directa de la cosa al pago del crédito que se da en los derechos reales de garantía, existe la posibilidad de oponerlos a los terceros adquirentes de la cosa afectada; lo que no sucede en materia de privilegios, que requieren para su vigencia que la cosa permanezca en el patrimonio del deudor, como lo establece el art. 2573 del Código Civil y Comercial de la Nación (26). O sea que el privilegio, como bien se ha señalado, no tiene eficacia sobre bienes que hayan salido del patrimonio del deudor, "...su efecto único es que, si el bien es susceptible de acción ejecutiva, el acreedor privilegiado deberá ser pagado con preferencia a los otros acreedores...; mientras la garantía real confiere al titular poderes aun antes de la fase ejecutiva, en atención al fin de tal garantía, el privilegio sólo se toma en consideración en el momento de la ejecución; la garantía real sirve para reforzar la sanción frente al mismo deudor, y en cambio *el privilegio no considera sino las relaciones entre los varios acreedores*" (27). En este sentido, la acción concedida al locador por el art. 3885 del Código Civil, que constituye un derecho de persecución aunque sumamente limitado, no es en definitiva más que una excepción que confirma la regla antedicha.

Por último siendo el privilegio un accesorio del crédito (doctrina del art. 3877 Código Civil), ha de participar necesariamente de la naturaleza personal de los créditos a los cuales accede, por aquello de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

(25) MOLINARIO "Los privilegios en el derecho civil argentino" cit., pp. 66-68, n° 35 y pp. 95, 97 y 98, n° 54; GULLÓN BALLESTEROS "El crédito privilegiado en el Código Civil" cit. en Anuario de Derecho Civil, T° XI, fasc. II, cit., p. 447, n° 4-D; CORDEIRO ÁLVAREZ "Tratado de los privilegios" cit., pp. 16-17, n° 2; LAFAILLE y BUERES-MAYO *Tratado de las obligaciones* cit., T° I, p. 570, n° 630.

(26) CORTÉS "Los privilegios en el derecho civil" cit., p. 26, n° 14; CORDEIRO ÁLVAREZ "Tratado de los privilegios" cit., pp. 16 y 17, n° 2; MOLINARIO "Los privilegios en el derecho civil argentino" cit., p. 98, n° 54; LAFAILLE, Héctor "Curso de contratos", compilado por Pedro Frutos e Isaura P. Argüello, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1928., T° III, p. 282, n° 333; LLERENA "Concordancias y comentarios del Código Civil argentino" cit., T° 10, p. 306, n° 1 art. 3875; MACHADO "Exposición y comentario del Código Civil argentino" cit., T° X, p. 471 en nota art. 3875; ALSINA "nota" cit. en J.A. VI, p. 558 y sigs.

(27) MONTIEL, Alberto "Apuntes en materia de garantía real", en La Ley 14, sec. doct., p. 71, n° 3-C.

Más recientemente se ha insinuado empero otra tesis, conforme a la cual los privilegios no serían propiamente “derechos” ni reales ni personales, sino meras “cualidades” o “propiedades” del crédito al que acceden, que se traducen en una determinada prelación o preferencia de cobro sobre bienes en general o alguna cosa en particular del deudor.

Se ha atribuido la génesis de esta corriente a Julien Bonnecase (28), quien la expusiera ya en 1930 en el tomo V de su “*Supplément*” al “*Tratado*” de Baudry-Lacantinerie, para luego reiterarla en 1934 en su “*Précis de droit civil*”, en los siguientes términos: “el privilegio no es un derecho, sino *la cualidad de un derecho*, o más bien, como hemos dicho, la ‘propiedad’ de un derecho en el sentido científico y filosófico del término. Esta ‘propiedad’ se traduce de una manera uniforme e invariable por un grado específico de preferencia... conduce siempre, por la fuerza misma de las cosas, a conceder una ventaja práctica al acreedor” (29).

Sin embargo ya con anterioridad, en el año 1928, Héctor Lafaille había propiciado entre nosotros tal tesis, al sostener en términos que presentan singular similitud con los de Bonnecase que: “Los privilegios no son, pues, sino ventajas especiales acordadas a las obligaciones, calidades de éstas que siguen la condición de lo principal”; posición que mantuvo en su “*Tratado de las obligaciones*”, a despecho de los autores que citara en su apoyo que son por el contrario los defensores de la teoría del “derecho personal”, cuando sostiene: “La prelación que examinamos es una ventaja consustancial al derecho del acreedor, inseparable del mismo, a la vez que dependiente de ese título principal. Ni cabe atribuirle una calidad diversa del primero” (30). Por ello es que entendemos que corresponde ubicar a Lafaille dentro de esta orientación sostenida por varios autores (31), reivindicando para él la paternidad de la misma.

(28) BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., Tº I, p. 258, nº 259-C; MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 72 y sig., nº 37; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., Tº I, p. 593, nº 487, n. 18.

(29) BONNECASE, Julien, “Supplément” al “*Traité théorique et pratique de droit civil*” de BAUDRY-LACANTINERIE, París, Librairie du Recueil Sirey, 1930, Tº V, pp. 499-504, nºs. 239-242, especialmente pp. 500-501, nºs. 239-240; ídem “*Précis de droit civil*”, París, 1934; nosotros hemos consultado su traducción española de José Ma. CAJICA (Jr.) “Elementos de derecho civil”, Puebla (México), ed. José Ma. Cajica (Jr.), 1945, Tº II, pp. 623-625, nºs. 890-893, especialmente p. 620, nºs. 890 y 891.

(30) LAFAILLE y BUERES-MAYO *Tratado de las obligaciones* cit., Tº I, p. 573, nº 634.

(31) LLAMBÍAS, *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., Tº I, p. 593, nº 487-C; BORDA *Trat. de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, p. 258, nº 259-C; MÜLLER en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA “Código Civil anotado” cit., Tº 5-C, p. 549, nº 2; PONSSA, “Doctrina general de los privilegios” cit., pp. 21-25, nº 3-D; MARIANI DE VIDAL, Marina

VI. Clasificaciones

En realidad nuestro Código Civil trae dos clasificaciones de los privilegios.

Una de ellas se atiene a la naturaleza de los bienes afectados, y efectúa su diferenciación según que recaigan sobre cosas muebles (privilegios mobiliarios) o sobre cosas inmuebles (privilegios inmobiliarios) (32). Pero esta clasificación carece de trascendencia y de rigor científico, pues no traduce una diversidad de régimen entre esas dos categorías de privilegios (33); al punto de que varios distinguidos doctrinarios de nuestro medio, como lo son por ejemplo Molinario, Borda y Lafaille, ni siquiera aluden a ella.

La otra clasificación, que sí tiene su relevancia, atiende a la mayor o menor extensión del privilegio, distinguiéndolos en “generales” o “especiales”, según comprendan un conjunto de los bienes del deudor o sólo a uno o algunos bienes determinados. Siendo la mayor importancia de este distinguido la referida al modo de ejercitarse los privilegios; ya que en principio, mientras los generales sólo pueden hacerse valer en los juicios universales de concurso o quiebra del deudor, los especiales pueden invocarse en los juicios individuales en que se hayan embargado bienes del deudor afectados al privilegio, por el procedimiento de la tercería de mejor derecho (34).

“Apuntes sobre privilegios” en La Ley 137, pp. 933-934, n° 1-B; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA “Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales” cit., p. 388, n° 809; VALIENTE NOAILLES, Luis M. (h) “Derechos reales”, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 24; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL “Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil” cit., p. 20; ARGERI “La quiebra y demás procesos concursales” cit., T° III, p. 253, n° III-c); MESSINEO “Manual de derecho civil y comercial” cit., T° IV, p. 65, § 102, n° 2-A-a; GULLÓN BALLESTEROS “El crédito privilegiado en el Código Civil” cit. en Anuario de Derecho Civil, T° XI, fasc. II, cit., pp. 450-452, n° 4-D; Cám. Nac. Civ. sala A, 27/11/1973. “Acerbo c. Brunetti de Elizalde”, E.D. 54-567; ídem, 25/10/1973, “Victoria c. Juri”, J.A. 22-1974-288 y E.D. 53-395; Cám. Civ. Com. Mar del Plata, Sala II, 22/06/1982, “Faglinto en Buenasorte”, E.D. 101-744.

(32) LLAMBÍAS *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., T° I, p. 603, n° 492; CORTÉS “Los privilegios en el derecho civil” cit., pp. 27 y 28, n°s. 16 y 17; FERNÁNDEZ *Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prensa y los demás privilegios* cit., T° I, p. 62, n° 36; DE GÁSPERI-MORELLO “Tratado de derecho civil” cit., T° III, p. 600, n° 1540.

(33) LLAMBÍAS “Trat. de derecho civil. Obligaciones”, loc. cit., nota anterior; CORDEIRO ÁLVAREZ “Tratado de los privilegios”, cit., pp. 21 y 22, n° 3. Comparar: BOFFI BOGGERO *Tratado de las obligaciones* cit., T° 3, p. 17, § 725.

(34) LLAMBÍAS *Trat. de derecho civil. Obligaciones* cit., T° I, p. 604, n° 493; BORDA *Trat. de derecho civil. Obligaciones* cit., T° I, ps. 259 y ss., n° 261-a); FERNÁNDEZ, “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios” cit., T° I, p. 604, n° 493.

Siendo estos últimos los únicos sobre los que legisla el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 2579 y 2580, remitiendo en cambio a la Ley de Concursos para los privilegios generales.

En el Código Civil velezano los privilegios “generales” comprenden dos categorías. Una es *privilegios generales sobre “todo el patrimonio”* o “*generalidad de los bienes, muebles e inmuebles, del deudor*” como dice el art. 3879; pues bien se ha señalado: “que en la primera parte del artículo hay un error terminológico, en realidad el alcance de este privilegio es más amplio, porque no sólo comprende a los muebles y los inmuebles o sea las cosas, sino ‘la generalidad de los bienes del deudor’, *se extiende a todo el patrimonio*” (35). Y la otra es *privilegios generales sobre la totalidad solamente de los bienes muebles* (art. 3880 Código Civil), que *ya no existen* en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

No hay en cambio, *a priori*, privilegios generales sobre la totalidad exclusivamente de los inmuebles; pero ello es sólo en principio, por cuanto los privilegios generales sobre la totalidad de los muebles también van a afectar a la generalidad de los inmuebles del mismo deudor, si se agotasen aquéllos sin llegarse a satisfacer plenamente tales créditos privilegiados, según resulta de lo dispuesto en los artículos: 3878 *in fine* —“... *a no ser que los privilegios generales sobre los muebles no alcancen a cubrir los créditos privilegiados*”—, 3881 —“*Cuando el valor de los inmuebles no hubiese sido absorbido por los acreedores privilegiados o hipotecarios, la porción del precio que quede debida, es afectada con preferencia al pago de los créditos designados en el artículo anterior*”—, y 3915 —“*Si los muebles del deudor, en razón de los privilegios especiales que los afecten, no bastaren para el pago de las deudas que son privilegiadas sobre la generalidad de los muebles, lo que falte se tomará de los bienes inmuebles del deudor*”— (36).

gios” cit., Tº I, p. 62, nº 36; SALVAT-ARGAÑARÁS “Trat. de derecho civil. Derechos reales” cit., Tº IV, p. 546 y sigs., nº 2847; CORDEIRO ÁLVAREZ “Tratado de los privilegios” cit., p. 56, nº 14 y p. 437, nº 201; MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 111 y sig., nº 59; DE GÁSPERI-MORELLO “Trat. de derecho civil” cit., Tº III, pp. 602 y 603, nº 1541; PONSSA “Doctrina de los privilegios” cit., pp. 77 y 78, nº 9; BOFFI BOGGERO *Tratado de las obligaciones* cit., Tº 3, p. 18, § 725-a).

(35) PONSSA “Doctrina general de los privilegios” cit., p. 80, nº 10.

(36) MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 152, nº 87; LLAMBÍAS, *Trat. de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, pp. 606 y 607, nº 495; DE GÁSPERI-MORELLO *Trat. de derecho civil* cit., Tº III, p. 600, nº 1540 y pp. 641 y 642; nº 1559; FERNÁNDEZ “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios” cit., Tº I, p. 63, nº 36; MACHADO “Exposición y comentario del código civil argentino” cit., Tº X, ps. 481 y sig., texto y p. 523, nota art. 3881.

En cuanto a los privilegios especiales, pueden recaer sobre determinados muebles (arts. 3883-3888 y 3891-3897 Código Civil); o sobre determinados inmuebles (arts. 3924-3933 Código Civil).

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en general ya no se discrimina sobre si el privilegio especial recae sobre muebles o inmuebles. Empero cuando se trata de créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondos de desempleo, se aclara que recaen: “*sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presten sus servicios o que sirven para su explotación*”; agregándose que “*Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos*” (art. 2582 inc. b).

Por el contrario, en la ley 24.522 se distinguen tres tipos diferentes de acreedores privilegiados: 1) los “acreedores del concurso”, por “*los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso*”; los cuales serán pagados “*cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación, con preferencia a los créditos contra el deudor, salvo que éstos tengan privilegio especial*” (art. 240, primer y segundo párrafos); 2) los créditos contra el concursado que cuenten con “privilegio especial” sobre determinadas cosas muebles o inmuebles, que en cada caso inciden sobre el producido de dichos bienes en concreto (art. 241); y 3) los créditos contra el concursado dotados de “privilegios generales” (art. 246), los que recién pueden satisfacerse conforme al art. 247 de la misma Ley de Concursos, después de pagados: los créditos contra el “concurso”, las obligaciones del concursado que gocen de privilegio especial, y “*el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inc. 1º del art. 246*” adeudados por el concursado a sus trabajadores, que en rigor constituyen también créditos con privilegio especial conforme al art. 241 inc. 2º) (37).

(37) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Los privilegios en el proceso concursal” cit., p. 54, § 5; TRIGO REPRESAS “La ley general de concursos y el nuevo régimen de los privilegios en materia civil”, en *Doctrina Jurídica* (publicación del Dpto. de Investigaciones Jurídicas de la Fac. de Der. de la Univ. Católica de La Plata), vol. IV, n° 85 del 11-8-72, ps. 2 y sigs., n° 3; ARGERI “La quiebra y los demás procesos concursales” cit., Tº III, p. 257; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL “Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil” cit., pp. 129 y 130 n° 54; ALLENDE “Ley de concursos, Privilegios” cit. en E.D. 45, p. 897, n° 15.

VII. Asiento del privilegio

a) *Concepto*. En la terminología corriente se habla de privilegios sobre las cosas muebles y privilegios sobre cosas inmuebles, lo cual puede hacer pensar que el privilegio grava efectivamente a la cosa —mueble e inmueble— que le está afectada (38). Pero en verdad ello no es así, por cuanto el privilegio no es más que una preferencia que la ley acuerda al acreedor, para cobrar con prioridad a otros acreedores sobre el producido de la subasta judicial del bien afectado: la suma de dinero que se obtiene como precio de venta en el remate judicial constituye la garantía común de todos los acreedores, que habrán de satisfacerse cualquiera sea su categoría; aunque de existir entre ellos acreedores privilegiados, son éstos, precisamente, los que cobran en primer término.

Denominamos pues asiento del privilegio a las sumas de dinero, obtenidas en general mediante subasta judicial, respecto de las cuales se va a ejercer la prioridad de cobro que la ley atribuye a los acreedores privilegiados (39).

Otra postura se sostuvo por Llambías, para quien el enfoque que antecede “oscurece el asunto, y conduce a la errónea conclusión de identificar el nacimiento del privilegio con la realización de los bienes del deudor. En verdad no es así: el privilegio, que es una calidad de un crédito, existe desde el origen mismo de dicho crédito. Pero como consiste en una prioridad de cobro, para hacerla efectiva se requiere la realización de los bienes del deudor, afectados a la preferencia. Esto no significa que antes de la realización de los bienes, el privilegio carezca de asiento, lo que sería un absurdo: el asiento siempre existe, puesto que sería inconcebible un privilegio sin asiento”. Y es por ello que sostiene que el asiento del privilegio es “el bien o conjunto de bienes, con cuyo producido habrá de satisfacerse la prioridad de cobro perteneciente al acreedor privilegiado”, y que “en el

(38) FERNÁNDEZ “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios” cit., Tº I, pp. 78 y 79, nº 63 y p. 477, nº 1572; MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., pp. 184 y 185, nºs. 109 y 110; PONSSA “Doctrina general de los privilegios” cit., pp. 55 y 56, nº 7; IGLESIAS, José Antonio “Los privilegios en la ley de concursos y los créditos del concurso”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, 1988, Tº 21, p. 220, nota 60; CORDEIRO ÁLVAREZ “Tratado de los privilegios” cit., p. 16, nº 2.

(39) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA “Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales” cit., p. 389, nº 811; BOFFI BOGGERO *Trat. de las obligaciones* cit., Tº 3, p. 12, § 721, quien agrega: “El asiento son los bienes, pero su producido es el elemento necesario para que el privilegio se concrete”; KEMELMAJER DE CARLUCCI “Los privilegios en el proceso concursal” cit., p. 94, § 13.

momento de la realización del bien afectado el asiento del privilegio se traslada al producido pecuniario del mismo bien" (40).

Por nuestra parte seguimos pensando que el privilegio se asienta en sumas de dinero y no en las cosas, por cuanto el mismo, según hemos visto al tratar de su naturaleza jurídica, no establece en caso alguno una relación entre la persona del acreedor y las cosas de pertenencia del deudor, las que continúan intactas en el patrimonio de éste, sin desmembraciones, cargas, ni limitaciones de ningún tipo a su derecho de propiedad. Y ello no implica que el privilegio no exista hasta la realización de los bienes del deudor, como lo pretende Llambías, pues el privilegio existe desde el nacimiento del crédito como accesorio consustanciado con el mismo; pero primeramente como mera expectativa que recién adquirirá virtualidad jurídica al entrar en concurso con otros créditos (41). No se trata entonces de que una vez realizados los bienes se opere una traslación del privilegio de la cosa a su precio, sino, por el contrario, del ejercicio normal del privilegio en la única oportunidad en que el mismo puede realmente concretarse (42).

b) *Asiento básico y asientos subsidiarios por subrogación real.* Ya hemos expresado que el privilegio se ejerce en la generalidad de los supuestos, sobre el precio obtenido en la venta en subasta judicial del o los objetos que le estaban afectados. Éste constituye pues el "asiento básico" del privilegio.

Pero, existen hipótesis en que el privilegio se ejerce sobre sumas de dinero que no provienen del remate judicial de tales objetos, sino que tienen otro origen distinto; en estos casos tenemos entonces los "asientos subsidiarios".

En nuestro régimen positivo hallamos los supuestos de "asientos subsidiarios" que se consideran a continuación (43).

(40) LLAMBÍAS *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., Tº I, pp. 593 y 594, nº 488; MARIANI DE VIDAL, "Apuntes sobre los privilegios" cit. en *La Ley*, v. 137, pp. 934 y 935, nº I-C; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL "Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil", pp. 23 y 24, Nº III.

(41) Cám. Nac. Com., sala B, 26/11/1965, "Tornquist y Cía. c. Fundiciones y Talleres La Unión", J.A. 1966-IV-18 y E.D. 13-797. Obsérvese cómo desde una perspectiva opuesta, BOFFI BOGGERO coincide sin embargo en que, magüer que el asiento son los bienes, su producido es (sin embargo) el elemento necesario para que el privilegio se concrete, ("Tratado de las obligaciones" cit., Tº 3, p. 12, § 721).

(42) FERNÁNDEZ *Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios* cit., Tº I, p. 79, nº 63.

(43) BOFFI BOGGERO *Trat. de las obligaciones* cit., Tº 3, p. 12, § 722; KEMELMAJER DE CARLUCCI "Los privilegios en el proceso concursal" cit., p. 96 y sigs., § 13.

1°) *Precio de venta, aún impago total o parcialmente, de la cosa afectada que ha sido enajenada por el deudor.* Ya hemos dicho que salida del patrimonio del deudor la cosa sobre cuyo precio de venta debía hacerse efectivo el privilegio, éste ya no tiene razón de ser, por no ser oponible a los terceros adquirentes. No obstante, el Código contempla la posibilidad de extender la preferencia al precio de venta de la cosa, en la medida en que el mismo aún esté adeudado total o parcialmente, porque entonces ese “precio debido” todavía no se ha confundido con las otras sumas de dinero existentes en el patrimonio del deudor enajenante, sino que está perfectamente individualizado como un “valor” que habrá de entrar a ese patrimonio en reemplazo de la cosa vendida.

Aunque ello *no existe ya* en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en nuestro aún vigente Código Civil existen tres disposiciones por las que se extiende el ejercicio del privilegio al precio adeudado a su vendedor: el artículo 3893, que refiriéndose al privilegio del vendedor de cosas muebles no pagadas, dice en su segunda parte: “*Si la cosa ha sido revendida y se debiese el precio, el privilegio se ejerce sobre el precio*”; el art. 3926, relativo al privilegio del vendedor de cosa inmueble no pagada, que dispone: “*En caso de varias ventas sucesivas, cuyo precio sea debido en todo o en parte, el primer vendedor es preferido al segundo, éste al tercero, y así sucesivamente*”; y el art. 3897 que establece: “*Si el depositario ha abusado del depósito, enajenando la cosa que ha sido confiada a su cuidado; o si su heredero la vende, ignorando que la cosa se hallaba depositada, el depositante tiene privilegio sobre el precio que se debiese*”. Esta última hipótesis está contemplada en el art. 1366 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque con otra solución en apariencia distinta pero que resulta igualmente adecuada: “*Los herederos del depositario que de buena fe hayan enajenado la cosa depositada sólo están obligados a restituir al depositario el precio percibido. Si éste no ha sido pagado, deben cederle el correspondiente crédito*”.

2°) *Monto de la indemnización debida al deudor, en razón de la expropiación por causa de utilidad pública de la cosa afectada al privilegio.* Puede suceder que la cosa mueble o inmueble afectada a un privilegio, sea objeto de una expropiación por causa de utilidad pública. De esta forma la cosa sale del patrimonio del deudor y *prima facie* el privilegio tendría que extinguirse; sin embargo, con buen criterio, se ha dispuesto que la “indemnización” por expropiación tome el lugar que antes ocupaba la cosa en el patrimonio del deudor.

En tal sentido, ya el art. 14 de la vieja Ley Nacional de Expropiaciones 189, establecía que “Los derechos del reclamante se consideran transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquélla libre de todo

gravamen”; principio éste que reiterara luego en el art. 26 de la anterior ley 13.264, y se mantiene actualmente en el art. 10 de la vigente ley 21.499.

3°) *Monto de la indemnización del seguro, debida al deudor por la destrucción total o parcial de la cosa afectada al privilegio.* Si bien no concretamente en materia de privilegios, en nuestro Código Civil y fuera de él existen supuestos en que se prevé que el derecho del acreedor sobre la cosa se extenderá también al importe de la indemnización debida por el seguro, en caso de destrucción o deterioro de aquélla.

Así, en materia de hipoteca el Código Civil dispone en su art. 3110, que “*la hipoteca de un inmueble se extiende... al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble...*”. En punto a hipoteca naval, la Ley de la Navegación 20.094/1973, incorpora a la hipoteca en su art. 507, a título de subrogación real, los siguientes créditos a favor del buque: indemnizaciones originadas en daños materiales no reparados; contribuciones por avería común por daños materiales no reparados; indemnizaciones por igual motivo por daños sufridos por el buque con motivo de una asistencia o salvamento; e indemnizaciones de seguros por averías no reparadas o por pérdida del buque. La ley de *Warrants* 9643, en sus arts. 16 *in fine* y 22, establece el ejercicio de la preferencia “*sobre las sumas del seguro*” o “*sobre el valor del seguro constituido*”. Y finalmente, en la ley de prenda sin desplazamiento —dec.-ley 15.348 del 28/05/1946, ratificado por la ley 12.962—, se establece en su art. 3°, segunda parte, que “*El privilegio de la prenda se extiende, salvo convención en contrario, a... e importe de la indemnización concedida o debida en caso de siniestro, pérdida o deterioro de los bienes prendados*”. Además, en el art. 84 de la Ley de Seguros 17.418/1967, se prevé el procedimiento para el ejercicio de “*los privilegios reconocidos por los arts. 3110, Código Civil y art. 3° de la ley 12.962 (dec. 15.348/1946)*”.

4°) *Formulación de un principio general.* Ahora bien, se ha señalado con razón que en definitiva lo que está en juego en todos los casos premencionados, es la aplicación del instituto de la subrogación real a la materia de los privilegios y demás supuestos de hipoteca, prenda, etc. (44).

(44) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA “Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales” cit., p. 389, n° 811; BOFFI BOGGERO *Trat. de las obligaciones* cit., t. 3, p. 12, § 722; LLAMBÍAS *Trat. de derecho civil. Obligaciones* cit., T° I, p. 594 y sigs., n° 489; QUINTEROS, Federico D. “Subrogación real”, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1942, pp. 120-126, 162-172, 177 y 178; PONSSA “Doctrina general de los privilegios” cit., p. 60, n° 7; MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 196, n° 128; PIZARRO-VALLESPINOS *Instituciones de derecho privado. Obligaciones* cit., T° 2, p. 370 y ss., § 440; MÜLLER en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA “Código Civil anotado” cit., T° V-C, ps. 550 y ss., n° 4; KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil comentado. Privilegios... Arts. 3875 a 4051” cit., ps. 33 y ss., n° 11-b).

Jurídicamente subrogar es sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra (45); siendo real u objetiva la subrogación cuando una cosa ocupa el sitio de otra cosa (46). Y esto es precisamente lo que sucede cuando una suma de dinero —precio, indemnización, etc.— perfectamente individualizada, va a ingresar al patrimonio del deudor en reemplazo de cosas afectadas a un privilegio, que fueran enajenadas o destruidas; entonces, como bien lo dice Bonnecase, “el bien subrogado entra en el patrimonio gravado con los mismos derechos, o, si se lo prefiere, con la misma afectación que pesaba sobre el bien enajenado” (47).

Aceptado lo que antecede, es factible generalizar el concepto y admitir que: en todo supuesto de subrogación real, el asiento del privilegio queda fijado en los nuevos bienes ingresadas al patrimonio del deudor en sustitución de los antiguos, siguiendo con la misma condición jurídica de éstos (48). Empero hay muchos autores que se oponen a tal solución, por entender que siendo los privilegios de interpretación restrictiva, no deben extenderse más allá de lo que la ley establece (49); lo que sin em-

(45) PLANIOL, Marcel “*Traité élémentaire de droit civil*”, 7ª ed., Paris, LGDJ, 1911, Tº II, p. 163, nº 475, nota. 1; MARCADÉ, V. “*Explication théorique et pratique du code Napoléon*”, 6ª ed., Paris, Delamotte, 1866, Tº IV, p. 535, nº 672; BEAUDANT, Charles “*Cours de droit civil français*”, 2ª ed., Paris, Rousseau et Cie., 1936, Tº 8, vol. I, p. 390, nº 536; PICARD, Mauricio en PLANIOL-RIPERT “*Tratado práctico de derecho civil francés*” cit., Tº III, p. 33, nº 26; REZZÓNICO “*Estudio de las obligaciones*” cit., Tº I, p. 827; QUINTEROS “*Subrogación real*” cit., p. 11; BONNECASE “*Supplément*” cit., Tº III, p. 688, nº 345; KEMELMAJER DE CARLUCCI “*Los privilegios en el proceso concursal*” cit., p. 96, § 13.

(46) QUINTEROS “*Subrogación real*” cit., p. 11; SALVAT-GALLI “*Trat. de derecho civil. Obligaciones en general*” cit., Tº II, p. 414 y sig., nº 459; COLMO “*De las obligaciones en general*” cit., p. 444, nº 647; LAFAILLE y BUERES-MAYO “*Tratado de las obligaciones*” cit., Tº I, p. 353 y sig., nº 411; REZZÓNICO “*Estudio de las obligaciones*” cit., Tº I, p. 828; MAZEAUD, Henry-León-Jean “*Lecciones de derecho civil*”, traducción de Luís ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Buenos Aires, Ejea, 1960, 2ª Parte, vol. III, p. 129, nº 841; MARTY, G. “*Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*”, trad. de José Ma. CAJICA (Jr.), Puebla (México), ed. José Ma. Cajica (Jr.), 1952, Tº II, p. 176; BONNECASE “*Elementos de derecho civil*” cit., Tº II, p. 446 y sigs., nº 537.

(47) BONNECASE “*Supplément*” cit., Tº III, p. 779, nº 381.

(48) LLAMBÍAS “*Trat. de derecho civil. Obligaciones*” cit., Tº I, pp. 596 y 597, nº 489; PONSSA “*Doctrina general de los privilegios*” cit., pp. 66 y 67, nº 7; FERNÁNDEZ “*Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios*” cit., Tº I, p. 80 y sigs., nºs. 66-78; DE GÁSPERI-MORELLO “*Trat. de derecho civil*” cit., Tº III, pp. 607-608, nº 1543; LAFAILLE y BUERES-MAYO “*Tratado de las obligaciones*” cit., Tº I, pp. 625 y 626, nº 687; BOFFI BOGGERO “*Traado de las obligaciones*” cit., Tº 3, p. 12, § 722.

(49) AUBRY-RAU “*Cours de droit civil français d’après l’ouvrage allemand de C. S. Zachariae*” cit., Tº III, pp. 229-231, § 261; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES “*Dei pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropiazione forzada*” cit., Tº I, pp.

bargo no puede ser obstáculo a la interpretación amplia que se propicia, “porque —como lo señala Fernández— no se trata de apartarse de la ley, ni rebalsar los límites por ella impuestos, sino sencillamente de dar a la preferencia el alcance que aquélla correctamente interpretada, le reconoce. Una cosa es extender el privilegio a créditos no favorecidos expresamente con él o sobre el precio de cosas que no están afectadas, y otra muy distinta reconocer que puede hacerse efectivo sobre la indemnización, en la misma forma que sobre el producido de la expropiación forzada (verbigracia), por constituir ambos el dinero en que se convierte la cosa” (50).

En la nueva Ley de Concursos 24.522 se establece con carácter general para los privilegios especiales, el principio de que el asiento básico del privilegio —el precio a obtenerse en la subasta del bien afectado—, puede ser sustituido por una suma de dinero que ingrese al patrimonio del deudor en lugar de la cosa, operando así una subrogación real. La norma pertinente, el art. 245, así lo dice: “*El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real*” (51). Lo que se establece asimismo en el art. 270 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (texto ordenado).

Asimismo en el art. 2584 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se establece: “Subrogación real. *El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real*”.

VIII. Alcance de la preferencia

Los créditos privilegiados, como todos los créditos, pueden devengar intereses; sea que estén pactados, sea como consecuencia de la constitución en mora del deudor. Igualmente, cuando para lograr el cobro

410 y 411, n° 306; SALVAT-ARGAÑARÁS “Tratado de derecho civil. Derechos reales” cit., T° IV, p. 615, n° 2920; implícitamente: MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., pp. 196-210, n°s. 127-147; CORDEIRO ÁLVAREZ “Tratado de los privilegios” cit., pp. 364 y 365, n° 169; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL “Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil” cit., p. 42, n° 5.

(50) FERNÁNDEZ “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios” cit., T° I, p. 85, n° 70-F.

(51) Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala II, 25/06/1974, “Empresas Asociadas”, J.A. 28-1975-406 y La Ley 1975-D-406 (32.879-S).

del crédito privilegiado el acreedor se ha visto en la necesidad de promover la pertinente demanda judicial, a la cantidad originariamente debida por el deudor se suma el importe de los gastos causídicos del juicio.

En el tema que ahora tratamos, habremos de considerar precisamente si esas sumas que el deudor debe en concepto de intereses producidos y costas provocados por créditos privilegiados, están también protegidas por la preferencia de cobro acordada al principal; o si por el contrario, al no alcanzar la extensión del privilegio respecto de dichos rubros, la situación del acreedor a su respecto habrá de ser la de quirografario o común.

Nuestro Código Civil, siguiendo al parecer la orientación del Código Civil francés y de la ley belga del 16 de diciembre de 1851, no contiene ninguna norma de carácter general sobre el punto aplicable a todos los privilegios. En cambio, en algunos supuestos especiales trae soluciones favorables a la extensión de la preferencia a los intereses y costas. Así, en materia de derecho hipotecario, nos encontramos con el art. 3111: *“los costos y gastos, como los daños e intereses, a que el deudor pueda ser condenado por causa de la inejecución de una obligación, participan, como accesorio del crédito principal, de las seguridades hipotecarias constituidas para ese crédito”*; y 3936 *“la hipoteca garantiza a más del principal, los intereses o rentas debidas de dos años, y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago”*. Y fuera ya del Código Civil, la ley de Warrants 9643, en su art. 18 asegura el cobro *“del importe de la deuda, sus intereses y gastos calculados”*; y en materia de “prenda sin desplazamiento”, el art. 3º del dec. 15.348/1946 (ratificado por la ley 12.962), determina que *“los bienes afectados a la prenda garantizan al acreedor con privilegio especial sobre ellos, el importe de la obligación asegurada, intereses y gastos...”*.

Volviendo ahora al objeto concreto de nuestro estudio que son los *privilegios*, hemos de ver que en cuanto al alcance de la preferencia existe un solo supuesto contemplado por el Código Civil, que extiende el beneficio a los intereses: el privilegio del vendedor de cosa inmueble, a cuyo respecto el art. 3925 establece: *“El privilegio comprende además del precio de la venta, los intereses vencidos de un año...”*.

El problema se plantea pues con relación a la generalidad de los privilegios respecto de los cuales no existe ninguna norma que resuelva la cuestión; habiéndose dividido la doctrina y jurisprudencia en cuanto a la solución propiciada. Una tendencia estima que la preferencia que confiere el privilegio comprende además del crédito principal, a sus intereses y a los gastos indispensables para lograr su pago; ya que en esta forma, se dice, “el privilegio no queda

retaceado y... no se introduce una diversidad de régimen difícilmente justificable, entre el crédito principal y el crédito accesorio que le está ligado" (52).

En cambio para otra opinión, prevaleciente, a la que nos sumamos, siendo los privilegios de interpretación restrictiva, los mismos no pueden extenderse ni a los intereses, ni a los gastos de justicia, a menos que exista una disposición legal expresa en tal sentido; puesto que su aplicación por los jueces debe hacerse circunscripta exactamente a los términos de la ley. Todo lo cual se reafirma, a mayor abundamiento, por la circunstancia de que el Código prevé algunos supuestos de excepción a esa regla; lo cual constituye la mejor prueba de "que el silencio en los demás supuestos es intencional y significa, con toda claridad, que en estos últimos la protección sólo se dispensa al capital" (53).

La nueva Ley de Concursos 24.522 consagra con carácter general dicho criterio, al establecer en la primer parte de su art. 242, que "*Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito*". Pero mantiene como excepciones al principio: a) las de las costas y los intereses por

(52) BOFFI BOGGERO "Trat. de las obligaciones" cit., Tº 3, p. 13, § 723; LLAMBÍAS "Trat. de derecho civil. Obligaciones" cit., Tº I, p. 597, nº 490; SALVAT-ARGAÑARÁS "Trat. de derecho civil. Derechos reales" cit., Tº IV, pp. 543 y 544, nº 2844 y n. 17; DE GÁSPERI-MORELLO "Trat. de derecho civil" cit., Tº III, p. 599, nº 1538; Cám. civ. 1ª Cap. Fed., 24/09/1941, "Cabal Cullen de Iturraspe en Cía. Santafecina Inmuebles c. Cabal Cullen de Iturraspe"; La Ley 24-260; SCBA, 20/04/1948, "Moles y Hnos. c. D'Arcángelo"; La Ley 50-710; Cám. nac. com., sala B, 23/06/1965, "Valle e Hijos c. Caputo"; La Ley 120-939 (12.763-S); Cám. nac. civ., sala F, 17/12/1959, "Garlatti, suc.," La Ley 99-805 (5122-S).

(53) MOLINARIO "Los privilegios en el derecho civil argentino" cit., pp. 228 y 229, nº 159 y pp. 37 y 38, nº 18, n. 71; SALAS, Acdeel E. "Privilegios y gastos de ejecución" en J.A. 54, p. 844; MARIANI DE VIDAL "Apuntes sobre los privilegios" cit. en La Ley 137, pp. 939 y 940, nº II-C-1; GULLÓN BALLESTEROS "El crédito privilegiado en el Código Civil" cit. en Anuario de Derecho Civil, Tº XI, fasc. II, cit., p. 455, nº 7; PONSSA "Doctrina general de los privilegios" cit., p. 72, nº 8; FERNÁNDEZ "Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios" cit., Tº I, pp. 74 y 75, nº 57; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL "Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil" cit., pp. 24 y 25, nº IV; CORTÉS "Los privilegios en el derecho civil" cit., pp. 21 y 22, nº 8; CORDEIRO ÁLVAREZ "Tratado de los privilegios" cit., p. 455, nº 203-H; LAFAILLE y BUERES-MAYO "Tratado de las obligaciones" cit., Tº I, p. 569, nº 629, n. 13; Cám. civ. 1ª Cap. Fed., 03/08/1942, "Rötter, Enrique G.," J.A. 1942-III-924; Cám. Nac. Com., sala A, 27/08/1973, "Munic. Capital c. Galvez S.A.," La Ley 155-680 (31.410-S); ídem Sala D, 25/10/1983, "Sánchez c. Acón," La Ley 1984-A-301; Cám. Nac. Civ., sala A, 31/12/1973, "Gonzalo de Pérez c. Tronelli," La Ley 154-302, J.A. 22-1974-201 y E.D. 54-478; ídem Sala C, 16/04/1984, "D. de K. c. K.," J.A. 1984-III-665 y E.D. 109-329; ídem 24/06/1975, "La Agrícola Cía. Seg. c. Mankabad," E.D. 63-571; ídem Sala D, 22/08/1974, "Arzobispado Ciudad Bs. As. c. Coviello," E.D. 59-261 y La Ley 1976-A-456 (32.991-S); SCBA, 1-2-44, "White, Juan y otra, suc.," J.A. 1944-I-516.

dos años anteriores a la quiebra y los posteriores a ésta hasta el efectivo pago, de los créditos enumerados en el inc. 4º de su art. 241, o sea los garantizados con hipoteca, prenda, warrant y debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante (inc. 2º); y b) igualmente los intereses por dos años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inc. 2º del mismo art. 241, es decir por *“remuneraciones debidas al trabajador por seis [6] meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo”*.

Pero además aparece como rubro exceptuado, el de los *“intereses por el plazo de dos [2] años contados a partir de la mora”* y el de las *“costas judiciales”*, en lo relativo a los procedimientos laborales (art. 246, inc. 1º, *in fine*). Siendo un supuesto muy particular el contemplado en el art. 24 de la ley 24.522, que autoriza al juez a ordenar la suspensión temporaria, nunca por más de 90 días, de la subasta dispuesta en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria; *“en cuyo caso los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado”* (54).

Y con respecto a los créditos laborales ya había innovado en esta materia la Ley de Contrato de Trabajo 20.744. En efecto, su art. 274 establece como principio general que *“Los privilegios no se extienden a los gastos y costas”*, pero con la salvedad de lo dispuesto en el art. 273, que incluye a las costas judiciales en el amparo acordado con privilegios generales, a: *“Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis [6] meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral”*. Y además la norma del artículo 274 extiende el amparo de las preferencias que prevé, también *“a los intereses, pero sólo por el plazo de dos [2] años a contar de la fecha de la mora”*.

Durante los años transcurridos en nuestro país bajo el signo de la inflación, nuestra doctrina y jurisprudencia, que primeramente habían aceptado la posibilidad de *“indexar”* los créditos, llegaron luego a sostener, con apoyatura en las preceptivas de la ley 21.488, que el privilegio concedido por la ley concursal al capital, se extendía igualmente a la *“actuali-*

(54) MARIANI DE VIDAL, Marina *“El privilegio de los intereses y los gastos causídicos en la ley de concursos”* en E.D. 45, pp. 905 y sigs., n.ºs. III y V; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL *“Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil”* cit., p. 120, y sigs., n.º 27 a 52; Cám. Nac. Civil. sala A, 31/12/1973, *“Gonzalo de Pérez c. Tronelli”*, E.D. 54-478, La Ley 154-302 y J.A. 22-1974-201.

zación” del mismo (55). Sobre el respecto, en el Proyecto de reformas de 1987 se contemplaba en su art. 3880, el procedimiento de actualización de los créditos en la quiebra; lo cual empero, de haberse llegado a sancionar el mismo como ley, a posteriori se habría contrapuesto con lo que estableciera la ley 23.928, cuyos arts. 7º y 10 prohibieran y derogaran toda forma de repotenciación de deudas.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también reitera como principio que los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, pero luego en el mismo art. 2583 se prevén las excepciones de algunos intereses por dos años y “costas”; amén de la reserva para “gastos” de conservación, custodia, administración y realización o venta judicial de las cosas afectadas al privilegio, y también por los gastos y honorarios generados por diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor, de su art. 2585.

IX. De los privilegios en particular

Antes de estudiar los privilegios en particular, hemos de aclarar algunos conceptos que necesitan ser conocidos antes de ahondar en aquel análisis.

Como bien lo señala Molinario, el fundamento de la distinción entre “acreedores de la masa del concurso” y “acreedores en la masa” o propiamente del deudor fallido, lo suministra la misma vida jurídica. “Basta contemplar atentamente el funcionamiento de un concurso o de una quiebra, para comprender que existen acreedores que lo son, no del fallido o concursado, sino de esa entidad ideal que hemos denominado ‘masa’ y que se ha constituido a partir del momento en que el fallido o concursado ha sido desapoderado de sus bienes. Los actos que ha originado esa entidad de derecho, la actividad de la misma, y su liquidación, originan gastos, y quien debe atender a estos gastos es el ente ‘masa de acreedores’ que se ha beneficiado con ellos. Por otra parte, estando esa ‘masa’ en pleno funcionamiento, puede contratar; puede continuar con el cumplimiento de un contrato celebrado originariamente por el fallido o concursado; puede, finalmente, resultar beneficiada por un enriquecimiento sin causa. Y es de una claridad meridiana que quien contrata con la masa o se encuentra en cualquiera de las otras dos situaciones que

(55) C.S.N., 11/0671985, “Cigaif”; La Ley 1985-E-344; ídem 20/05/1982, “Copaca S.A.”; La Ley 1983-D-231; 18/11/1981, “Marrone c. Efom SCA”; La Ley 1982-B-450; Cám. Nac. comercial en pleno, 25/09/1985, “Telesud S.A.”; La Ley 1985-E-321; ídem 21/09/1984, “Primicia S.A.”; La Ley 1984-D-650; etc.

acabamos de mencionar, tiene establecido un vínculo jurídico con la entidad ideal ‘masa’ y no con la persona del deudor originario” (56).

Podemos pues concluir diciendo que son acreedores “del deudor concursado”, que están “dentro” de la masa del concurso, los que originariamente se vincularon en forma directa con el fallido, es decir *los acreedores del propio deudor que luego cae en concurso*. En tanto que acreedores “del concurso” lo son ya del propio ente denominado “*masa de acreedores o del concurso*”; sea por los gastos de constitución, funcionamiento y liquidación de la misma “masa”, sea en virtud de hechos o actos jurídicos en los que la “masa” hubiese sido parte (57).

A su vez dentro de los “acreedores del concurso”, puede distinguirse siguiendo la tradición germánica, entre los “gastos” y las “deudas” de la “masa del concurso”. Los primeros son todos los gastos de justicia provocados por el procedimiento común: constitución, funcionamiento (administración y realización) y liquidación o repartición. En cuanto a las “deudas” del concurso, son las resultantes de obligaciones legítimamente contraídas por el representante de la “masa”, o de actos jurídicos que habiendo sido celebrados originariamente por el fallido, la “masa” hubiese debido realizarlos o ha estimado conveniente para sus intereses cumplirlos, como también las nacidas del enriquecimiento sin causa de la “masa” (58).

Ahora bien, los acreedores del “deudor fallido”, que están “adentro” de la “masa”, no pueden pretender cobrar sus acreencias sin que se pague previamente a los acreedores del ente “concurso” o “masa de acreedores”, que la ley ha instituido para posibilitar a los primeros el cobro de lo que les es debido por su obligado. Pero esto no es así porque los “acreedores del concurso” sean privilegiados con relación a los primitivos créditos contra el deudor fallido, que están “dentro la masa”; sino por la circunstancia de actuar ambos en planos diferentes, cuya diversidad obsta a todo posible conflicto entre ellos: los acreedores “del concurso” no entran en colisión

(56) MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., p. 299, n° 221.

(57) MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., pp. 299 y 300, nos. 221 y 222; DE GÁSPERI-MORELLO “Trat. de derecho civil” cit, T° III, pp. 615 y 616, n° 1545 FERNÁNDEZ “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios” cit., T° II, p. 472 y sigs., nos 1564-1566; CORDEIRO ÁLVAREZ “Tratado de los privilegios” cit., pp. 31 y 32, n° 4 y pp 47-50, n° 9; KEMELMAJER DE CARLUCCI “Los privilegios en el proceso concursal” cit., p. 54, § 5, y p. 57 y s., § 6.

(58) MOLINARIO “Los privilegios en el derecho civil argentino” cit., pp. 300 y 301, nos. 223 y 224, DE GÁSPERI-MORELLO “Trat. de derecho civil” cit., T° III, pp. 616 y 617, n° 1546, BIBILONI “Anteproyecto” cit., T° II, p. 173, arts. 1282-1284; KEMELMAJER DE CARLUCCI “Los privilegios en el proceso concursal” cit., p. 62, § 7.

con los acreedores del fallido, por cuanto su obligado no es este último sino la “masa de acreedores”, o sea que en esencia *vienen a ser acreedores de los acreedores del fallido, representados estos últimos por esa entidad ideal que se denomina “masa”* (59).

Nuestro Código Civil no ha consagrado expresamente el distingo entre acreedores “del concurso” o “masa de acreedores” y del “deudor concursado” que están “dentro de la masa de acreedores”; pero en su art. 3879 inc. 1º establece con claridad una de las categorías de los “acreedores del concurso”, cuando determina que: “*Los gastos de justicia hechos en el interés común de los acreedores, y los que cause la administración durante el concurso, tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor*”. Pero el art. 125 de la vieja Ley de Quiebras 11.719 establecía expresamente que “Los acreedores se dividen en acreedores de la masa y acreedores del fallido. Son acreedores de la masa y serán pagados con preferencia a los acreedores del fallido los titulares de créditos que provengan de los gastos necesarios para la seguridad de los bienes del concurso, conservación y administración de los mismos, diligencias judiciales y extrajudiciales en beneficio común, siempre que hayan sido hechos con la debida autorización. Se entiende que quedan comprendidos en dichos gastos los honorarios del abogado y del procurador que presentaron al deudor en convocatoria o quiebra o pidieron e hicieron declarar esta última; los honorarios del síndico, los del liquidador, los de la comisión de vigilancia, y sus letrados, cuando el juicio termina por la liquidación, con o sin declaración de quiebra”.

En la nueva Ley de Concursos 24.522 sólo se dice que “*Los créditos causados en conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor*” (art. 240) (60); lo que después se reitera en el art. 244 sobre “reserva de gastos”, que dice: “*Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen,*

(59) CORDEIRO ÁLVAREZ “*Trat. de los privilegios*” cit., pp. 48 y 49, n° 9; MOLINARIO “*Los privilegios en el derecho civil argentino*” cit., p. 303, N° 225; SATANOWSKY, Marcos “*Los acreedores de la masa frente a los acreedores con privilegio especial*” en “*Estudios de derecho comercia*”, Bs. As., TEA, 1950, Tº II, p. 345, n° 2; CORTÉS “*Los privilegios en el derecho civil*” cit., pp. 41 y 42, n° 37 y p. 33, n° 29; ARGANARÁS “*adiciones*” a SALVAT “*Tratado de derecho civil. Derechos reales*” cit., Tº IV, p. 557, n° 2855-A; KEMELMAJER DE CARLUCCI “*Los privilegios en el proceso concursal*” cit., p. 60, § 6.

(60) DEGIOVANNI, Rodolfo A. “*Los privilegios en la ley de concursos*” en J.A. Doc-trina 1974, pp. 176 y 177, n° III; ALLENDE y MARIANI DE VIDAL “*Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil*” cit., p. 134, n° 58; KEMELMAJER DE CARLUCCI “*Los privilegios en el proceso concursal*” cit., p. 57 y sigs., § 6.

los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso. También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes.”

Tales créditos corresponden a “gastos” del concurso, como lo son verbigracia: “los honorarios del síndico; los del abogado y del procurador del deudor en su concurso preventivo o en la petición de su quiebra (o concurso civil); los del abogado y procurador del acreedor que solicitó e hizo declarar esta última; los de los funcionarios designados para la vigilancia del cumplimiento del acuerdo preventivo o resolutorio y sus letrados, en su caso; los de los coadministradores; los del letrado del síndico y los del inventariador; los créditos por costas judiciales impuestas por la actuación del síndico; como así, conforme al art. 260 de la ley 24.522 modificado por la 26.684, la remuneración de abogados, contadores, auditores, evaluadores, estimadores, tasadores y cualquier otro considerado conveniente, contratados como asesores del ‘comité de control.’ Siendo ‘deudas’: los créditos originados con motivo de la continuación de la empresa del fallido; los créditos por contraprestaciones cumplidas después de la apertura del concurso, en los contratos celebrados por el deudor y continuados por el ‘concurso’; los daños y perjuicios ocasionados por bienes o empleados del concurso; los alquileres devengados después de la declaración de quiebra, cuando se siga utilizando el bien locado; y los impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, y las multas, recargos e intereses respectivos, posteriores a la quiebra, que recaigan sobre bienes determinados del fallido (61) (62); tal como ocurre con el privilegio de los vendedores (art. 3926, Código Civil)” y sucede con el orden de prelación entre los créditos con privilegio especial del art. 2586, incs. b), c), d) y e) del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, entre los cuales los que temporalmente nacieron antes, prevalecen sobre los ulteriores: 1º) el del retenedor es preferido sobre los demás créditos con privilegio especial, si la retención comenzó antes de nacer estos últimos (inc. b); 2º) los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos fiscales y el de gastos de construcción, mejora o conservación, incluido el de expensas en la propiedad horizontal, “*si éstos últimos se devengaron con posterioridad*

(61) KEMELMAJER DE CARLUCCI “Los privilegios en el proceso concursal” cit., p. 62, § 7.

(62) FERNÁNDEZ “Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios” cit., Tº II, pp. 435 y 436, nº 1493; LLAMBÍAS “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., Tº I, p. 783, nº 655, n. 447; LAFAILLE y BUERES-MAYO “Tratado de las obligaciones” cit., Tº I, p. 685, nº 765-A; ARGERI “La quiebra y demás procesos concursales” cit., Tº 3, p. 250, letra c); FERRER “Derechos del acreedor hipotecario en el proceso concursal” cit., ps. 124 y sig., § 82.

a la constitución de la garantía” (inc. c); como también “sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía” (inc. e); 3º) los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación, incluidas las expensas comunes en la propiedad horizontal, “prevalecen sobre los créditos laborales posteriores a su nacimiento” (inc. d); y 4º) “si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata” (inc. f).

Por todo lo cual no resulta discutible dentro de nuestro régimen legal positivo, la vigencia de la clasificación entre acreedores “del concurso” o de “la masa” y acreedores “del deudor fallido”, que se encuentran “en” o “adentro” de la “masa”.

Lo que ha simplificado mucho, y por ende mejorado, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es el número de los créditos privilegiados y la solución de los conflictos entre ellos; debiendo tenerse en cuenta en tal sentido que aquél sólo dedica 14 artículos a todo esa cuestión (arts. 2573 a 2586), contra los 63 artículos [3875 a 3938] del aún vigente Código Civil velezano.

Pero asimismo se ha suprimido el tratamiento de los “privilegios generales,” remitiendo a lo que sobre ellos se dispone en la Ley de Concursos (arts. 2579 y 2580 Código Civil y Comercial de la Nación”); con total desaparición además de los privilegios sobre “la generalidad” sólo de los muebles del art. 3880 del Código Civil.

Y en cuanto a los “privilegios especiales”, que según el caso pueden recaer sobre cosas muebles o inmuebles, se circunscriben a los mencionados en el art. 2582: 1) “gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa sobre ésta”, lo que incluye al crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal (inc. a); 2) “los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación”; y tratándose de “dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos” (inc. b); y 3) “los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos” (inc. c). En tanto que los tres supuestos restantes del mencionado art. 2582 son en rigor preferencias resultantes de otros derechos: 1) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida —inc. d)—, correspondiente al “derecho de retención” (arts. 2587 y ss.); 2) “los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los

correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante —inciso e)—, referente a derechos reales de garantía y otros afines; y 3) *“los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería”* —inc. f)—.

El privilegio comprende sólo al capital del crédito, pero también a: *“a) los intereses por dos años contados a partir de la mora, de los créditos laborales mencionados en el inc. b) del art. 2582; b) los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inc. e) del art. 2582; c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incs. b) y c) del art. 2582; d) los créditos mencionados en el inc. f) del art. 2582, cuya extensión se rige por los respectivos ordenamientos”* (art. 2583 del Código Civil y Comercial de la Nación). Sin perjuicio de que *“antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización”*; y *“en todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor”* (art. 2585 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Y en cuanto al orden de prelación de los privilegios especiales es, según el art. 2586 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que resulta de la misma enumeración del art. 2582. Aunque con la aclaración de que el más antiguo prima sobre el de fecha posterior.

Amén de que, conforme al art. 2581 del Código Civil y Comercial de la Nación, los “acreedores sin privilegio concurren a prorrata entre sí, excepto disposición expresa en contrario de este Código.” ♦

TEMAS DE PERSONAS JURÍDICAS Y CONTRATOS EN EL NUEVO CÓDIGO

POR RAFAEL M. MANÓVIL (*)

I. Breve introducción

I.1. Tal vez no se corresponda con la expectativa y el nivel académico de una comunicación a esta corporación el presentar temas y problemas como los que serán objeto de la presente. Empero, la sorpresiva sanción del nuevo Código Civil y Comercial, mediante un procedimiento parlamentario inexplicablemente precipitado y desprolijo, sumado a la incoherente situación derivada de la criticable sanción del llamado Digesto Jurídico, respecto de cuyas gravísimas falencias ya se ha pronunciado esta Academia, me han convencido de que la necesidad de la hora es que la comunidad jurídica contribuya al esclarecimiento de las nuevas normas y a tratar de subsanar, antes de su entrada en vigencia, algunas inconveniencias e incongruencias del nuevo Código. Sobre el Digesto sólo puedo adherir a quienes propugnan su lisa y llana derogación o, por lo menos, la postergación *sine die* de su entrada en vigencia.

I.2. No me he de ocupar de los temas que han suscitado más controversia, como la metodología de la reforma —sobre lo cual me remito a las discusiones habidas en la sesión conjunta con la Academia de Córdoba—, como los relativos al derecho de familia y al comienzo de la vida de la persona humana, o como las materias regladas en el Título Preliminar. De entre estas últimas vale mencionar los derechos de incidencia colectiva; el hecho de que en el art. 1º la original obligación de interpretar las leyes conforme con los tratados internacionales haya quedado limitada a los relativos a derechos humanos; o el carácter vinculante de los usos, prácticas y costumbres, no sólo cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos, sino también “*en situaciones no regladas legalmente*”.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 11 de diciembre de 2014.

I.3. Esta comunicación no contendrá, pues, más que algunos comentarios y sugerencias, sin ninguna pretensión de agotar el listado, ni siquiera en el marco de los institutos a que me he de referir.

II. Personalidad jurídica y sociedades

II.1. El Proyecto de 1998 había innovado respecto de los anteriores al introducir un título que establecía, inspirándose en el Código de Quebec, un régimen general de la persona jurídica. El Código sancionado sigue esa metodología, pero sus disposiciones comportan un retroceso respecto de aquél. Desde la definición misma se advierten las diferencias. Mientras que el art. 138 de 1998 se limitaba a establecer que “*son personas jurídicas todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones*”, el art. 141 del Código añade que tal aptitud será “*para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*”.

II.2. Si a ello se agrega la supresión del art. 139 de 1998, que en su segunda frase establecía que “*no tienen otras incapacidades que las resultantes de su naturaleza, o de una disposición legal*”, no puede dejar de sospecharse que se ha pretendido retroceder en la evolución del Derecho para hacer revivir la doctrina del *ultra vires*. Según ésta, el objeto de una persona jurídica privada, y en particular de una sociedad, debía interpretarse de modo estricto y, sobre todo, como limitativa de su capacidad para realizar actos no exactamente encuadrados en la enunciación de aquél.

II.3. Empero, esas doctrinas son propias de los tiempos en que la constitución de una persona jurídica, en particular, de una corporación y tanto más si era comercial, dependía de la celebración de un contrato oneroso de concesión con el soberano, quien otorgaba el *octroi* del modo más limitado posible para reservarse la facultad de dar otras concesiones onerosas con cualquier otro objeto que el estrictamente contemplado en la o las anteriores. Esas concepciones, nacidas en tiempos de la constitución de las compañías de colonización a partir de principios del siglo XVII, fueron superadas en todos los ordenamientos del planeta, a más tardar a partir del Código de Comercio francés de 1807 y luego, definitivamente, con la adopción del sistema de las bases normativas para la constitución de las sociedades por acciones.

II.4. En nuestro derecho, la Ley de Sociedades Comerciales de 1972 despejó toda duda acerca de la independencia de la capacidad de la persona jurídica societaria respecto de su objeto. Ello así cuando en su art. 58 establece la noción de *imputabilidad* a la sociedad de todos los actos que “*no sean notoriamente extraños al objeto social*”. Si los alcances del objeto se

refieren a la *imputación* a la persona societaria de los actos celebrados por sus representantes, con una delimitación imprecisa a establecer en cada caso particular, y si el objeto social es libremente modificable por los socios, es bien claro que la capacidad jurídica para realizar cualquier clase de actos es plena, excepto en cuanto fuera incompatible con su naturaleza (v.gr., no pueden ser titulares de relaciones de familia) o que medie una prohibición legal específica, como establecía el ya citado art. 139 del Proyecto de 1998.

II.5. Tampoco es acertado vincular la capacidad de la persona jurídica con su *finalidad* o con los fines de su creación. La causa fin que pueda tener la persona jurídica no tiene relación con su aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones ni, por tanto, con su capacidad. La actuación de la persona podrá ser acorde con sus fines y con su causa, o podrá no serlo. Se juzgará el contenido del acto o de la actuación para establecer los efectos y, tal vez, las sanciones que correspondan en caso de ser ajenos o contrarios a la finalidad de la persona. Pero ello no predica ni implica la incapacidad o falta de aptitud del sujeto para realizar cualquier clase o categoría de actos.

II.6. La muy usada expresión "*cumplimiento del objeto*" es, además, impropia: el objeto de una persona jurídica no es más que un enunciado programático de las actividades que puede realizar, actividades que se ejecutan de modo cronológicamente indefinido y que, salvo muy raras excepciones, no se agotan como para poder hablar del *cumplimiento* del objeto. En cambio, la incongruencia y el retroceso señalados, producto del apresuramiento que impidió que la Comisión, con la eventual ayuda de la comunidad jurídico-académica, reflexione reposadamente y pule los textos, debería ser corregida quitando del art. 141 la expresión final "*para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*".

II.7. Sin hacer parada en impurezas metodológicas, como la de colocar en la parte general, común a las personas públicas y privadas, una norma referida sólo a estas últimas, como el art. 142 sobre el comienzo de su existencia, es preciso resaltar la sorpresiva incorporación, también en la parte general y con alcance a las personas jurídicas públicas tanto como privadas, de una norma sobre la inoponibilidad de la personalidad, no ya de una sociedad, sino de cualquier persona jurídica. Recuérdesse, a este respecto, que cuando se reformó en 1983 la Ley de Sociedades Comerciales, se agregó un tercer párrafo al art. 54 que, por primera vez en la historia del derecho comparado, regló normativamente la creación jurisprudencial y doctrinaria, sobre todo norteamericana y alemana, del *disregard of legal entity*, o *piercing the corporate veil*, o *Durchgriff*. La ponderación con que el legislador de entonces introdujo este instituto, y el acierto del modo en

que atribuyó sus efectos, fue eficiente para poner un límite de excepción al uso desviado de las sociedades comerciales. En este último ámbito se lo reconoció como modelo que fue luego seguido por otras legislaciones del continente. La norma recibió una propuesta de modificación en el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales elaborado por la comisión encabezada por el distinguido académico Dr. Jaime Anaya e integrada por los profesores Raúl Etcheverry y Salvador Darío Bergel. La Comisión Redactora del Código había resuelto adoptar literalmente en el art. 54 de la LSC el texto proyectado por Anaya, Bergel y Etcheverry, pero ello no fue aceptado por el Poder Ejecutivo. En consecuencia, la inoponibilidad quedó allí como estaba desde 1983.

II.8. Empero, a diferencia del Proyecto del 98, quienes redactaron el Título relativo a la persona jurídica, impulsaron que esa norma típicamente societaria rija para cualquier clase de persona jurídica. Al hacerlo, tomaron el texto del Proyecto de Anaya, Bergel y Etcheverry, con una pretensión de generalizarlo que no puede esconder que, lo mismo que respecto de otras disposiciones (1), no se dejó de tener en cuenta otra cosa que no fueran las sociedades comerciales.

II.9. La redacción de este capítulo tampoco escapa de la muy común obsesión de distribuir responsabilidades, por inapropiadas que parezcan y por reiterativas y sobreabundantes que sean. Cuando se comparan los textos del Anteproyecto Anaya *et al* con el nuevo art. 144, se advierte la deficiente calidad técnica de este último. El Anteproyecto establecía que *“la actuación de la sociedad que esté destinada a la consecución de fines extrasocietarios, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de socios o de terceros se imputará a los socios o controlantes directos o indirectos que la hicieron posible”*. El texto del art. 144 dice que *“la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible, quienes responderán soli-*

(1) Esta visión societarista de la persona jurídica se advierte en diversas normas, inapropiadas para personas jurídicas que no son sociedades, v.gr. simples asociaciones o fundaciones. Así el art. 153, que tiene por válidas las notificaciones en la sede inscrita de la persona jurídica; el art. 155, que emulando la perpetuidad del art. 153 del Proyecto de 1998, dice que *“la duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario”*; el art. 163, que en su inciso g) prevé la disolución de la persona jurídica por *“la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses”*, etc.

daria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Una persona jurídica no societaria no es susceptible de *control* como sujeto pasivo, fenómeno exclusivamente aplicable a sociedades comerciales. Una asociación civil o una fundación, menos aún una simple asociación y ni siquiera una cooperativa, pueden recibir esa calificación. Tampoco las personas jurídicas públicas, salvo que se quisiera sostener que una provincia es controlada por la Nación, o un municipio por una provincia, lo cual es erróneo e inconducente. Este desvío conceptual se acompaña con la reiteración, en el segundo párrafo, de la atribución de responsabilidades que en el Anteproyecto y en el art. 144 son prácticamente idénticos: “*lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que pueden ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados*”. Sobra, pues, el texto subrayado más arriba.

II.10. El art. 144 debe ser derogado por superfluo, por inapropiado a personas jurídicas no societarias y por imponer dos textos diferentes para regular la misma única situación en que tiene relevancia. O se mantenía el bien estudiado texto de 1983, o se adoptaba el de Anaya, Etcheverry y Bergel en el art. 54 de la LSC, pero no la convivencia de ambos. Con la derogación del art. 144 se evitará también que ocurran desvíos interpretativos motorizados por análisis del derecho que descreen de las personas jurídicas y de la limitación de responsabilidad, motores ambos del progreso de los últimos siglos. Ya se ha podido leer alguna publicación en la cual se proclama que el Código ha elevado la inoponibilidad a la jerarquía de un *principio general del derecho*.

II.11. El último párrafo del art. 150 establece que “*las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades*”. Vuelve a demostrarse así la visión societarista de estas reglas generales, cuando hubiera sido razonable proyectar una regulación propia y no acudir a una remisión a todas luces inapropiada que, por cierto, no existía en el Proyecto del 98. El solo repaso de los arts. 118 a 124 de la Ley de Sociedades demuestra la difícil adaptación de la mayor parte de esas normas, pensadas para entidades que tienen otra finalidad, como las que realizan negocios, a las personas jurídicas fundaciones, asociaciones civiles y simples asociaciones. En cambio, no se regló el tratamiento de las personas jurídicas públicas extranjeras.

II.12. El art. 142 establece que “*la existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución*”. Pero, a diferencia del Proyecto del 98, cuyo art. 147 terminaba aquí, la norma innecesariamente agrega que “*no necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la*

persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla". Empero, este agregado se contradice en el art. 169, que dispone que las Asociaciones Civiles deben ser registradas "*una vez otorgada la autorización estatal para funcionar*", cuando añade que "*hasta la inscripción se aplican las normas de la simple asociación*". Es decir, sí pueden funcionar antes de la autorización estatal. Lo mismo ocurre con las fundaciones, respecto de las cuales el art. 193 establece que, "*para existir como tales requieren necesariamente... solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar*". Sin embargo, el art. 200 reconoce una suerte de *statuts* de fundación "en formación", cuando impone a fundadores y administradores responsabilidad solidaria "*por las obligaciones contraídas hasta el momento en que se obtiene la autorización para funcionar*". En otras palabras, ambas, figuras, asociación civil y fundación, pueden actuar antes de la autorización estatal, en contradicción con la última frase del art. 142.

II.13. Mientras el Proyecto de 1998 no contenía norma equivalente, el art. 149 proyectado por la Comisión Redactora estableció que "*la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica su carácter privado, sin perjuicio de otras especificaciones de orden público legalmente establecidas*". Lo subrayado, que era de difícil comprensión, pero que de todos modos no alteraba el sentido del relevante principio de que cuando el Estado participa en una persona jurídica privada, fundamentalmente una sociedad, ésta sigue rigiéndose por su propia condición de tal, fue reemplazado en el Código sancionado por una frase completa: "*Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación*".

II.14. Cuando la actividad o el fin de la persona jurídica responde a un interés general, v.gr., un establecimiento educativo o de salud, o consiste en la explotación de un servicio público, una previsión como la que se transcribe es innecesaria porque el interés público surge de la propia naturaleza de la actividad de la entidad. En cambio, esta frase abre la puerta a que el Estado pretenda arrogarse preeminencias incompatibles con la igual calidad de derechos que corresponde a todos los miembros o socios de una persona jurídica privada. Nótese la sutileza de la redacción: no aborda el interés público de la actividad o finalidad de la persona jurídica, societaria o no, en que participa el Estado, sino el interés público comprometido en la *participación*. No importa que en la actividad de la persona jurídica privada no esté comprometido interés público de ninguna clase: bastará el solo hecho de tomar el Estado una participación, aunque sea ínfima, y que una norma de cualquier nivel respalde que en, general o en particular, las participaciones del Estado en tales entidades son de interés

público, para que el Estado pretenda gozar de privilegios y aprovechar de desigualdades caprichosa e irracionalmente establecidos en su favor. La modificación introducida en el trámite parlamentario es fácil de asociar con la dudosa legalidad del dec. 1276/2012, por el que se reglan las participaciones de las entidades estatales en sociedades anónimas privadas sin respetar el interés social. A poco que se comprenda la importancia del derecho de los ciudadanos a desarrollar en paz su actividad privada, la frase debe ser derogada.

II.15. En otra comunicación a esta Academia traté algunos aspectos societarios de lo que entonces era el Proyecto de la Comisión Redactora, versión de 2012 enviada por el Poder Ejecutivo al Congreso. Sólo volveré a tocar un punto porque hace a la seguridad jurídica. Recuérdese que la unificación de todas las sociedades en el marco de la Ley de Sociedades, se estructuró de modo casi literalmente idéntico que en los proyectos de 1993 (el de la llamada Comisión Federal) y de 1998. Una de las características comunes a estos proyectos y al nuevo Código, es que las sociedades civiles quedaron regidas por la figura residual reglada en la Sección IV del Capítulo Primero, Parte General de la Ley de Sociedades, sustitutivo de las normas sobre sociedades no constituidas regularmente. Sin embargo, se ha incurrido en una omisión, que no fue corregida pese a que existieron advertencias a su respecto. Los proyectos de ley que acompañaban y ponían en vigencia los Proyectos de 1993 (art. 5º) y de 1998 (art. 10), establecían expresamente que *“las actuales sociedades civiles quedarán regidas por los arts. 21 a 26 de la ley 19.550, con el contenido otorgado a éstos en el Anexo II de la presente y por las disposiciones generales de dicha ley, conservando su personalidad jurídica, sin solución de continuidad”*.

II.16. La omisión en la ley 26.994 de reproducir ese artículo ya ha dado lugar a que algún autor sostenga que han desaparecido las sociedades civiles, o peor aún, que se las ha extinguido como sociedades: no cabrían en el concepto de *sociedad* del art. 1º de la Ley de Sociedades en razón de la ausencia del elemento *empresa* incluido en la norma junto con la finalidad de obtener un lucro a repartir (2). Aunque creo haber demostrado en otra ocasión lo erróneo de ese razonamiento por la identidad substancial del concepto de sociedad en el art. 1648 del Código de Vélez y en el art. 1º de la Ley de Sociedades (3), el mismo autor, ya luego de la sanción del

(2) VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código”, LL, T. 2012-D, p. 1216.

(3) MANÓVIL, Rafael Mariano, “Las sociedades de la Sección IV del Proyecto de Código”, LL, T. 2012-E, p. 758 y las numerosas citas que lo sustentan.

nuevo Código, insiste en su posición (4). El error en que incurre es evidente, porque toda sociedad que no ha adoptado uno de los tipos del Capítulo II de la Ley de Sociedades se rige por sus arts. 21 a 26. Como dice el art. 21, “*la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta sección*”. A ello se añade la substancial disposición del art. 22 que, al invertir el régimen actual, establece que “*el contrato social puede ser invocado entre los socios*”. En otras palabras, entre los socios rige el contrato y supletoriamente se aplican las disposiciones de esa Sección IV, incluso, en todo caso, en lo que hace a la actuación y a la responsabilidad de los socios frente a terceros.

II.17. No obstante, para quitar todo margen de duda y hasta por razones docentes, hubiera sido mejor que en la ley 26.994 se reprodujera lo proyectado en 1993 y en 1998. La discusión desaparecería mediante el dictado de una norma que subsane esa omisión.

III. La prohibición de contratar entre cónyuges

III.1. En el Proyecto de la Comisión, incluso en la versión enviada al parlamento por el Poder Ejecutivo, se había suprimido la prohibición de celebrar ciertos contratos entre los cónyuges, como la del art. 1358 para la compraventa y la del art. 1807, inc. 1º para la donación, ambos del Código de Vélez, con efectos también sobre algunos otros contratos (5), o la del art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales, que limita a los cónyuges entre sí a ser socios de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

III.2. Empero, imprevista e inopinadamente, en algún estadio del trámite parlamentario se agregó al art. 1002 un cuarto inciso, el d), estableciendo así, ahora para todos los contratos, que “*no pueden contratar en interés propio... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí*”. Al margen de la discusión académica acerca de la diferencia entre una *incapacidad*, una *inhabilidad*, y una *prohibición* y sobre si sus efectos son idénticos, lo cierto es que la norma es contradictoria con la reforma que quedó plasmada en el art. 27 de la ahora Ley General de Sociedades, cuando dice que

(4) VÍTOLO, Daniel Roque, “La Ley de Sociedades reformada por la que sancionó el Código Civil y Comercial”, LL, diario del 27 de octubre de 2014, a ser publicado en T. 2014-F, donde vuelve poner un título que dice “La eliminación de las sociedades civiles”.

(5) Para el estado de la cuestión bajo el régimen del Código de Vélez, puede verse SAMBRIZZI, Eduardo A., “Los contratos entre cónyuges”, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV — Instituto de Derecho Civil — Número 15, Teoría y Práctica de los Contratos, Bs. As., 2010, págs. 75/116 y sus numerosas citas y referencias.

“los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV”, o sea también las sociedades hoy denominadas civiles, así como las irregulares, las de hecho y las defectuosas.

III.3. Como consecuencia mucho más grave, impide a los cónyuges bajo el régimen de comunidad de bienes celebrar entre sí cualquier contrato, no solo aquéllos que implican una disposición patrimonial. Un cónyuge no puede celebrar un mutuo con el otro, ni pactar con él el otorgamiento de una fianza; no puede dar ni recibir en comodato, ni dar o recibir en locación o en depósito; no pueden celebrar contratos de transporte, de distribución, agencia o corretaje, ni de fideicomiso, aunque éstos fueran de la actividad profesional de uno o de ambos cónyuges; no puede haber entre ellos una cuenta corriente, ni siquiera un mandato, o un contrato de locación de servicios o de trabajo. Pueden celebrar sociedad, pero ningún contrato asociativo de los reglados en los arts. 1442 y ss., ni cualquier otro innominado o atípico.

III.4. Las prohibiciones de este tipo, siempre tuvieron fundamentos en débiles (6), en todo caso, inapropiados para el desarrollo social moderno. ¿Para qué no sólo mantenerlas, sino agravarlas? El inc. d) del art. 1002 debe ser derogado antes de la entrada en vigencia del nuevo Código.

IV. Alcance e interpretación de los contratos

IV.1. Puede tal vez generar dudas para la seguridad jurídica que el art. 962 (cuya fuente es el art. 902 del Proyecto del 98), luego de disponer que *“las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes”*, haga excepción cuando *“de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter indisponible”* (7). Deja margen a que el juez en cada caso entienda según su propio criterio si una norma es imperativa o supletoria. Hubiera sido preferible que la excepción se vincule con la tutela normativa de algún interés concreto.

IV.2. El art. 961, luego de establecer (como el comienzo del actual 1198) que *“los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe”*,

(6) El régimen patrimonial de la sociedad conyugal dejó de ser de orden público al admitirse en el nuevo Código la opción por el régimen de separación de bienes. Por lo cual deja de ser argumento la protección contra su violación. Además, al temor a supuestos fraudes organizados entre los cónyuges el ordenamiento le opone remedios suficientes. Véanse los argumentos en Eduardo GREGORINI CLUSELLAS, en BUJERESHIGHTON, *Código Civil*, Hammurabi, 1999, T. 3C, págs. 402 y ss.

(7) No comparte esta prevención Jorge MOSSET ITURRASPE, “Contratos en general”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, págs. 100/1.

retoma la idea original de Vélez cuando dice que “*obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”. Pero mientras Vélez hablaba de consecuencias “*virtualmente comprendidas*”, el nuevo Código se remite a un cartabón hipotético y objetivo.

IV.3. Esta disposición debe compatibilizarse necesariamente con las normas sobre interpretación porque ella asume efectos que no están en la voluntad expresada, ni en la voluntad real, ni en la voluntad presunta del contratante, sino en el *standard* objetivado de lo que una persona media y razonable hubiera querido, al estilo de las pautas de interpretación del derecho inglés (8). Los instrumentos internacionales que tienden a unificar materias contractuales solo incluyeron una regla objetiva como ésta de modo supletorio a la indagación de la voluntad de las partes. Así, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías dispone en su art. 8º que “*las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención*”, y recién cuando ello no fuera posible, “*conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte*”, pero en ambos casos, tomando en cuenta “*todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes*”. En los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 se sigue el mismo orden: “*el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*” y, solo si ésta no puede establecerse, “*conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición de las partes*” (art. 4.1, coincidente con el 4.2), a cuyo fin se toman en cuenta las conductas de las partes (art. 4.3).

(8) Como se dijo en un muy conocido fallo, la interpretación debe hacerse dando “*el significado que al documento le hubiera otorgado una persona razonable que tuviera todo el conocimiento de antecedentes que razonablemente hubiera estado a disposición de las partes en la situación en que se hallaban al tiempo del contrato*” (WLR 896, 912H, *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, 1998). Para referencias sobre las nociones subjetivas o consensualistas y objetivas o consecuenciales, puede verse SAUX, Edgardo Ignacio, “*Contratos en General. Disposiciones generales*”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2014-1, págs. 12/4 y sus importantes notas. Véanse allí también las referencias a los aportes sobre el tema de Ian Macneil, Werner Goldschmidt, y Noemí Nicolau, entre otros, y el intento de compatibilizarlos (págs. 22/3).

IV.4. El art. 961 del Código tiene su fuente en el Proyecto del 98, cuyo art. 967 establecía que “*el contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él*”. Pero el Código se apartó de la fuente al no reproducir el relevante agregado del 98 de que ello era “*conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte*”. En el Proyecto del 98 las pautas objetivas parecen condicionadas a las subjetivas, aunque sin una clara preeminencia de unas u otras.

IV.5. Como se señaló, el *standard* objetivo del art. 961 debe ser compatibilizado con el art. 1061, cuando, éste sí, sienta la regla de que “*el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe*”. Pero entonces, ¿qué deberá hacer prevalecer el intérprete, la intención común de las partes (indagación subjetiva) o el alcance con el que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor (pauta objetiva)? El art. 1065 parece acentuar la relevancia de la interpretación subjetiva, cuando ante la insuficiencia de la lectura contextual de las palabras, señala que “*se deben tomar en consideración*” las circunstancias de la celebración, las negociaciones preliminares, la conducta de las partes, “*incluso la posterior a su celebración*”, pero también “*la naturaleza y finalidad del contrato*”.

IV.6. Aun señalando las imprecisiones derivadas de esta aglomeración de conceptos sin establecer un orden concreto de aplicación, es previsible que, por tradición y por formación, la jurisprudencia hará prevalecer el aspecto subjetivo del acuerdo de voluntades, o sea, la intención de las partes. Pero hubiera sido deseable mayor precisión y un orden de prelación claro.

V. Plazos injustificados en materia de opciones

V.1. En el marco de la sección 4ª del Libro III, que se refiere a los contratos preliminares, el art. 994 dispone que “*el plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento*”, lo cual hasta impide pactar su renovación automática (9). El plazo es oriundo del Proyecto del 98 (art. 934), pero no tiene justificación ni explicación alguna en los *Funda-*

(9) NICOLAU, Noemí Lidia, “Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-1, p. 393. Esta autora destaca, también, la contradicción que genera el plazo respecto del contrato de *leasing*.

mentos de ninguno de ambos. Tampoco se le prestó demasiada atención en la doctrina (10). Es, además, aplicable, no solo a la llamada *promesa de celebrar un contrato*, sino también al *contrato de opción* (11).

V.2. Las *opciones* pueden ser el fundamento de la construcción de negocios complejos, a veces de gran envergadura; se utilizan en toda clase de mercados de productos y valores; se usan en entramados y estructuras de colaboración empresarial, incluso societarias. En todo caso, no hay motivo para la limitación temporal arbitrariamente impuesta por la norma. Por otra parte, en su esencia, la opción es una oferta irrevocable (12), aunque el oferente-obligado reciba un precio por ella. Para el plazo de vigencia o de irrevocabilidad de una oferta (art. 974), el Código no establece ningún tope. Como se encarga de recordar Mayo, el art. 1331 del Cód. Civil italiano no fija plazo alguno y remite a la necesidad de petitionerar su fijación cuando no está pactado (13). Ganaría el Código, pues, si el plazo del art. 994 fuera derogado o, por lo menos, fuera excluido para la opción.

VI. Los diversos pactos de preferencia y sus contradicciones

VI.1. En el art. 997 se regula el *pacto de preferencia*. Siguiendo el art. 937 del Proyecto del 98 (que lo denominaba *contrato de prelación*), se lo caracteriza como aquél que “*genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes*”. Esta caracterización es errónea: como el propio nombre lo indica, la preferencia es solo eso y admite que el contrato se celebre en definitiva con un tercero. Solo exige el previo ofrecimiento a la contraparte para contratar él en las mismas condiciones. El *deber* de hacerlo no es, pues, absoluto, como parece indicarlo la norma.

VI.2. Por otra parte, aunque es acertado que se admita que el pacto sea recíproco en los supuestos de participaciones sociales, de condominio, de participaciones en contratos asociativos o similares, no se advierte por

(10) FISSORE, Diego M., “El contrato de opción en Argentina”, LL, T. 2002-E, págs. 879/86, ni siquiera menciona la cuestión.

(11) Ello deriva de que el segundo párrafo del art. 994 establece ese plazo para la “*vigencia de las promesas previstas en esta Sección*”, y el contrato de opción reglado en el art. 996, no por ser calificado de contrato deja de establecer una promesa.

(12) El Código Civil italiano de 1942 al describir la opción en su art. 1331, dice que “*la declaración... se considera como propuesta irrevocable a los efectos previstos en el art. 1329*”.

(13) MAYO, Jorge, “La opción como supuesto singular en la formación del contrato. Su regulación en el proyecto del Código Civil”, ED. T. 183, págs. 1508 y ss.

qué no puede ser también recíproco con relación a otros contratos. ¿Por ejemplo, por qué no podría ser recíproco el pacto celebrado entre los propietarios de dos inmuebles vecinos?

VI.3. Si bien es acertada la supresión del plazo de un año que contenía el Proyecto del 98 —y también algún borrador sobre el que trabajó la Comisión—, de la previsión final del art. 997 en cuanto a que “*los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen*” deriva que, a falta de previsión, el pacto no es transmisible. A los efectos del tráfico comercial, interesado en la circulación de la riqueza y, por tanto, en la de los derechos, la transmisibilidad debió ser la regla y requerirse estipulación expresa o el carácter *intuitu personae* para excluirla.

VI.4. Los puntos críticos relativos al *pacto de preferencia* del art. 997 se complican aún más a la hora de estudiar la sección 7ª del Título IV, que versa sobre “*Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa*”. Allí, al lado de los pactos de *retroventa* (art. 1163) y de *reventa* (art. 1164), aparece nuevamente un llamado *pacto de preferencia*, que el art. 1165 describe como “*aquel por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla*”. Es decir, con el mismo nombre se tratan dos institutos que, aunque guardan similitud, son diferentes.

VI.5. En efecto: uno, el del art. 997, puede referirse a la celebración de cualquier contrato, las partes pueden no haber estado vinculadas con anterioridad, el pacto puede tener cualquier plazo, puede ser transmisible y, como se vio, puede en algunos supuestos ser recíproco. El otro, el del art. 1165, es aplicable solamente a la compraventa y es sólo a favor de un primitivo vendedor. Inexplicablemente se limita su transmisibilidad cuando este artículo dispone que “*el derecho es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos*”. Además, igual que para la retroventa y la reventa, según el art. 1167 solo “*pueden ser convenidos por un plazo que no exceda de cinco años si se trata de cosas inmuebles, y de dos años si se trata de cosas muebles, contados desde la celebración del contrato*”. El plazo es legal y, para peor de males, “*es perentorio e improrrogable*” (14).

VI.6. ¿Qué interés se protege mediante estas limitaciones? Tal vez, en lo que concierne al pacto de retroventa y al de reventa el legislador haya de-

(14) De orden público lo llama un autor, sin explicar cuál es el interés público que protegería (CROVI, Luis Daniel, “El contrato de compraventa, del Código de Vélez Sarsfield al Proyecto del año 2012”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-2, p. 34).

seado limitar la falta de certeza sobre la titularidad de los derechos; quizá le preocupe la extensión de la oponibilidad de estos pactos a terceros en los supuestos de bienes registrables (15). Aunque con relación al art. 1392 de Vélez hubo quienes sostuvieron que se trataba de una promesa de venta sujeta a condición suspensiva (16), el enfoque parece derivar exclusivamente de su oponibilidad a terceros y de la seguridad de los derechos, pero no de la esencia del contrato o de la tutela de algún interés que pueda prevalecer sobre la voluntad de las partes.

VI.7. Las normas son confusas por la identidad de designación para previsiones distintas, con diferencias que racionalmente no se justifican, haciéndolas contradictorias ante casos que encuadran en ambos supuestos. Ante todo, ¿cuál es la diferencia de substancia entre la persona que adquiere el derecho de compra preferente de un inmueble que nunca fue suyo, respecto de aquél que quiere preservar el derecho de volver a adquirirlo cuando el primitivo comprador lo quiera enajenar? Ciertamente, ninguna. En cuanto a la intransmisibilidad del art. 1165, ¿por qué la prohibición de que el pacto de preferencia para recomprar la casa de los ancestros vendida se transmita a sus herederos, quienes pueden tener el mismo interés? ¿O transmitido a otro pariente? A falta de un interés jurídico tutelable, se trata de una restricción a la libertad contractual que carece de racionalidad.

VI.8. Los comentaristas del art. 1397 del Código de Vélez no encontraron mejor explicación para estas restricciones que la de tratarse de un derecho inherente a la persona, con fundamento “*en razones afectivas de índole personal*” (17). Estas razones no pueden tenerse por válidas en el ámbito del derecho civil moderno, pero mucho menos cuando se trata de un Código que unifica obligaciones y contratos civiles y comerciales.

(15) Dice el art. 1166 que “*los pactos regulados en los artículos precedentes pueden agregarse a la compraventa de cosas muebles e inmuebles. Si la cosa vendida es registrable, los pactos de retroventa, de reventa y de preferencia son oponibles a terceros interesados si resultan de los documentos inscriptos en el registro correspondiente, o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo*”. Tal vez haya sido superfluo el agregado según el cual, “*si las cosas vendidas son muebles no registrables, los pactos no son oponibles a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso*”, porque el efecto de la falta de registración es siempre su inoponibilidad a terceros.

(16) SALVAT-ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, T. I, 2ª ed. 1950, págs. 390 y ss.

(17) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, lo mismo que SILVESTRE, Norma, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, dirigido por Alberto J. BUERES y coordinado por Elena I. HIGHTON, Hammurabi, T. 3 C, p. 521, y citas. Silvestre admite el pacto en contrario al reconocer que no hay orden público involucrado.

En el terreno mercantil ese tipo de consideraciones debe necesariamente sucumbir frente a la necesidad de atender los intereses de las partes en el ámbito de la circulación de bienes y derechos. Como ya se dijo, lo adecuado hubiera sido invertir los términos y admitir la transmisibilidad a herederos y terceros, salvo pacto en contrario.

VI.9. Un sencillo ejemplo ilustrará la injustificada contradicción que deriva de las limitaciones criticadas cuando pueden ser aplicables ambas normas. Supónganse cuatro accionistas, *Primus*, *Secundus*, *Tertius* y *Quartus* que sean titulares de un cuarto del capital de una sociedad cada uno. Entre ellos tienen pactado, por la duración de la sociedad, un derecho de adquisición preferente para el caso de que cualquiera de ellos venda sus acciones. Conforme lo permite el art. 997, el pacto es recíproco, se declara expresamente que el pacto da derecho y obliga a los herederos y que se transmite junto con la titularidad de las acciones. Ahora bien: uno de los cuatro accionistas, *Primus*, vende a *Quintus* la mitad de su participación y mantiene el resto. Los demás accionistas no ejercen su preferencia. El nuevo accionista, *Quintus*, se hace parte del pacto recíproco de adquisición preferente. Pasados dos años y un día, *Quintus* decide vender sus acciones. Esta vez todos los accionistas ejercen su derecho de preferencia, incluido *Primus*. *Secundus*, *Tertius* y *Quartus* quieren impedir a *Primus* que compre a *Quintus*, ni siquiera en la proporción de su tenencia, como está establecido en el primitivo pacto de preferencia. Alegan que, como *Primus* fue el primitivo vendedor de las acciones, se aplica el art. 1165 y no el 997, así como que, conforme al art. 1167, su derecho tenía un plazo legal improrrogable de dos años. Esto sería claramente inequitativo. Sin embargo, la contradicción normativa se resolverá asignando al art. 997 la calidad de norma general y al art. 1165 la de norma especial, haciendo prevalecer esta última. Esto demuestra que, además de imponerse por lo menos una modificación terminológica, las limitaciones de los arts. 1165 y 1167 deben eliminarse para la preferencia en la compraventa.

VI.10. Reflexiones similares pueden hacerse con respecto al también llamado *pacto de preferencia* establecido en el art. 1182 para el contrato de suministro, que reproduce el art. 1116 del Proyecto del 98. No tiene explicación razonable que se limite la libertad de las partes al disponer que “*el pacto mediante el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto*” no será válido si la obligación excede de tres años (en el 98 eran cinco). La falta de fundamento es más visible aún a la luz de que se admite que el suministro se pacte por veinte años cuando se trata de “*frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él*”, o por diez años en los demás casos.

VII. Incertidumbres y contradicciones en los contratos “de larga duración”

VII.1. El art. 1011, impropriamente ubicado en el capítulo referido al objeto de los contratos, comienza por establecer una declaración novedosa, a saber, que “*en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto*”. Es decir que, según reza la norma, el tiempo debe permitir “*que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar*”. La disposición es extraña, por lo menos en nuestro derecho (18), y es difícil entender si se trata de una descripción de lo que es un contrato de larga duración, que sería innecesaria, o si se trata de la exigencia de un razonable lapso que las partes deben respetar.

VII.2. El segundo párrafo impone a las partes el deber de “*ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total*”. La redacción no es, ciertamente, muy afortunada y tampoco parece que tenga un significado diferente al de que las partes deben ejecutar el contrato de buena fe, en el marco de la colaboración que es propia de ese tipo de relación, o sea, de conformidad con las circunstancias y su finalidad.

VII.3. La alarma mayor se enciende, sin embargo, cuando el tercer y último párrafo establece que “*la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*”. Esta norma, que con seguridad será interpretada en forma extensiva y aplicada por analogía a otros supuestos de terminación del contrato, parte del errado presupuesto de que todos los contratos de duración deben, por lo menos como principio, continuar *sine die*, lo cual es inadmisibles como política legislativa: atenta contra la libertad individual de decidir, conforme al libre albedrío de cada uno, si se desea dar por concluida una relación contractual con la contraparte o si se acepta continuarla en otras condiciones. Los motivos por los cuales una parte elija no continuar un contrato de duración pueden ser ajenos a sus términos económicos y estar fundados en cuestiones personales, en su propio proyecto de vida, etc.

VII.4. Déjese de lado la cuestión de averiguar con exactitud qué significa *larga* duración en el caso concreto, es decir, si es un año, tres años, cinco años o diez, y también la discusión acerca de si, puestos a legislar, no hubiera sido de mayor valor disponer reglas sobre los contratos de duración en general. En cambio, es insoslayable la consideración del hecho de que

(18) No estaba tampoco en el Proyecto del 98.

pronunciar una rescisión unilateral es un derecho que otorgan el contrato o la ley, precisamente para dar fin a un vínculo en algún momento o por algún motivo (19). Como cualquier derecho, no puede ser ejercido abusivamente ni de mala fe, principios generales que son suficiente protección para cualquier contratante, no importa en qué tipo de contrato.

VII.5. Al proyectar la norma bajo crítica, parece evidente que la visión del legislador ha sido unilateral, partiendo del presupuesto de que quien rescinde es siempre la parte más fuerte del contrato (v.gr., el concedente, franquiciante, etc.). Empero, quien no quiera continuar puede ser la parte más débil. Imagínese un agente, un distribuidor o un concesionario, que ha decidido retirarse de la actividad, para emprender una distinta, para vincularse con un principal, distribuido o concedente que le ofrezca una actividad más interesante o atractiva, que tenga mayor posibilidad de desarrollo futuro, o todo lo contrario, que sea menos exigente. ¿Por qué podría obligárselo a negociar, aún de buena fe, una continuidad que, por razones que le son privativas no tiene la voluntad de seguir adelante?

VII.6. La indefinición de cuáles son los contratos comprendidos entre los de *larga duración*, permite incluir, por ejemplo, a la locación, que es o puede ser de larga duración (plazo máximo de 20 o 50 años, art. 1197, plazo mínimo de dos años, art. 1198). ¿Puede el locador o el inquilino ser forzado a renegociar cuando se rescinde, o no se renueva la duración del contrato? La exigencia es injusta, injustificada, imprecisa, está reñida con la lógica de una relación contractual bilateral y será, a no dudar, una fuente de innecesaria conflictividad: está en la lista de las que deben derogarse antes de la entrada en vigencia del nuevo Código.

VII.7. Además, la lógica de esta norma se contradice con el injustificado límite de tres años impuesto en el art. 1182 al pacto de preferencia en el suministro, típicamente un contrato de larga duración. Cuando una parte lo rescinde de acuerdo con las previsiones del propio contrato, no importa cuándo, se le obliga a una negociación para continuarlo. En cambio, un pacto de preferencia para celebrar un nuevo contrato tropieza con el tope de tres años. Peor aún: cuando el contrato es por plazo indeterminado, el art. 1183 dice que cualquiera de las partes puede *resolverlo* (debió decir *rescindirlo*, porque de conformidad con el art. 1079, inc. b, la resolución produce efectos retroactivos, lo que es incompatible con la facultad de que da cuenta la norma) con un preaviso razonable. Empero, de conformidad con el criticado art. 1011, debe negociar de buena fe la continuación.

(19) Véase PITA, Enrique Máximo, “Ineficacia sobreviniente del contrato (Rescisión, revocación y resolución)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-1, págs. 367/74.

VII.8. Si no se deroga el art. 1011, los contratos de agencia, concesión y franquicia, al cabo del plazo pactado, o del mínimo legal (cuatro años, y excepcionalmente dos, arts. 1506 y 1516), o cuando han devenido de plazo indeterminado, pueden no concluir nunca, por lo menos sin riesgo de pagar por daños por no haber negociado de buena fe su renovación.

VIII. ¿El usufructo forma parte de la garantía de los acreedores?

VIII.1. El art. 242, con texto igual al del art. 231 del Proyecto del 98, establece que *“todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables”*.

VIII.2. Sin embargo, en contradicción con esta norma, el art. 744, inc. e) excluye de la garantía común de los acreedores al derecho de usufructo. Cabe preguntarse, ante todo, si ello querrá decir que no pueden embargarse ni siquiera los frutos de la cosa objeto del usufructo. Al margen de ello, cualquiera sea la respuesta a este interrogante, la norma da origen a una nueva contradicción.

VIII.3. En efecto: si el usufructo no forma parte de la garantía común, queda implícito en ello que el usufructo es inejecutable por los acreedores. Empero, el art. 2144 presupone exactamente lo contrario, o sea, que el usufructo es ejecutable, cuando dice que *“si el acreedor del usufructuario ejecuta el derecho de usufructo, el adquirente del usufructo debe dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de los bienes”*. El Proyecto del 98 no contenía una norma equivalente al art. 744, inc. e). Para mantener la coherencia esta norma debería ser derogada.

IX. Los pactos sobre herencias futuras y la actividad productiva: innovación que requiere ser completada

IX.1. El Código mantiene la prohibición de celebrar contratos sobre herencias futuras. Lo hace en el primer párrafo del art. 1010 cuando dice que *“la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa”*. El fundamento clásico de esta prohibición, cuyas antiguas fuentes cita Vélez en la nota al art. 1175 del Código, es impedir que se especule con la muerte del causante. Sin embargo, con el correr del tiempo, la realidad ha demostrado que ese principio moral se erige en impedimento para que el traspaso intergeneracional y la continuidad de explotaciones económicas puedan ser reglados por

los interesados de modo tal que se evite o, por lo menos, disminuya la conflictividad.

IX.2. Esta reflexión inspira el párrafo segundo del art. 1010 cuando establece que, no obstante la prohibición general, *“los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios”*. A lo cual se agrega, todavía, que *“estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”* (20). Puede, pues, celebrarse cualquier acuerdo que concierna a dos o más generaciones, o a una sola, incluso entre futuros herederos y aún sin participación de los progenitores. La permisión favorece la validez y el alcance de los llamados *protocolos familiares*, legislados en algunos países y usados también en el nuestro.

IX.3. Empero el progreso alcanzado puede hallarse ante obstáculos. A veces, para la eficiencia de esos acuerdos se hace necesario incluir la renuncia, total o parcial, a una herencia futura. Sin embargo, el art. 2286 dispone de modo categórico que *“las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas”*, y el art. 2287 que no puede el heredero aceptar o renunciar *“por una parte de la herencia”*. En ciertos casos estas normas pueden resultar conflictivas con lo que autoriza el art. 1010, segundo párrafo, con el que están ligadas por su substancia (21). La contradicción

(20) Severamente crítico del agregado y poniendo los principios morales de la prohibición por encima de la preponderancia del tráfico, LAJE, Alejandro, “Pactos sobre herencias futuras”, Derecho de Familia y de las Personas, mayo 2014, p. 139. Pero algunos de los argumentos, como la creación de incertidumbre sobre la propiedad de los bienes con disminución del crédito inmobiliario, tomado de MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Código Civil*, Hammurabi, 2000, T. 3B, p. 650, no se sostienen, porque son pactos que sólo obligan a las partes. Ver también CÓRDOBA, Marcos, “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado”, Derecho de Familia y de las Personas, diciembre 2013, p. 105, quien, pese a calificar la norma como *“el intento de creación de un nuevo orden moral”*, se muestra receptivo a la novedad y ensaya una valiosa interpretación coherente de todas las normas involucradas. En igual sentido, CÓRDOBA, Florencia Inés, “Contrato y Testamento, hacia una mayor libertad y autonomía de la voluntad en el Derecho Sucesorio”, Derecho de Familia y de las Personas, marzo 2014, p. 67; advierte esta autora un *“interés colectivo”* en la dinámica que surge de *“la conveniencia para muchos de proteger lo relativo a la fuerza que produce movimiento, traslación”*.

(21) Ya lo señalaba Vélez en la nota al art. 3311: *“Es una consecuencia del artículo que deben ser prohibidos los contratos sobre sucesiones futuras, no sólo a los herederos y a los terceros, sino también a aquel de cuya sucesión se trate, en el sentido de que la facultad de disponer de sus bienes por acto de última voluntad, no puede ser objeto de un contrato”*.

podría ser fácilmente superada si a los arts. 2286 y 2287 se les agregara: “*salvo en los supuestos del art. 1010, segundo párrafo*”.

X. Las contradicciones sobre obligaciones en moneda extranjera

X.1. En el párrafo 6º de la Sección 1ª, Capítulo 3 del Libro III, dedicado a las obligaciones de dar dinero, existe notoria contradicción entre los arts. 765 y 766. El primero, modificando el derecho hoy vigente (Cód. Civ., art. 617), dice que si se estipuló entregar una moneda que no sea de curso legal, “*la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*”. Esta disposición no debe leerse como la desaparición de las obligaciones en moneda extranjera, ni siquiera como una liberación de su cumplimiento en la moneda pactada.

X.2. Tal conclusión sería errónea porque la norma no es de orden público, ni siquiera imperativa: es simplemente supletoria. Ello deriva, ante todo, de que el art. 766 dice lo contrario: “*el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada*”.

X.3. Además, reafirmando esto último, en materia de contratos bancarios el art. 1390 dispone para el depósito que el banco “*tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie*”; y para el préstamo bancario, el art. 1408 establece que el prestatario se obliga a la devolución del préstamo y al pago de los intereses “*en la moneda de la misma especie, conforme lo pactado*”.

X.4. Resulta entonces que, a la luz de la pauta del art. 2º, en cuanto ordena que la ley debe ser interpretada “*de modo coherente con todo el ordenamiento*”, no puede sino concluirse que, ante las claras disposiciones de los citados arts. 766, 1390 y 1408, ningún interés general que justifique una calificación de orden público puede adscribirse a la última parte del art. 765. Tampoco se advierte que se tutele un interés particular que funde calificarla de imperativa. En consecuencia, admite pacto en contrario y, tanto más, cualquier pacto de cumplimiento efectivo en especie, o sustitutivo de este último para un supuesto de imposibilidad.

XI. Importancia asignada a la causa fin y a los motivos

XI.1. Algunos autores asignan a la recepción de la *causa fin* en el nuevo Código la relevancia de fundar un nuevo orden contractual (22). En esta

(22) STIGLITZ, Rubén S., “Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL, T. 2014-E, p. 1332; y del mismo “Los principios generales de la

comunicación me abstendré de profundizar sobre ese alcance, y me limitaré a cuestiones puntuales de la normativa. El art. 281 establece que *“la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad”*. Pero enseguida agrega, con la importancia que se señalará, que *“también integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”*. El art. 282 agrega la presunción de que *“aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera”*. Tengo para mí que esto último, importante cuando se trata de la causa fuente, es sobreabundante cuando se trata de la causa fin, pero reconozco que el punto es opinable. También parece referirse a la causa fuente el art. 283, en cuanto dispone que no es susceptible de discusión la causa en el acto abstracto, antes de haberse cumplido. Todas estas normas provienen, con matices, del Proyecto del 98 (arts. 253 a 258), el cual, sin embargo, no definió la causa (23).

XI.2. En todo caso, sobre la causa fuente vuelve a legislar el art. 726, como corresponde, cuando dice que *“no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”*.

XI.3. El art. 1012 establece que se aplican a los contratos las disposiciones sobre la causa de los actos jurídicos, disposición innecesaria porque los contratos son *actos*. Empero, como de especial relevancia por sus efectos es el art. 1013, en cuanto no sólo tiene a la causa como elemento esencial del contrato, sino que establece que ella *“debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución”*. A lo cual agrega que *“la falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato”*. La disposición, que tiene su fuente en el art. 953 del Proyecto del 98, no sólo abre la senda para las normas acerca de la causa ilícita, sino que también permite fundar la aplicación de la doctrina de la frustración de la finalidad del contrato, legislada en el art. 1090.

teoría general del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Contratos y Sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Empresarial, Bs. As., 2013, págs. 243/63; VERGARA, Leandro, “Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial”, LL, diario del 17.12.2014, que aparecerá en el T. 2014-F.

(23) Véanse los antecedentes y las distintas acepciones en CORNET, Manuel y TINTI, Guillermo P.B., “La causa en el contrato”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-1, págs. 205/41, y sus abundantes citas.

XI.4. Ya quedó dicho que, de conformidad con el art. 281, los motivos exteriorizados, incorporados al acto, también integran la causa, de donde se sigue que los *motivos* integrantes de la causa también deben subsistir durante la ejecución del contrato (24). Esto último tiene relevancia especial en contratos de duración, particularmente en contratos asociativos, e incluso en materia de sociedades. Puede existir una causa fin objetiva propia del contrato, pero también motivos subjetivos exteriorizados por las partes. Éstos pueden haber desaparecido o haber sido superados con el transcurso del tiempo, y sin embargo permanecer la causa objetiva propia del contrato. ¿Deberá siempre, en estos casos, declararse extinguido el contrato, o forzarse su adecuación?

XI.5. En materia de sociedades, la superación o desaparición de los motivos, ¿será siempre una causal de extinción del contrato? Póngase el ejemplo de un empresario “A” que constituye con un empresario “B” una sociedad para producir ciertos bienes, sociedad cuya causa fin objetiva es correr juntos el riesgo empresario procurando que el riesgo corrido en común se traduzca en utilidades a repartir y no en pérdidas a soportar (25). Pero a ello agregan como motivo que, para “A”, es el modo de colocar una porción importante de su producción, mientras que para “B” el motivo es asegurarse la provisión de los bienes producidos por la sociedad, los cuales necesita como insumos en su propia actividad: ambos *motivos* integran la causa. Según el art. 1013, la causa debe subsistir durante la ejecución del contrato, es decir, durante toda la vida de la sociedad y ella puede darse por extinguida cuando desaparece la causa. Pero la sociedad pudo haber vendido su producción también a terceros, es decir, justificar su existencia más allá de la provisión a “B”. Supóngase ahora que “B” quiebra, o cierra su planta, o deja de producir aquello para lo que usaba los insumos que fueron el *motivo* exteriorizado y aceptado de su participación en la sociedad. ¿Ésta deberá extinguirse, disolverse y liquidarse? ¿O deberán prevalecer principios del derecho mercantil, como el de preservación de la empresa?

XII. ¿Prescripción con plazos locales? Una suspensión inconveniente e infundada

XII.1. El art. 2532, que encabeza las normas en materia de prescripción, sufrió un agregado en su tortuoso tránsito por el Congreso que constitu-

(24) Para la cuestión de la causa y de los motivos en el nuevo Código, véase la excelente explicación de Juan Manuel APARICIO, “La frustración del fin del contrato”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-1, págs. 180/4.

(25) Noción causal ésta, que deriva de la última parte del art. 1º de la Ley de Sociedades.

ye una claudicación del Estado Federal frente a la voracidad fiscal de las provincias. Se le ha agregado una frase según la cual “*las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de los tributos*”. Luego de trabajosa jurisprudencia que en protección de los ciudadanos declaró la inconstitucionalidad de los plazos de prescripción pretendidos por las Provincias en cuanto superaban los establecidos en la legislación de fondo (Código Civil y Código Comercial), se perpetró el retorno a la incoherencia y a la falta de respeto a la institucionalidad. Más grave aún es que la norma no se limita a una delegación a las provincias de la facultad de establecer plazos distintos de prescripción, sino que utiliza la expresión “*legislaciones locales*”: ello permitirá que cualquier municipio de cualquier provincia establezca plazos diferentes al de la ley de fondo.

XII.2. Para peor, si el art. 2352 se limitaba a las cuestiones tributarias, también se creyó necesario hacer un agregado en el art. 2560, que establece el plazo genérico de cinco años para la prescripción. En el proyecto la norma concluía diciendo, como es lógico “*excepto que esté previsto uno diferente*”, pero en el Congreso se le agregó, “*en la legislación local*”. Con lo cual no son ya solo los plazos tributarios los que pueden ser modificados en sede local, sino cualesquiera plazos, sin importar el contenido. Una subdelegación o retrodelegación de facultades legislativas atribuidas por la Constitución Nacional al Congreso federal, no es constitucionalmente legítima (26).

XII.3. Además de la modificación substancial del plazo general en el citado art. 2560 al reducir los diez años de ambos Códigos actuales a cinco años, también es relevante la reducción de los cinco años actuales a dos para los supuestos del art. 2562, que incluye “*el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos*” (inc. c). En cambio, “*el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años*”. Dado que no existe ya distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, ésta es la prescripción que se aplicará a los administradores de sociedades, incluidos los directores de sociedades anónimas, y, en general, de todas las personas jurídicas.

(26) Véase a este respecto de modo crítico, SCOPONI, Cristian Fernando, “La prescripción y los tributos locales: la inconstitucionalidad del art. 2532 in fine del nuevo Código Civil y Comercial”, ED, diario del 15/12/2014, con nutrida cita jurisprudencial de la Corte Suprema; SPISSO, Rodolfo R., “Prescripción liberatoria de tributos provinciales en el Código Civil y Comercial”, LL, diario del 01/12/2014, Columna de opinión. En contra, a favor de la validez de esos desvíos, PADULO, Adriana María A., “El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias para regular la prescripción en el derecho tributario”, LL, diario del 9 y 10/01/2015, que se publicará en T. 2015-A.

XII.4. La novedad principal en este terreno se produce, sin embargo, en materia de suspensión de la prescripción: el art. 2543 equipara los supuestos clásicos de suspensión entre cónyuges y en las relaciones entre los incapaces y sus padres, tutores y curadores mientras dure la función de éstos, con el supuesto de los administradores de personas jurídicas. La norma dispone en su inc. d) que el curso de la prescripción se suspende “*entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo*”.

XII.5. La disposición es oriunda del art. 2479, inc. c) del Proyecto del 98, pero carece de justificación: no existe respecto de los administradores imposibilidad moral o ausencia de capacidad o independencia, como en el caso de los cónyuges y los menores o incapaces. Contra lo que se ha sostenido como fundamento práctico (27), los administradores y fiscalizadores pueden ser llamados a responder por otro órgano, vgr. por la asamblea o reunión de socios. Además, dado que la responsabilidad puede imputarse a varias personas en forma solidaria, cuyo cese en la función puede ser dispar, el art. 2540, última parte, hace que la suspensión subsista hasta que el último de los administradores o fiscalizadores cese en el cargo. El curso de la prescripción puede así eternizarse por tiempo indefinido, de un modo injustificado y contrario a la esencia misma del instituto de la prescripción liberatoria. La causal de suspensión del inc. d) debe ser derogada.

XIII. ¿Comisión, consignación o contrato estimatorio?

XIII.1. Las reglas establecidas para el *contrato de consignación* (arts. 1335/1344), cuya fuente directa es el Proyecto del 98, son, en realidad, reglas para la *comisión mercantil*. Pero existe inseguridad acerca de si también se ha querido contemplar lo que en el comercio se conoce como “*venta en consignación*”, o sea, el contrato conocido como *contrato estimatorio*. En el breve capítulo que las contiene existen al respecto dos normas claramente contradictorias: por una parte, el art. 1341 (art. 1264 del Proyecto del 98) dispone que “*el consignatario no puede comprar ni vender para sí las cosas comprendidas en la consignación*”. Es una regla típica del mandato, con o sin representación.

(27) MÁRQUEZ, José Fernando, “La prescripción liberatoria en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, págs. 683/4, quien lo funda en que solo los administradores y fiscalizadores “*disponen de los elementos necesarios para demandar*” y que ello y la necesidad de nombrar representantes especiales “*puede evitarse a través de la suspensión de los plazos*”.

XIII.2. Empero, siendo la compra de los bienes por el “*consignatario*” para su posterior reventa, precisamente, la característica del contrato estimatorio, no parece estar comprendido en estas reglas. Sin embargo, para sorpresa del lector, el art. 1344 (art. 1267 del Proyecto del 98) contiene una norma que contradice la del art. 1341, típicamente aplicable al contrato estimatorio: “*si el consignatario se obliga a pagar el precio en caso de no restituir las cosas en un plazo determinado, el consignante no puede disponer de ellas hasta que le sean restituidas*”. ¿De qué precio estaría tratando esta norma, si no fuera del precio por el cual el llamado *consignatario* adquiere la mercadería? El capítulo debe ser revisado para decidir si de lo que va a tratar es de la *comisión* o del *contrato estimatorio*.

XIV. Contradicción en materia de espacio aéreo

XIV.1. Es inexplicable el inc. e) del art. 235, agregado en la versión hecha ley, que no estaba en el Proyecto original ni en el del 98. La norma declara como bien perteneciente al dominio público, “*el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial*”. Leído el texto literalmente, el efecto es que cuando se construye un edificio sobre un terreno privado, se está invadiendo un bien del dominio público.

XIV.2. Esta norma es contradictoria con múltiples disposiciones del propio Código (y hasta con su estructura misma), como la del segundo párrafo del art. 1945, que establece que “*el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible*”. ¿Querrá decir esto, que sobre cuanto se levante sobre la tierra “*las personas tienen (solo) su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales*”, como dice el art. 237?

XIV.3. El inconsulta agregado del inc. e) al art. 235 debe y puede ser fácilmente derogado.

XV. La extinción de la oferta por muerte o incapacidad

XV.1. Es cuestionable que el Código haya invertido la regla del Proyecto del 98 en cuanto a la muerte, incapacidad o quiebra del oferente o del aceptante: en el 98 esos hechos no perjudicaban la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con posterioridad a esos eventos,

salvo excepción (art. 918) (28). El art. 976 del Código, en cambio, dispone que “*la oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación*”. La seguridad jurídica, particularmente en materia mercantil, hace aconsejable que la excepción sea lo que se estableció como regla, y la regla del Código pase a ser la excepción, como en el 98.

XVI. Retrocesos inadmisibles en materia de arbitraje

XVI.1. Fue objeto de discusión por la doctrina, incluso en el marco de una comunicación en esta Academia (29), que el arbitraje fuera reglado como un *contrato* en el nuevo Código. Es de presumir que ello obedeció a las que se vieron como dificultades constitucionales para aprobar una ley general de arbitraje con alcance nacional, lo cual ha sido un reclamo de la doctrina tanto como de la práctica, para poner a la Argentina al día con la evolución internacional de este instituto.

XVI.2. No abordaré esas cuestiones ni el modo en que se proyectó la regulación, sino tan sólo unos agregados hechos al Proyecto en su tránsito parlamentario, que implican riesgosos retrocesos. El primero es el agregado hecho a la definición del contrato de arbitraje en el art. 1649, en cuanto lo restringe a la materia de “*derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público*”. No sólo las relaciones de derecho público en las que un Estado sea parte pueden ser, y son, materia de arbitrajes de variada índole en nuestro país y en el extranjero, sino que entre particulares las controversias incluyen a menudo materias y cuestiones de interpretación y de aplicación de normas de derecho público, y también normas de orden público. Si la jurisprudencia admitió pacíficamente que un tribunal arbitral puede resolver sobre la constitucionalidad de una norma aplicable al caso, tanto más los árbitros pueden resolver que una estipulación contraviene el orden público (30).

XVI.3. El segundo es la alteración del art. 1651, relativo a las controversias excluidas del arbitraje. Si bien es justificable —aunque no siempre

(28) De modo concordante, el art. 925 del Proyecto del 98 establecía que “*el oferente, y en su caso sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a monos que, siendo revocable, la retracten útilmente*”.

(29) FALCÓN, Enrique M., “El arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Comunicación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la sesión privada del 23 de agosto de 2012, LL, T. 2013-A, págs. 482/92.

(30) Véase RIVERA, Julio César, “El contrato de arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-2, p. 486.

compartible— la exclusión de las materias derivadas de relaciones laborales y, con reservas, la de las vinculadas con derechos de usuarios y consumidores, no se advierte el motivo por el cual se hayan excluido las cuestiones patrimoniales en las relaciones de familia y, mucho menos aún, de modo genérico las relativas a contratos por adhesión “*cualquiera sea su objeto*” (31). Una cláusula de arbitraje en este tipo de contratos puede resultar abusiva cuando el arbitraje es impuesto a la parte débil y es inaccesible u oneroso para ella, o está prevista su realización en un ámbito inadecuado. Empero, prohibirlo por el solo hecho de tratarse de contratos por adhesión en los múltiples supuestos en que se pacta el arbitraje en el marco de ciertas actividades empresarias, entre los profesionales que la realizan (32), como en materia de transporte aéreo, marítimo, seguros y reaseguros, contratos interbancarios, negociaciones de divisas, contratos de futuros y derivados, etc. etc., es cerrar la puerta a la solución rápida y eficiente de conflictos en ámbitos especializados, para establecer trabas que, en algunos casos, puede decirse que no existieron nunca en la historia del tráfico. No faltará quien, fundándose en esta prohibición, llegue a decir que no son arbitrables conflictos societarios en sociedades que cotizan, porque el estatuto es, en definitiva, un contrato al que adhieren quienes compran acciones en un mercado de valores.

XVI.4. A estos intolerables retrocesos se añade el tercer párrafo que de modo inconsulto se agregó al art. 1656, cuya primera parte es materia claramente procesal y, por tanto innecesaria, y cuya frase final, de contenido harto confuso y de alcances insospechados, dará lugar a interminables injerencias de la justicia judicial, al proporcionar herramientas a quien se proponga no cumplir un laudo. Comienza estableciéndose que los laudos “*pueden ser revisados ante la justicia (...) cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial*”, para luego disponer que “*en el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico*”.

(31) Coincide en esta crítica RIVERA, Julio César, “El contrato de arbitraje...”, cit. en nota anterior págs. 485/6.

(32) Como ejemplo, véase el fallo de la Corte de Justicia de San Juan, sala I, 12/06/2014, MC Servicio de Consultora SRL c. MC Minera Argentina Gold SA. MAGSA, con nota favorable de Verónica SANDLER OBREGÓN, “La cláusula arbitral en contratos por adhesión entre comerciantes” (LL, diario del 30/12/2014, a publicarse en T. 2014-F), en el cual se confirmó la sentencia de Cámara que declaró válida la cláusula compromisoria y declaró la competencia del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Buenos Aires que se había pactado.

XVI.5. “*Contrario al ordenamiento*” jurídico es fácil de ser interpretado como contrario al derecho vigente. Bastará con esa alegación para que, aunque las partes hayan renunciado al recurso de apelación y hayan pactado que el laudo es definitivo, los tribunales judiciales habiliten cualquier revisión sobre el modo en que el tribunal arbitral aplicó las leyes concernientes al caso (33). Si, en cambio, se quiso aludir a las normas de orden público, o a las garantías constitucionales, debió haberse expresado de modo propio.

XVI.6. Es ineludible la supresión de estos agregados para no tener por destruido el arbitraje en la República Argentina, a contrapelo con la evolución universal en la materia.

XVII. La presunción de onerosidad del mandato y el depósito

XVII.1. Existen en el Código ciertas innovaciones que no se justifican, las cuales derivan en parte de la necesidad de forzar la unificación de los contratos civiles y comerciales. Así, en el art. 1322, se establece que “*el mandato se presume oneroso*”, con lo que, siguiendo el art. 1245 del Proyecto del 98, se recoge la regla del art. 221 del Código de Comercio, cuando, con un matiz ligeramente diferente, éste dice que “*el mandato comercial no se presume gratuito*”. ¿Cuál es la justificación para que la regla de la onerosidad se extienda al mandato otorgado para lo que hoy consideramos actos civiles? Si algo valía la pena decir, en todo caso, hubiera sido que “*cuando el mandato se otorga para actos que son de la profesión del mandatario, se lo presume oneroso*”, como dice el art. 1871 del Código de Vélez. Un texto así debería sustituir al art. 1322.

XVII.2. Algo similar puede decirse del art. 1357 que, siguiendo el art. 1279 del Proyecto del 98, establece la presunción de onerosidad del depósito. Desaparece así la gratuidad del depósito entre particulares, con potencialidad de inesperados conflictos. También a este respecto la onerosidad debió hacerse depender de la profesionalidad del depositario y no extenderse indiscriminadamente a todo tipo de situación.

XVIII. La prueba de libros: una oportunidad perdida

XVIII.1. El art. 330, segundo párrafo, repite lo establecido en el art. 63 del Código de Comercio cuando establece que los libros y registros prueban contra quien los lleva “*sin admitir prueba en contrario*”. La sanción de un nuevo Código pudo haber sido la oportunidad para reflexionar sobre

(33) Cfme., RIVERA, Julio César, “El contrato de arbitraje...”, cit. en nota 19, págs. 487/8.

la pertinencia de una solución que parece inconveniente: puede existir error u otro vicio en el asiento, incluso cometido por un dependiente, o por un profesional externo. Es cierto que el principal debe responder por ese tipo de errores, pero si cuenta con medios de prueba en contrario, no debería excluirse en forma terminante la posibilidad de su utilización. Ejemplo: el comerciante registró en los libros la deuda por la compra de mercadería, porque recibió la factura. Sin embargo, puede probar que el transporte que la traía sufrió un percance y la mercadería nunca llegó a destino. Es cierto que debió haber hecho un contra asiento. Pero pugna contra todo sentido de justicia que por haberlo omitido deba pagar por algo que no recibió.

XVIII.2. Pudo también haberse aprovechado la sanción del nuevo Código para solucionar el dilema derivado de la inclusión de deudas en estados contables y el curso de la prescripción: mientras la deuda no prescribió el comerciante debe mostrarla para no incurrir en falsedad; pero si la incluye, puede interpretarse como un reconocimiento interruptivo del plazo (art. 2545): todas las deudas de los empresarios se convertirían así en imprescriptibles.

XVIII.3. El art. 331, última parte, reproduce las ideas del art. 58 del actual Código de Comercio, lo cual no es en sí mismo objetable. Sin embargo, la exhibición general de libros de sociedades puede dar lugar, y ha ocurrido, a situaciones incongruentes con la tipicidad y la organicidad de las sociedades. Por ello debería excluirse la exhibición general para los casos en que la ley prevea modos específicos de fiscalización (34). ♦

(34) Puede sugerirse que el segundo párrafo quede redactado del siguiente modo: *“La exhibición general de registros o libros contables sólo puede decretarse a instancia de parte en los juicios de sucesión respecto de los del causante, en los supuestos de administración por cuenta ajena con relación a esa administración, en los supuestos de todo tipo de comunión, de contratos asociativos y de sociedades, siempre que la ley no prevea modos específicos de fiscalización, y en caso de liquidación, concurso o quiebra. Fuera de estos casos sólo puede requerirse la exhibición de registros o libros en cuanto tenga relación con la cuestión controvertida de que se trata”.*

III

ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen resultan de los informes elevados 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 sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus integrantes y de profesores extranjeros invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina. Ellas fueron objeto de interesantes debates en los que se puso en evidencia tanto la capacidad como la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el día treinta de junio, se comunicó el plan de acción para el período comentándose diversas novedades jurisprudenciales y legislativas. A continuación el doctor Julio C. Durand expuso sobre el tema *“La aplicación de los plazos de caducidad del art. 25, LNPA en la vía declamatoria (Fallo ‘Biosystems’ de la CSJN)”*. El expositor después de efectuar el examen de las modificaciones efectuadas por la ley 25.344 al régimen del reclamo administrativo previo regulado en el decreto-ley 19.549, centró su disertación en la problemática que plantea el texto del art. 31 del citado cuerpo normativo. A tal fin mencionó las distintas posturas de la doctrina y la jurisprudencia, para luego examinar el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las consecuencias sobre el régimen procesal administrativo federal. Finalizada la exposición tuvo lugar un prolongado y enriquecedor intercambio de opiniones de los miembros del Instituto.

En la reunión, llevada a cabo el veinticuatro de septiembre, el doctor Oscar R. Aguilar Valdez abordó el tema *“Ley de abastecimiento y proyecto de reforma”*. El disertante efectuó un completo análisis crítico sobre las reformas producidas por la ley 26.991 a la ley 26.080, de abastecimiento. Así, se destacaron las modificaciones efectuadas en lo atinente al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, el régimen sancionatorio, las facultades delegadas en la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación y las de los gobernadores provinciales para fijar precios máximos. El expositor después de efectuar un prolijo relevamiento de fallos de la Corte Suprema de Justicia en los cuales se examinó la constitucionalidad de diversas normas de la ley 26.080, realizó un juicio crítico de la reforma legislativa la cual estimó violentaba diversos preceptos de la Constitución Nacional. Con posterioridad a la disertación

los miembros del instituto expusieron sus opiniones respecto de la constitucionalidad de la reforma legislativa.

En la reunión del veintiséis de noviembre, el doctor Jorge I. Juratorio expuso sobre *“La reforma al régimen de relaciones de consumo y su impacto en el derecho público”*. El disertante efectuó un exhaustivo estudio de las reformas legislativas producidas por las leyes 26.993, Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, a las normas de la ley 24.240 de Defensa del consumidor, 22.802 de Lealtad Comercial y 25.156 de Defensa de la Competencia. Examinó los nuevos procedimientos de conciliación previa y de auditoría en las relaciones de consumo, como así también la creación y la competencia del nuevo fuero de defensa de los consumidores con asiento en la Ciudad de Buenos Aires. Al culminar la exposición se produjo un extenso y profundo debate entre los integrantes del Instituto acerca del alcance de las reformas legislativas.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el diecisiete de diciembre, el doctor Ismael Mata abordó el tema *“El estado de excepción en el derecho actual”*. El expositor efectuó una fundada exposición acerca del tema sobre la base de la tesis sostenida por el *“ius filosofo”* italiano Giorgio Agamben. Hizo hincapié en que a través de la historia el autor describe cómo se ha enraizado y generalizado en el mundo actual el *“estado de excepción”* y su directa vinculación con el estado de necesidad, concebido éste como fuente del derecho al igual que la ley. En síntesis, la tesis central del libro del jurista italiano trata de demostrar de qué manera el estado de excepción, que se supone debe ser provisorio, se ha convertido en el siglo XX en una forma permanente y paradigmática de gobierno. Seguidamente, se produjo un intercambio de opiniones entre los miembros del Instituto quienes formularon diversas críticas acerca de la tesis de Agamben, habiéndose puntualizado también las implicancias que plantean las medidas de excepción en el Estado de Derecho, particularmente respecto de las garantías de los derechos individuales teniendo en cuenta la experiencia nacional y comparada. ♦

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes y la subdirección del académico Jorge H. Alterini, los miembros del Instituto prepararon durante el año 2014 trabajos en torno a la Propiedad Horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial.

La obra se publicará durante el año 2015.

Asimismo, el Instituto realizó diversas reuniones para considerar el nuevo Código Civil y Comercial, lo que profundizará el año venidero, a partir de la primera reunión, establecida para el miércoles dieciocho de febrero. ♦

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL “SEGUNDO V. LINARES QUINTANA”

Bajo la dirección del académico doctor Alfonso Santiago y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, las actividades del Instituto comenzaron el quince de abril y se extendieron hasta el dieciocho de noviembre.

El tercer martes de cada mes se mantuvo como día de reunión, tal como aconteció en años anteriores.

Con anterioridad a la fecha de inicio, y con la finalidad de organizar la tarea anual, se contactó a los miembros del Instituto con el propósito de que manifestaran su intención de ser expositor y, en ese caso, que también propusieran el tema a abordar.

En la reunión del quince de abril el doctor Manuel García Mansilla expuso sobre *“Secretos de Estado vs. libertad de prensa”*.

El veinte de mayo, el doctor Emilio Ibarlucía habló sobre *“Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil o legislación provincial. Enfoque constitucional”*.

El diecisiete de junio, el doctor Carlos J. Laplacette disertó sobre *“Fundamentos de la libertad de expresión y el caso ‘Grupo Clarín’”*.

El quince de julio, el doctor Alberto Bianchi ofreció una comunicación sobre el fallo *“Camaronera Patagónica”*.

El veintiséis de agosto, el doctor Martín Oyhanarte abordó las *“Las decisiones judiciales a los problemas estructurales. La experiencia comparada de la jurisprudencia norteamericana y argentina”*.

El dieciséis de septiembre, el doctor Enrique Zuleta Puceiro se refirió a la *“Lógica política y cultura constitucional. Consideraciones sobre el activismo judicial”*.

El veintiuno de octubre, la doctora Marcela Basterra expuso sobre los *“Lineamientos actuales de la protección de datos personales. El derecho al olvido y la nueva jurisprudencia europea del Tribunal de Justicia”*.

El dieciocho de noviembre, la doctora Alejandra Rodríguez Galán ofreció una comunicación sobre *“Reflexiones en el derecho comparado. Las decisiones judiciales con efectos prospectivos”*.

En todas las reuniones, después de escuchar al expositor, que con anterioridad había remitido a los asistentes el contenido del tema, se generó un interesante intercambio de opiniones entre los miembros, que siempre han asistido en número considerable, evidenciando interés a través de una muy activa participación. Asimismo, debe señalarse que el desarrollo temático se ha realizado en el presente año con la misma profundidad y seriedad académica que en años anteriores.

A pedido de la Mesa Directiva de la Academia, algunos integrantes de nuestros Instituto han elaborado sendos informes sobre el proyecto de ley de extinción de dominio y acerca de las irregularidades existentes en el trámite de aprobación legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El director del Instituto, además, participó del Congreso Mundial de Derecho Constitucional celebrado en Oslo a fines del mes de junio.

Asimismo, durante el año 2014 se han incorporado al Instituto nuevos miembros, los destacados doctores Víctor Bazán, Sergio Díaz Ricci, Horacio Rosatti, Armando Márquez y Jorge Amaya, mientras que el académico Juan R. Aguirre Lanari, ex director del Instituto, fue designado por la Corporación Director Honorario del Instituto.

La primera reunión del año 2015 se fijó para el tercer martes del mes de abril.

SECCIÓN DERECHO PENAL

Bajo la coordinación del doctor Lucas Lennon, la Sección se ocupó, durante las reuniones llevadas a cabo cada mes, de analizar diversos aspectos del Anteproyecto de Código Penal que el Poder Ejecutivo Nacional elevó al Congreso de la Nación y del Código Procesal Penal de la Nación que el Congreso convirtió en ley.

En ambos casos se elevaron a la consideración del plenario académico proyectos de declaración sobre el contenido de algunas de las disposiciones del primero y respecto del trámite impreso al tratamiento legislativo del Código Procesal.

Durante el año 2014, la Sección designó como integrante al doctor Marco Antonio Terragni. ♦

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales, que comenzaron en el mes de marzo y se extendieron hasta noviembre. En todas ellas, un expositor disertó sobre un tema previamente elegido, al término de lo cual se produjeron interesantes debates entre los asistentes, que en buen número participaron de todas las reuniones del Instituto.

A continuación se ofrece un detalle de cada una de sesiones que tuvieron lugar en 2014.

En marzo, el expositor fue el doctor Alfredo Rovira, que disertó sobre *“Los efectos de las nulidades de los actos societarios”*. El orador señaló que las consideraciones que vertería estaban en proceso de conformación, por lo que el encuentro era propicio para recoger ideas que lo ayudaran en el tramo final de dicha investigaciones.

A modo de resumen anticipado de la tesis de su trabajo, manifestó el análisis encarado lo ha llevado a considerar que las nulidades del derecho societario deben ser evaluadas con un prisma distinto que el de las nulidades del derecho civil. Y en tal sentido, en el ámbito societario sólo proyectan sus efectos nulificatorios hacia el futuro, pero no en forma retroactiva, donde sólo cabe la reparación patrimonial del daño sufrido.

En mayo, el doctor Marcelo Gebhardt habló sobre *“Sociedades Accidentales o en Participación”*. Señaló que el nuevo Código Civil y Comercial —por entonces proyecto— regula el “negocio en participación” concebido como sucedáneo de la actual regulación legal de las sociedades accidentales o en participación. De allí que empezó por vincular a ambas, y apuntar como otro dato normativo a considerar el de la transparencia, que se ha desarrollado en las últimas décadas y que ha influido fuertemente en las sociedades accidentales y su uso concreto por los empresarios.

Este paradigma actual de las relaciones patrimoniales y empresarias —dijo— cobró especial impulso desde que devino necesario afrontar fenómenos planetarios como el de la delincuencia organizada, el lavado de dinero proveniente de actividades terroristas, del narcotráfico y de la

corrupción. Y además cuando universalmente se decidió defender la competencia interempresaria y al consumidor.

Su exposición finalizó con un resumen en el que señaló que el Código Civil y Comercial enfoca el tema en la dirección correcta, que es la del Anteproyecto de 1998.

En junio, durante la tercera reunión del Instituto, el doctor Dante Cracogna ofreció una comunicación sobre *“El Registro Público y las inscripciones societarias en el Proyecto de Código Civil y Comercial”*.

Mencionó que los autores del entonces Anteproyecto de Código Civil y Comercial intentaron no introducir modificaciones a las leyes que presentan una autonomía de microsistema, como a la ley 19.550, excepto las que consideraban indispensables. Pero el Proyecto finalmente sometido por el Poder Ejecutivo al Congreso, y que fue sancionado luego como nuevo Código unificado, eliminó una serie de reformas propuestas por la Comisión.

Se refirió luego brevemente a los orígenes y evolución del Registro Público de Comercio para apreciar críticamente el sentido de su perdurabilidad y advertir los cambios producidos en su razón de ser, y se preguntó por los efectos del Proyecto de Código Civil y Comercial sobre el Registro Público de Comercio.

Concluyó que como el Registro no fue sustituido por ningún otro, puesto que el Proyecto no contiene norma alguna de creación de un Registro sustitutivo de aquél, se trata de un olvido o de una omisión de la Comisión Redactora que tampoco fue salvado por las modificaciones efectuadas por el Ministerio de Justicia al Anteproyecto y que para superar el problema debería el Congreso modificar el Proyecto introduciendo normas relativas a la creación del Registro Público en reemplazo del Registro Público de Comercio o bien dictarse en forma simultánea una ley específica creando el Registro en forma separada a la manera de otros registros ya existentes.

En julio, el doctor Ignacio Escuti abordó los *“Acuerdos Parasociales”*. Señaló que el derecho norteamericano ha ido influyendo cada vez más en la contractualización del derecho societario.

Y apuntó como dato que en el ámbito local el recordado doctor Horacio P. Fargosi modificó su posición sobre el art. 12 de la ley respecto a las modificaciones inscriptas o no inscriptas y su influencia en los acuerdos parasociales.

Refirió que el entonces Proyecto de Código Civil y Comercial modifica los arts. 21, 22 y 25 de la ley 19.550, para luego considerar la situación de

los aportes irrevocables, y si el pacto puede o no ser exigido por la sociedad o por terceros, o ante el resto de los socios.

Planteó diversas cuestiones adicionales también bajo discusión doctrinaria, tales como si el acuerdo de accionistas puede regular la actuación del síndico o del consejo de vigilancia, y si puede sustraerse de la jurisdicción judicial y someter las cuestiones societarias a arbitraje, y por último, si en caso de receso sería posible regular la situación de una determinada manera distinta que la ley.

En agosto, el doctor Israel Creimer abordó la cuestión de la “*Sindicación de accionistas. Su oponibilidad a terceros y a la sociedad, con apuntes de derecho comparado*”, a partir de una reseña de antecedentes del derecho comparado, comenzando por una sentencia inglesa del año 1897 (“Smith vs. Smith”), que reconociera validez y eficacia a la sindicación de accionistas en relación con la sociedad.

Recordó que en el derecho americano la sindicación presenta dos variantes: el *pooling agreement*, en el que los accionistas no se desprenden de sus acciones; y el *voting trust*, en donde los accionistas se desprenden de sus acciones a favor de un holding.

También mencionó un antecedente de la Corte de Delaware, del año 1947, que aceptó la ejecución del pacto “*in natura*”.

Luego expuso que el derecho europeo inicialmente no se ocupaba en forma favorable del tema. En Italia no era tratado, aunque sí lo es en la actualidad; en Francia directamente estaba prohibida. En España indicó que por la regulación del año 1989 debe reconocerse validez al pacto; y en las cotizadas éste es oponible cuando se notificó a la sociedad.

En septiembre, el doctor Guillermo E. Ragazzi ofreció una comunicación sobre “*Las asociaciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial. El artículo 3º de la Ley de sociedades*”.

A modo de introducción, el expositor puso de relieve la escasa atención que la doctrina ha prestado al tema de las asociaciones y las fundaciones, señalando que desde el Tratado de las Asociaciones, del autor Juan Páez, de mediados del siglo XX no se han escrito nuevas obras relevantes.

Se detuvo en el concepto de “sociedad civil”, que distinguió por un lado de la asociación civil, aunque también postuló la vinculación entre ambos.

Luego pasó al análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial, partiendo del concepto de persona jurídica en el proyecto, y la metodología

empleada en el tratamiento de la misma. Señaló que la definición de persona jurídica en el proyecto es más amplia que el actual artículo 30 del Código Civil, pues incorpora la aptitud —como sinónimo de capacidad— para adquirir derechos y contraer obligaciones, lo que interpreta como la asunción de una posición respecto a que el objeto es lo que determinaría la capacidad, volviendo así a una interpretación restrictiva de la doctrina del “*ultra vires*”, que en materia societaria está superada.

Revisó la clasificación prevista en personas públicas y privadas, nominadas y otras innominadas, y reseñó el desarrollo histórico y social en la Argentina que brinda el marco del nacimiento y desenvolvimiento del fenómeno asociativo, destacando finalmente la notable caída de la constitución de asociaciones, de casi 500 en el año 2000, a 180 en 2013.

En octubre, el doctor Ariel Dasso habló acerca de “*Causales actuales y posibles del retiro de socio en la sociedad de capital. Panorama comparado*”.

Dijo que la imposibilidad de una ágil desinversión en la sociedad es susceptible de inducir tensiones entre los socios, sobre todos en los momentos en los que la mayoría decida cambiar de modo relevante las características de organización social o de la actividad ejercitada por la sociedad.

El socio disidente se encuentra entonces expuesto a la alternativa de sufrir una modificación no aceptada o de ceder sus propias participaciones a los otros socios, en condiciones de debilidad contractual y ausencia de compradores alternativos.

Remarcó que el derecho de receso se coloca entonces, más que como límite al poder de la mayoría para adoptar determinadas deliberaciones, como un medio del socio para obtener una liquidación prescindiendo de una tratativa con los otros socios o con terceros.

Sostuvo asimismo que en la Argentina, a partir de la reforma de 1983 a la ley 19.550, el ordenamiento exhibió durante mucho tiempo la más avanzada regulación del derecho de receso.

Entre las mejoras realizadas destacó la de la cantidad de causales: 1) transformación; 2) fusión; 3) escisión; 4) prórroga del plazo de duración o reconducción; 5) transferencia del domicilio al extranjero; 6) cambio fundamental de objeto; 7) reintegración total o parcial del capital; 8) aumento del capital; 9) continuación de la sociedad cotizada después de operada la disolución; 10) retiro voluntario de la oferta pública o cotización en bolsa; 11) en la ley especial de Obligaciones Negociables Convertibles, con sistema especia; 12) en la remoción del

administrador, gerente o socio comanditado cuyo nombramiento fue condición de la constitución de la sociedad.

En noviembre, el doctor Mauricio Boretto se refirió a *“Intersecciones del derecho de daños y el derecho concursal: la responsabilidad de los administradores y la insolvencia societaria”*.

El orador anticipó que focalizaría su abordaje en la responsabilidad por infracapitalización, y repasó los conceptos de capital y de patrimonio social, como también el de infracapitalización.

Aclaró que para concluir si la sociedad está infracapitalizada no sólo hay que ponderar el monto del capital social, sino el conjunto de bienes propios o capital de riesgo, y, en tal sentido, señaló que la infracapitalización -entre las múltiples clasificaciones a que puede ser sometida-, abordada desde su peligrasidad, puede ser material o nominal.

Luego abordó la cuestión sobre qué grado de subcapitalización genera la responsabilidad de los socios y, desde otro costado, cuándo empieza a asomar la responsabilidad de los administradores; y consideró también la cuestión relativa a si la responsabilidad de los socios y/o administradores es subjetiva u objetiva, inclinándose por la primera, por dolo o por culpa.

Finalmente, tras señalar que los socios y/o administradores deben responder ante la sociedad y también en su caso los terceros, examinó cómo juega la teoría de la responsabilidad civil consagrada en el Derecho común para reparar los daños causados por los administradores y/o socios por la infracapitalización de la sociedad que administran y de la que forman parte.

El Instituto publicó en 2014 una nueva obra, que llevó por título *“Contratos y Sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial”*, con colaboraciones de los doctores Miguel C. Araya, Mauricio Boretto, Guillermo Cabanellas (h.), Juan Malcolm Dobson, Osvaldo Marzorati, Carlos Molina Sandoval, Ana I. Piaggi y Rubén Stiglitz.

El comienzo de las actividades del año 2015 tendrá lugar en abril.

SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

Durante el año al que se refiere esta Memoria, la Sección realizó un acto público para abordar el tema *“La responsabilidad civil de los navieros”*.

La conferencia estuvo a cargo del coordinador de la Sección, el doctor Alberto C. Cappagli, y contó con una significativa concurrencia, compuesta por profesores universitarios, abogados especializados en Derecho de la Navegación y estudiantes universitarios.

SECCIÓN DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

Bajo la coordinación de la doctora María Elsa Uzal, la sección de Derecho Internacional Privado, integrante del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia, inició sus actividades el veintiséis de octubre de 2010 y desde entonces ha desarrollado reuniones que resultaron de suma importancia para sus miembros.

Desde esa fecha y hasta el año 2014, la actividad principal de la sección se llevó a cabo mediante la reunión de sus integrantes en sesiones con una frecuencia casi bimestral, cada una de ellas seguida de un enriquecedor debate e intercambio de ideas, en el cual los miembros asistentes efectuaron importantes aportes.

Durante el año 2014, el trabajo de la Sección ha sido interno, pues la sanción del nuevo Código Civil y Comercial requirió un trabajo exhaustivo de análisis de la sistematización de todas las normas de Derecho Internacional Privado, las cuales antes de la reforma se encontraban dispersas en diversas leyes.

Como consecuencia de ello, el 2014 ha sido un año en el que nos hemos abocado a estudiar y analizar detalladamente la reforma, que es de suma relevancia para la materia que nos ocupa, y nos hemos preparado para comenzar durante el año 2015 con nuestras habituales sesiones en las que se discutirán los temas *iusprivatistas* internacionales en profundidad. ♦

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, el Instituto se dedicó a estudiar la factibilidad de confeccionar TICs (Tecnología de la Información y la Comunicación). Esta tarea, que está en curso de ejecución, requirió el examen previo de leyes con las que interfieren los proyectos programados, tales como las de medidas cautelares contra el Estado, el Código Civil y Comercial, las Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre notificación electrónica y la Ley Argentina Digital, a fin de considerar si al estructurar nuestros proyectos, deberán seguir las vías establecidas por lo ya vigente o, por el contrario, efectuar modificaciones a las mismas. Esta tarea será la que se abordará en el año 2015.

Asimismo, durante el año al que se refiere esta Memoria, el Instituto designó entre sus integrantes al doctor Guillermo Rafael Cosentino. ♦

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El veintiséis de junio, la hasta entonces Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pasó a convertirse en Instituto, tras una decisión en ese sentido del plenario académico, a propuesta de la Mesa Directiva, bajo la dirección del académico Daniel Funes de Rioja.

El nuevo Instituto quedó conformado por los doctores Mario E. Ackerman, Carlos M. Aldao Zapiola, Leonardo Ambesi, Juan José Etala (h.), Mario Fera, Juan Carlos Fernández Humble, Héctor O. García, Horacio Guido, Roberto Izquierdo, Miguel A. Maza, Carlos Pose, Noemí Rial, Julio César Simón y Mario E. Zuretti, bajo la coordinación del doctor Osvaldo Maddaloni.

Con respecto al tratamiento del nuevo Código Civil y Comercial, se discutió y diseñó el Plan de trabajo para analizar el impacto en el campo del Derecho Laboral de las modificaciones normativas resultantes.

La primera reunión del Instituto se fijó, excepcionalmente, para el martes diez de febrero de 2015. ♦

INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del académico doctor Horacio A. García Belsunce, las reuniones comenzaron en mayo, cuando se fijaron las pautas y temas de interés a desarrollar a lo largo del período académico 2014, durante el cual, en reuniones realizadas cada mes, se abordaron temas de la materia.

El veintiuno de mayo, el doctor Pablo Revilla expuso sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Camaronera Patagónica c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo” y la delegación en materia tributaria.

En la sesión del once de junio continuó con su exposición el doctor Revilla, ya que su relevancia jurídica lo ameritaba.

El siete de agosto fue invitado el doctor Jorge Damarco a disertar sobre “La responsabilidad Tributaria”, y en la reunión del veintidós de octubre, expuso el doctor Juan Manuel Soria Acuña sobre “Jurisprudencia reciente en materia de Precios de Transferencia”.

Durante el año 2014, el Instituto, además, designó como integrante al doctor Miguel A. Tesón. ♦

IV

XX REUNIÓN CONJUNTA
DE LAS ACADEMIAS NACIONALES
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR GREGORIO BADENI (*)

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nos complace en recibir y expresar nuestra más cordial bienvenida a los distinguidos juristas y colegas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con quienes compartimos inquietudes, conocimientos y la clásica creatividad académica que nos permite contribuir al perfeccionamiento y al progreso del derecho.

Hemos acordado que los aportes intelectuales que caracterizan la labor científica de ambas corporaciones se concentren sobre dos temas de actualidad cuyos efectos se proyectan sobre el proceso de crisis, de cambio, que se opera en nuestra estructura institucional.

El primero de ellos, en el orden fijado para las exposiciones y el debate, es un tema de derecho público que alude a “la desconstitucionalización del Presupuesto Nacional”.

El presupuesto, tal como está tipificado en la Constitución Nacional, es un instrumento elaborado por ley del Congreso en el cual se prevé, anualmente, los gastos en que incurrirá la administración y los recursos que se destinarán para su cobertura. El objetivo de ese instrumento reside en imponer un razonable equilibrio económico, y de ser posible, también un equilibrio financiero.

Lamentablemente son cada vez más frecuentes las leyes, decretos y usos políticos que desarticulan la solidez constitucional del presupuesto. Así, el art. 20 de la ley 24.156, que regula la estructura que deben presentar las leyes de presupuesto, establece que no podrán reformar o derogar leyes ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos. Este precepto que responde a un principio básico de la técnica y metodología legislati-

(*) Palabras del Académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la apertura de la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014.

va en la práctica no se cumple. Las leyes de presupuesto han confirmado decretos de necesidad y urgencia, modificado el contenido de las más diversas leyes y hasta transformarse en una especie de “ley ómnibus” que, al margen de su objetivo específico, regula materias de la más diversa naturaleza.

Se ha entendido que no se puede limitar la potestad legisferante del Congreso pues, en definitiva, el art. 20 de la ley 24.156 es una norma de igual jerarquía a las restantes que sanciona el Congreso. En otras palabras, y como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Zofracor”, las autolimitaciones que se impone el Congreso pueden ser dejadas sin efecto por el propio Congreso.

Con motivo de la imprevisión en que incurrió la Convención Reformadora de 1994, como la ley de presupuesto no es propiamente una ley fiscal, ella podría ser emitida mediante un decreto de necesidad y urgencia o como consecuencia de una delegación legislativa. Ni el art. 76, ni el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional lo impiden.

Lo que antes de la reforma de 1994 era absolutamente inviable en salvaguarda de una democracia republicana, hoy día es una espada que está suspendida sobre la esencia de ese sistema político.

La única alternativa, para evitar un mal mayor, sería la de entender que la ley de presupuesto es una ley fiscal indirecta al determinar el destino que corresponde asignar a los recursos que obtenga el Estado.

Tal interpretación estaría avalada por nuestra práctica constitucional que de modo invariable, reconoció a la Cámara de Diputados su condición de cámara de origen como acontece en materia fiscal. Es la solución que adoptó el art. 26 de la ley 24.156.

El art. 37 de la ley 24.156, con motivo de la reforma introducida por la ley 26.124, sancionada en agosto de 2006, establece que el jefe de gabinete puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias, incluyendo las modificaciones que involucren gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. Asimismo, exceptúa al jefe de gabinete de lo establecido en el art. 15 de la ley 25.917 sobre el Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal. Ese art. 15 establece que el Poder Ejecutivo, durante la ejecución presupuestaria, solo podrá aprobar mayores gastos de los órganos legislativo y judicial si está asegurado un financiamiento especialmente destinado a su atención, y que no podrá aprobar modificaciones presupuestarias que

impliquen el incremento de los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras.

El académico Horacio García Belsunce califica de inconstitucional la reforma introducida por la ley 26.124 con sólidos argumentos que compartimos. En la comunicación que ofreció en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas bajo el título de “La reforma de la ley 24.156 de administración financiera. Sus vicios políticos y constitucionales”, publicada en mayo de 2006, destacó que nos enfrentamos a una delegación legislativa que permite al jefe de gabinete apartarse “discrecionalmente de las asignaciones o aplicaciones dispuestas por la ley de presupuesto para atender a piacere a los designios políticos del Ejecutivo de turno, escamoteando de esa manera la voluntad legislativa que, aunque sea utópicamente, se supone que es la voluntad popular en la que reside la soberanía nacional”.

En sentido similar se pronunció nuestra Academia el 27 de julio de 2006 al expresar: “su preocupación frente a la posible sanción por la Cámara de Diputados de la Nación de la modificación del art. 37 de la ley 24.156 permitiendo al jefe de gabinete de ministros el manejo discrecional de la distribución de los gastos públicos apartándose de la prevista en el Presupuesto Nacional”. Finalizaba exhortando a las autoridades nacionales para que se abstuvieran de conculcar el principio de la división de los poderes y a resguardar la plena vigencia de nuestra Ley Fundamental”. Lamentablemente, la exhortación no tuvo acogida y, actualmente, no habría reparos en efectuar una amplia delegación legislativa en el órgano ejecutivo en materia presupuestaria e incluso la permisividad para emitir decretos de necesidad y urgencia sobre esta materia.

El segundo tema plantea el interrogante sobre la necesidad de sustituir el Código Civil, y eventualmente, sobre la viabilidad social y jurídica de las modificaciones introducidas a las normas que conforman el nuevo Código Civil y Comercial que comenzará a aplicarse en enero de 2016. Tal circunstancia justifica acelerar y profundizar los estudios sobre el tema ofreciendo soluciones que permitan remediar los desvaríos en que se pudo haber incurrido.

Se trata de una cuestión fundamental para la convivencia social. No podemos olvidar que las normas contenidas en ese cuerpo legal regulan todos los aspectos de nuestra vida privada y también algunos de la vida pública. Son las normas que regulan nuestras vidas desde la concepción y hasta la muerte, sin mengua de proyectarse ponderando nuestra voluntad con posterioridad al fallecimiento.

Oportunamente, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires formuló dos declaraciones sobre el tema, precedidas por los dictámenes correspondientes. En ambas se agravó por la falta de prudencia, de euforia y de espíritu republicano en el órgano ejecutivo y el Congreso Nacional.

Al margen de las consultas que, probablemente, realizó en su momento la comisión encargada por la presidenta de la República de formular un anteproyecto de Código Civil y Comercial, y de las cuales nunca fue objeto nuestra Academia, otro tanto aconteció cuando el órgano ejecutivo analizó el citado anteproyecto procediendo a introducir algunas modificaciones antes de su remisión como proyecto de ley al Congreso de la Nación.

Ese proyecto fue sometido a la consideración de una comisión bicameral especial que no es la contemplada por el art. 79 de la Constitución. En el seno de esa Comisión fue requerida la opinión de varios juristas para que expusieran sus puntos de vista en lapsos irrisorios de 5 a 15 minutos. Procedimiento patológico que revela el desinterés de la clase política por la técnica y ciencia jurídica. Por supuesto, nuestra Academia no fue consultada.

Ese procedimiento contribuyó a soslayar un abierto y desinhibido debate sobre el proyecto de ley tal como se estila en una democracia constitucional. En definitiva, la obra fue ejecutada de espaldas al pueblo y de las organizaciones sociales, intelectuales y académicas idóneas para fomentar la justicia y excelencia en la legislación. Como si se tuviera miedo a las autorizadas opiniones que pueden emitir tales entidades. Fue una obra de neto contenido político en la cual, si bien se escucharon parcialmente algunas voces interesadas, se prescindió de acceder de modo directo a numerosas voces calificadas para percibir los efectos sociales de las normas jurídicas a la luz de un enfoque empírico y prescindiendo de todo esnobismo jurídico.

La Academia criticó severamente esa metodología que sumió en la ignorancia a la sociedad, al descartar toda colaboración seria y profunda de sectores carentes de un interés político, e incurriendo en un innecesario apresuramiento.

Probablemente el texto legal presenta virtudes y razonables adecuaciones normativas al comportamiento social, pero también es cierto que ellas podrían haber sido incorporadas respetando la metodología y estructura del Código Civil que, a lo largo de 145 años, demostró su solidez

y eficiencia a pesar de las numerosas reformas que se introdujeron en su texto original y la sanción de leyes complementarias.

Por otra parte, no podemos dejar de señalar el escaso apego demostrado por legisladores al procedimiento para la sanción de las leyes. Las modificaciones introducidas al proyecto en el Senado, tanto antes como después de la intervención de la Comisión Bicameral, determinan que el texto debió ser analizado por las comisiones internas de la Cámara de Diputados antes de su tratamiento en plenario. Ese innecesario apresuramiento, cuya razón de ser puede ser objeto de múltiples conjeturas, afectó la legitimidad del texto sancionado, al retirarse de la sesión los diputados que no responden al oficialismo precisamente porque se les negó la facultad de analizar y debatir las modificaciones introducidas en el Senado al proyecto de ley.

El tratamiento del tema en esta Reunión Conjunta, así como también en jornadas y congresos que se ciñan a un enfoque sociológico, político y jurídico, incluso en el ámbito universitario, contribuirá decisivamente para responder al interrogante inicial a fin de poder adoptar las decisiones más acertadas antes del 1 de enero de 2016.

En el curso del agudo deterioro institucional que se operó en el país durante los últimos 13 años, nos encontramos con una extensa cadena en la cual, los temas que serán considerados, son simplemente dos eslabones de ella.

Estimo que estamos asumiendo un desafío para recomponer, al menos parcialmente, la institucionalidad republicana. Estamos frente a una encrucijada en uno de cuyos extremos palpita el deseo de retornar a la plena vigencia de nuestra Constitución, y por añadidura el Estado de Derecho, y en la otra, la ciénaga del populismo que absorbe el pluralismo, la disparidad de opiniones, la convivencia armónica y la tan preciada libertad sin la cual la ciencia jurídica es una quimera.

Los señores académicos, en el curso de esta tarde y en el día de mañana tendrán oportunidad de desarrollar y de debatir ambos temas con la excelencia que los caracteriza y colmando las expectativas de esta Reunión Conjunta.

Agradezco a los señores académicos que han aportado su trabajo intelectual para exponerlo ante nosotros y al cual se añadirán los valiosos aportes resultantes de sus intervenciones en los debates ulteriores.

Señores académicos queda abierta la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires. ♦

LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRESUPUESTO NACIONAL

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

I. La verdad expresada a través del lenguaje, semióticamente hablando, necesita reemplazar términos más suaves por términos más “fuertes” (como se dice ahora) o en tono más subido. Pero la expresión *desconstitucionalización* no nace con la era constitucional, porque es precisamente en el plano de la realidad en el que se están marcando puntos críticos o álgidos del desarrollo de la evolución constitucional. Tenemos memoria de que en los viejos textos y en las clásicas aulas se hablaba para referirse a este complejo cuadro, de tropiezos, de dificultades, de crisis; y recuerdo además que Sánchez Viamonte, que fue mi profesor en la materia, hablaba de “las vicisitudes” del constitucionalismo, en una expresión muy cara al lenguaje de él.

La incorporación de la palabra *desconstitucionalización* en nuestro ambiente fue efectuada por el maestro Segundo V. Linares Quintana, tomando en cuenta fundamentalmente a los procesos que surgieron incipientemente después de la Primera Guerra Mundial y de los años ‘30, y luego de la Segunda Guerra Mundial se extendieron a otras partes del orbe, señalando el tronar de esa resonancia. De modo, entonces, que la aplicación a nuestro país y a nuestra realidad tiene, desde luego, antecedentes o precedentes tanto propios como derivados del Derecho comparado. No se puede sostener que sea un mero “invento criollo”; pues bien sabido es que las patologías políticas que traspasan con facilidad las fronteras y sus procesos de gestación y desarrollo, suelen guardar algunos puntos en común, como por ejemplo, el señalado por Albert Camus, al decir que “cuando la inteligencia se apaga, llega la noche de las dictaduras” (sic).

Si lo limitáramos a un problema de patología tendríamos que acudir a la medicina para encontrar, más que el diagnóstico, la búsqueda del medi-

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014.

camento para superar la situación. Si lo consideráramos producto de una maquinación demoníaca o mefistofélica, pues entonces habría que traer de inmediato a un exorcista. Pero todos los que se han convocado hasta este momento han fracasado en el intento salvador. En realidad, nosotros acumulamos —y decirlo no es orgullo sino expresión de tristeza—, bastantes capas geológicas de *desconstitucionalización* que han ido sedimentándose (para no fijar fechas polémicas ni entrar en discusiones de calendario) desde muchas décadas atrás. Y obviamente tenemos que, algún día, “salir del Neolítico” como se aplicó —pasando de una era a otra— con referencia a la enseñanza del Derecho y a la metodología de su aprendizaje. Nosotros también, en materia de regularidad constitucional, tendríamos que salir del neolítico. Así lo indicó siempre el uso de la razón, pero con puntual fruición hemos ignorado el consejo de Johan Wolfgang Goethe, válido para muchas oportunidades: “todos los hombres cada día deberían escuchar una canción, leer una hermosa poesía, admirar una buena pintura y, si fuera posible, decir unas cuantas palabras sensatas”.

II. Podemos asociar este término a una expresión que ha puesto de moda *mutatis mutandi* un sociólogo que hoy ya tiene sus años; que hasta hace poco tiempo sin embargo era poco conocido, acaso por ser de origen polaco y que recién ahora puede expresarse con mayor libertad. Me estoy refiriendo a Zygmunt Bauman, quien ha introducido las expresiones líquido y liquidez para diversos problemas de la vida: *el amor líquido, la vida líquida, la convivencia líquida, el mundo líquido*, etcétera, etcétera: ya son muchos títulos. Y nosotros creemos que no habrá inconveniente al dar cabida también a la “constitución líquida” o a la “constitucionalidad líquida”. Esta apelación a la liquidez se refiere, como la expresión lo insinúa, a la licuación que transforma a una serie de cuestiones que, tradicionalmente, estaban aceptadas como valores entendidos, en algo más que maleable, en algo tan difícil de asir con la mano, como si fuera el mercurio o algún otro producto líquido (no está aceptado el término “licuoso”) que no tiene formas permanentes sino que toma la forma del recipiente que lo contiene. Y eso es lo que ha ocurrido también con los principios constitucionales. Han sido, no transformados, sino desformados a tenor de los recipientes que le dieron, en definitiva, cabida con una etiqueta determinada; y no siempre la etiqueta ha correspondido con la calidad o la fórmula química del contenido propiamente dicho.

Recuerdo también que otro profesor de la materia, refiriéndose a los textos constitucionales los equiparaba, haciendo gala de un gran sentido artístico y una gran cultura general en materia pictórica, con el problema de la sonrisa de la Gioconda, diciendo que la sonrisa de la Gioconda, en alusión a la célebre obra de Da Vinci, admitía toda clase de interpretacio-

nes. No se sabe, mirándola bien a la Gioconda, si se ríe o si tiene dolor, si tiene angustia o si siente placer; y hasta se puede discutir si es hombre o si es mujer, porque es una imagen que admite toda clase de significado o comprensión. Y hemos hecho con el constitucionalismo, también, una suerte de sonrisa de la Gioconda, no tanto con la literalidad del texto sino con las malformaciones que con la aplicación del texto se ha pretendido justificar de todo. Es algo parecido a lo que los maritimistas caratulan “el pabellón cubre la mercadería”, es decir, basta con atenerse al signo del pabellón, cualquiera sea la mercadería, para que se dé protección a los contenidos embarcados. Y esto es triste. Lo afirmamos un poco sarcásticamente, pero es triste y doliente. Un gran escritor italiano, Ítalo Svevo, el autor de “*La Conciencia de Zeno*”, en otra de sus obras aparece una pintura de Federico Zandomenighi titulada “*On the divan (causerie)*”, circa 1890, que muestra a dos mujeres, una de espalda y la otra de perfil, en conversación. La mujer que escucha tiene una expresión ambigua, pero es imposible conocer cuál es su estado de ánimo: si lo que oye la divierte, la confunde o la pone triste (“*Todos los relatos*”, Ed. Gadir). Podríamos añadir —por nuestra cuenta— que igual acontece con el sentido de algunas normas: son crípticas, adolecen de cripticidad, por confusión o enigma.

III. Nosotros los argentinos tenemos la costumbre de no privarnos de nada, tanto en los placeres como en los sacrificios; también en los vicios, ya sean los secos o húmedos; y también en las virtudes, ya sean teologales o mundanas. De modo que en esta materia podemos hacer un catálogo, que excede las medidas de esta reflexión.

Lo cierto es que una de las manifestaciones más ciertas de nuestra *desconstitucionalización* ha sido la complacencia con que han sido celebradas todas las situaciones *de facto* y *de iure*.

Hemos atravesado el inmenso terreno de la anomia; absolutamente todo, a tal punto que esa aceptación de la anomia hace aplicable a la Argentina lo que en algún momento de disgusto el escritor y premio Nobel portugués Saramago dijera en exclamación de su indignación: “¡Esto no es un país, esto es un lugar!”. Y a veces por despecho (por “bronca”, para hablar con un término poco académico) se siente la necesidad o la inclinación de proferir una frase de ese tenor tan descalificativo.

El decaimiento empezó con las “mutaciones constitucionales”, que luego sirvieron como trampolín para otra cosa. Las mutaciones constitucionales fueron primeramente estudiadas y así denominadas por Jelinek. Pero este autor alemán se refería a los cambios en cuanto efectos, resultados o decisiones que se introducían con motivo de la fuerza operativa que tomaban factores de poder que no habían sido previstos específicamente

en los textos constitucionales, tal como ya ocurría definitivamente con los partidos políticos, como también con las demás fuerzas sociales intermedias cuando se organizaban y transformaban en grupos de interés o en grupos de presión, y así sucesivamente. Se estaba pues ante supuestos de cobertura de algunas lagunas constitucionales. Ese fue el alcance que le asignó Jelinek, pero de ahí en más se fue pasando con sucesivos saltos (no subiendo la escalera sino bajándola) al *decisionismo* más salvaje, es decir, al reconocimiento liza y llanamente de la fuerza y el voluntarismo del autócrata, ya fuera electivo o fuera *de facto*: el que estuviera de turno. Una de las muestras con mayor desparpajo y desenfado en la versión criolla es la explicación de un ex Presidente que cuando sus asesores le decían: “pero mire su excelencia que esto no se puede”, con una cierta tonada muy característica respondía: “hay que buscarle la vueltila”, “busquen la vueltila para que se pueda hacer lo que no se puede”. Era igual a sostener lo equivalente a que “el fin justifica los medios”, como una frase más sincera en relación a las conductas respecto de esta viveza criolla. Esta expresión de “buscar la vueltila” es la cultura de la trampita, la cultura del vericuetto, que ha insuflado mucho no sólo a la cultura en general sino también a la cultura jurídica en particular: no para explicar fenómenos, lo cual sería natural, sino para justificar situaciones y sus resultados y consecuencias, que es mucho más grave que una explicación. En la vereda opuesta podemos guiarnos por quienes no aceptan el relativismo moral y rescatan los valores con firmeza y convicción. Tal es el caso de Raymond Aron cuando en su “*Ensayo sobre las Libertades*” (Ed. Alianza, 2007) afirma: “Las libertades intelectuales, los procedimientos democráticos son una protección contra el poder y lo arbitrario, pero ofrecen también, y tal vez en primer lugar, una oportunidad para instruir a los hombres, *para hacerles capaces de razón y de moralidad*”.

IV. Llegamos así al enunciado de la Constitución real, que es una Constitución que hoy tiene un solo artículo. La Constitución formal tiene los que tenía la del ‘53 más la farragosa redacción tropical que incorporó la reforma del ‘94. Pero la actual Constitución real tiene un solo artículo que dice *‘todo vale’*. Con ese artículo se manejan todas las relaciones de poderes entre sí, o de los poderes con los particulares: correspondería hablar de los ciudadanos, pero en realidad a veces se percibe la sensación de la *subditancia* más que de la ciudadanía. Esto conduce a la caducidad del principio fundamental de la forma republicana de gobierno, que es el *principio de la responsabilidad*. Está claramente establecido que hay que elegir entre la impunidad y la responsabilidad, y ésta —que es la secuela del control, porque el control es una cuestión nada más que de antesala de la responsabilidad pues no hay control por el control mismo— no es un fin en sí mismo. Es el mecanismo para abrir el camino a lo que sí le

interesa a la sociedad que es la aplicación de sanciones o premios según los defectos, pecados o delitos, o según las virtudes, méritos y aciertos de quien ha sido depositario de la voluntad popular, o designado en la forma en que los mecanismos representativos determinan. El *sustratum* de todo este proceso, en algunos casos tiene raíz filosófica y en otros casos no, pues tiene una vertiente ideológica. Por su raíz filosófica casi todos estos procesos han tenido un trasfondo hegeliano, ya sea como decía nuestro querido y memorable colega Miguel Ekmekdjian, “hegeliano de izquierda, o hegeliano de derecha”; y el panorama del siglo fatídico pasado (el siglo XX) lo demuestra para cualquier gusto del paladar, ya sea de la extrema izquierda o de la extrema derecha, pero con igual punto de partida hegeliano, aunque a veces con unas etapas de tránsito que en algunos casos pasan por Feuerbach, Marx, Sorel, Shopenhauer, Nietzsche, Spengler o algún otro autor, según se incorporara a este elenco el elemento de la violencia u otros ingredientes determinantes. El *sustratum* no ideológico es el *populismo*, que es el más complejo de todos y el que más influye en la *desconstitucionalización*, por la sencilla razón de que no se lucha contra una idea cuando se está en contra del populismo como camino hacia la *desconstitucionalización*, sino que hay que lidiar contra un estilo, un hábito, una práctica, una desviación de conducta; y entonces la cuestión no pasa por el orden de las normas, sino por el orden de los comportamientos, y de tradiciones arraigadas que se repiten recurrentemente. Es por ello muy difícil combatir al populismo con ideas, sino que hay que apuntar a cambiar los usos, toda vez que como decía Ortega “es mucho más difícil de cambiar los usos que colmar y calmar los abusos”; y tenía razón, como la tuvo cuando profundizó la morfología de la sociedad de masas. El pensador español nos instaba a emprender un cambio, a modificar el rumbo y erradicar las malas prácticas. Acaso creía válido para los argentinos la suposición que abrigaba George Elliot en el sentido de que “nunca es tarde para ser lo que podrías haber sido”. Claro está que para ser así hay que acudir a un esfuerzo en conjunto, entre todos: *una estrepada o estrepón*, como luce en el más puro idioma español, referido a los remeros.

La raíz de esta decadencia es profunda y, evidentemente, de índole cultural; y se traduce en el desapego a las instituciones. En el caso concreto de la Argentina, donde el desapego a las instituciones de raíces constitucionales es la explicación más válida del por qué hay un avance paulatino del proceso de *desconstitucionalización*. Si hubiese habido una cultura sana y sólida de respeto a las instituciones, se hubiera optado por dar siempre prevalencia al valor de las instituciones y no el desprecio hacia las mismas, como ya lo detectaba Juan Agustín García en “*La Ciudad Indiana*”: el caudillo por encima de la racionalidad y la facción por encima de la nación. No hemos sabido auto corregirnos a tiempo; lo que nos hu-

biera posibilitado alcanzar la excelencia. Siempre recuerdo aquel párrafo de Antoine de Saint-Exupery: “el futuro no basta con preverlo, hay que hacerlo posible”.

V. Veamos el gran ejemplo: las leyes actuales de Presupuesto; más la Ley de Superpoderes; y esto se vincula, además, con el manejo discrecional del Jefe de Gabinete de miles de millones en el ejercicio presupuestario que va a finiquitar cada año, cuyo monto hace que, obviamente, el desborde vaya mucho más allá de lo que fue originariamente el tamaño de la crisis. Los usufructuarios de esa “suma de poder” son personajes icónicos: verdaderos íconos en su relación de semejanza y representación que los identifica con funciones y funcionarios gravemente afectados de un complejo parafrénico.

La ley de Presupuesto, por lo tanto, no tiene sentido debatirla, más aún, he negado a hacer preguntas al respecto en su tratamiento legislativo; y cuando aparece esporádicamente la figura del Jefe de Gabinete tampoco las hice, porque esa “ley de leyes” —como la calificara Alberdi— puede reducirse a dos artículos. El primero que fije, de acuerdo a lo que la Constitución dispone, la estimación de los recursos para el año en curso, que será de tantos miles de millones, que casi siempre está subestimada para así poder disponer “discrecionalmente” del “plus”. Artículo segundo: “hagan lo que quieran”. Así, el Congreso abandona la orientación política que tiene que dirigir al Poder Ejecutivo a través del orden de prioridades de la política general de inversiones de todo el país, determinando si hay que gastar más en educación que en propaganda, más en salud que en viajes al exterior, o más en vivienda que en otros gastos inútiles o superfluos que podrían evitarse en aras del bienestar general a que se refiere el Preámbulo de la Constitución Nacional. Nuestros gobernantes —que ni siquiera suelen ser administradores— parecen ignorar algo tan elemental como la advertencia de Blas Pascal en sus “Pensamientos”: “tengo por imposible conocer las partes sin conocer el todo, así como conocer el todo sin conocer las partes”. ¡Elemental, Watson! Peter Drucker es más drástico: según él, “un país subdesarrollado es un país subadministrado” (sic), y yo creo que ese factor es uno de los más incisivos en vista del resultado.

El artículo 38 de la Constitución vigente (1994) tiene también la evidencia de otro proceso de desconstitucionalización muy notorio, entre los deberes que establece al institucionalizar los partidos políticos. Y bien que lo ha hecho, para evitar fenómenos como la supresión o disolución y confiscación de los bienes de los partidos, que también hemos conocido en su momento, no obstante que estaban amparados con la protección al ejercicio de la libertad de asociarse con fines útiles que ya estaba en el art. 14 de la vieja Constitución. Pero tiene el artículo 38 un párrafo muy interesante,

cuando entre sus funciones y sus deberes menciona e indica la obligación de los partidos políticos de cumplimentar debidamente la disposición del tercer párrafo, según el cual el Estado contribuye al sostenimiento económico “de la capacitación de sus dirigentes” (sic). Voltaire afirmaba que “la ignorancia es la salvaguarda de la dominación”, pues —agregaba— que “si la mayoría gobernada estuviera compuesta por bueyes y el pequeño número de gobernantes por boyeros, el pequeño grupo haría muy bien en mantener al grande en la ignorancia” (sic). ¿Será por eso que funcionan (efectivamente) escasos institutos de capacitación destinados a que los partidos preparen a su futuro “funcionariado”?

Pasó también el tiempo del respeto por la *seniority*, es decir de la trayectoria y de la veteranía en la experiencia de “la cosa pública”. Ahora lo que interesa es el *marketing*, entendido como el elemento fundamental componente de la respuesta al cambio, es decir, a lo que se llama la “nueva política” que es un novedoso estilo de *desconstitucionalizar*. Pero los países altamente constitucionalizados respetan la “hoja de vida”, honran la trayectoria, cumplen (como ocurre en el parlamento de EE.UU. o en el Francés o en el Italiano, o en el Español con menor tradición) ese aspecto fundamental que hace no tanto a la cantidad (“governabilidad”) pero sí a la calidad (“governanza”) del quehacer que deben acatar sus ocupantes. Por eso es que muchas veces nos preguntamos si hay “representantes” que no son “representativos”, ya que puede ocurrir que la representación sea válida en cuanto a la legalidad concerniente a las reglas dictadas por la legitimidad democrática, pero que el representante no sea representativo o que lo representativo sea, ¡oh sorpresa! la *desconstitucionalización*, la anomia, el populismo, la violación de la ley, el “todo vale”. No afirmamos esto con el propósito de autoexculparnos; al contrario, pensamos como Albert Camus, que los errores o la derrota de un hombre no juzgan a las circunstancias sino a él mismo: es decir, no es un problema de circunstancias, sino en definitiva de personas.

Ezequiel Martínez Estrada, que no está de más recordarlo, hacía referencia, para llamar la atención, con dos palabras: las invariantes o las *in-alterantes* históricas costumbres argentinas. La primera, figura en el Diccionario de la RAE (magnitud o explosión que no cambia de valor al sufrir determinadas transformaciones). Las invariantes de la historia argentina se referían a la repetición de los errores; y este es otro problema cultural, pues todo siempre nos conduce a lo cultural. El argentino, considerado en términos aristotélicos, es un ser *politikon*, que tropieza no sólo dos veces, sino cinco, diez, o veinte con el mismo obstáculo, y sigue tropezando porque no tiene capacidad de rectificación. Y no la tiene porque no quiere ejercer la autocrítica, no quiere reconocer el error. Nadie reconoce sus

errores y al que lo reconoce le dicen que es un estúpido, cuando en verdad el reconocer los errores es “nobleza obliga”, o sea lo que corresponde en definitiva a los ciudadanos conscientes de sus deberes y responsabilidades. Para ello se requiere cumplir con decisión (firme) y con honestidad (sincera), para no caer en el pecado que un colega reprochaba al afamado Heidegger: “la vaguedad”.

De esa tentación por la resignación (antesala de la claudicación) hay toda clase de testimonios; algunos tan conmovedores como el interrogante feroz que formulara Charles Baudelaire en *Las flores del mal*, cuando respondía a la pregunta “¿Dónde ir?” con esta pasmosa respuesta: “...no importa dónde con tal que sea fuera de este mundo”. Pero esa no es la solución.

Mecanismos hay, ante todo, la veracidad y la transparencia del Presupuesto; y a partir de allí desde la defensa del usuario y del consumidor hasta la “ley de defensa del orden constitucional y de la vida democrática”. El derecho constitucional, por lo tanto, requiere de un orden público imperante; y no puede caer en el vicio de traslapar, que significa cubrir total o parcialmente algo con otra cosa. Lo que los maritimistas describen como “el pabellón que cubre la mercadería”. *Traslapar* es eso. Se vende una mercadería pero el contenido que va debajo de la etiqueta es otro distinto, y se repite a diario así. Este Derecho constitucional no debe estar limitado ni resignado a eso. El Derecho constitucional debe estar en todo caso destinado, si se quiere, a *reconstitucionalizar*, a la transparencia, a transparentar y no a traslapar. Dar transparencia a procesos oscuros, dudosos y cuestionados que hacen no solo al incumplimiento de la ley de presupuestos, sino también a la “desviación del poder”. Porque muchas veces la incumbencia legítima se ejerce con una finalidad totalmente ajena al fin que la ley o que la Constitución tienen en cuenta. Y para cumplir con esa función nos viene a la memoria nada mejor que la sentencia de Goethe, el gran genio de Frankfurt, cuando ese insigne poeta dice: “no basta saber, se debe también aplicar”. No es suficiente querer, se debe también hacer. Esa es una peraltada misión de los constitucionalistas y demás protagonistas del Derecho: elevar el nivel.

VI. No vamos a emplear los vocablos usuales. Es costumbre de “mandones” pedir superpoderes o la suma del poder, pero como estamos en una república, no puede haberlos, pues dejaríamos de ser una república.

Por lo tanto, hay que buscar qué figura se asemeja a lo que ha impuesto el oficialismo; y para ello nada mejor que ver las coordenadas en cuestión. En la Constitución, lo único que puede tener analogía con esta norma es el estado de sitio, que está previsto por razones políticas en las hipótesis

de una conmoción interior o de un ataque exterior (art. 23). Por supuesto que no es permanente ni eterno. Además, puede ser reglamentado y está sujeto a diversos controles, entre ellos el judicial.

Aquí se trata de una suerte de estado de sitio económico y social de carácter permanente; es decir, *sine die*. Esta *primera* coordenada es una grave anomalía, porque todo estado de sitio implica un potenciamiento de las facultades del Poder Ejecutivo y, correlativamente, un decaimiento de ciertas garantías, que en este caso serán básicamente las de orden económico y social.

Con este engendro no estamos sólo demoliendo el sentido y alcance de la que siempre se ha llamado la “ley de leyes”, sino que, peor aun se ha declarado el estado de sitio económico en forma permanente y probablemente a perpetuidad. Viene al caso recordar las palabras del Dr. José A. Terry (cuyo nombre designa a unos de los sitios de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el que me honro en ocupar) al inaugurar la cátedra de Finanzas Públicas de la UBA en 1896: “Después de la ley fundamental de nuestro país, que es la Constitución, la más importante es la del Presupuesto; porque sus partidas nos revelan el estado de cultura moral e intelectual del pueblo, sus adelantos o retrocesos materiales y su situación económica y financiera”. No menos rotundo era el gran Alberdi cuando decía: “El presupuesto es el barómetro que señala el grado de buen sentido y de civilización de un país. La ley de gastos nos enseña a punto fijo si el país se halla en poder de explotadores o está regido por hombres de honor, si marcha a la barbarie o camina a su engrandecimiento; si sabe dónde está y adónde va, o se encuentra a ciegas sobre su destino y posición”.

Es obvio reconocer con Terry que el presupuesto sirve de programa para la marcha del país y que, sin él, el gobierno andaría sin rumbo; pero no obstante, debemos reconocer que el mismo es una autorización del mandante, es decir, que el contribuyente, o sea el pueblo por medio de sus representantes, le hace al mandatario, o sea el gobierno, indicándole lo que ha de gastar y lo que no debe gastar. Pero esta sencilla ecuación ha sido hoy trastocada. ¡Pavada de monstruo ha visto la luz! Viene a colación la “leyenda del aprendiz de brujo”, que crea al monstruo pensando que le permitirá dominar todo, pero el monstruo termina devorándose al propio brujo. A esto sólo faltaría agregar la música del compositor francés Paul Dukas.

Otra coordenada, la *segunda* que se puede mencionar, consiste en que este tipo de leyes especiales pueden tener justificación cuando ha estallado una crisis, pero no cuando concluida ésta, surge otro tipo de crisis, como es la actual.

¿Se va a quebrar la regla de que después de la tormenta sale el sol? Nos preguntamos si se pretende instalar una pseudo calma que anuncia otra vez la tempestad.

Por eso, aunque la contradicción sea evidente, es obvio que se sostiene que la crisis fue superada, pero se prolongan más poderes cuando el desmanejo gubernativo crea una nueva emergencia, como la del gasto público ilimitado.

Así una emergencia desplaza a otra, y se configura una suerte de espectáculo surrealista; pero una cosa es la excepcionalidad; otra, la habitualidad y, peor aún, otra muy distinta, la perpetuidad. La separación de poderes se va degradando ya sea porque lo exige la ideología, en el caso de los totalitarismos; o porque conviene que sea un eufemismo, en el caso de los regímenes autoritarios; o finalmente, porque favorece a cierto sector político que detenta el poder circunstancialmente y farisaico del populismo o del neo-populismo.

Otra coordenada —la *tercera*— es que el jefe de Gabinete no es el Poder Ejecutivo. Si ya es de muy dudosa constitucionalidad una delegación de este tipo a un órgano primario como es el presidente de la República —es decir, el Poder Ejecutivo propiamente dicho—, no cabe ninguna duda de que está viciada de inconstitucionalidad una tamaña delegación de un órgano secundario como es la Jefatura de Gabinete, que ni siquiera fue liminarmente reglamentada por ley; ya que recién apareció luego en reformas a la ley de ministerios. En esto vale la pena leer la declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales del 27 de julio del año 2006, que por sesuda mantiene su valor (véase en el Apéndice).

Una *cuarta* coordenada es el atentado a la igualdad ante la ley, porque a partir de los “superpoderes” actúan dos tipos de funcionarios: los que eventualmente pueden incurrir en el delito de malversación de caudales públicos —artículo 260 y siguientes del Código Penal— si desvían el destino de una partida a una jurisdicción o finalidad ajena para la que fue prevista; y un funcionario que queda eximido de la posibilidad de cometer este delito, que es el Jefe de Gabinete, quien va a estar anticipadamente amnistiado por esta norma desde el momento en que no tiene límite alguno para poder hacer todos los cambios de las partidas que dentro de la ley de presupuesto se puedan incluir. Esto es sumamente grave porque afecta a la forma republicana de gobierno, de la cual el principio de igualdad ante la ley es un principio fundamental.

Una *quinta* coordenada es que en esta norma no hay límites, y esto es muy peligroso. ¿Qué resguardo mínimo podría acompañar a esta delega-

ción para que tuviera algún tipo de límites? Los casos más cercanos —no vamos a ir al derecho europeo, que es lejano— son Brasil, Perú y Paraguay, con límites y controles.

En Brasil, por los artículos 165 a 167 de su Constitución, está prevista una comisión mixta bicameral para que ejerza ese control. Esto es lo que propondríamos, es decir, que una comisión de ese tipo, siempre que sea permanente y deba expedirse en un plazo perentorio, pueda ejercer tan siquiera un mínimo de control. Esto lo ha sugerido hace tiempo la Asociación argentina de Presupuesto y Administración Fiscal Pública, pero su reclamo no ha sido escuchado.

Tenemos necesidad de instalar pesos y contrapesos. Perú lo ha hecho por una ley del año 2006, la 28.411 (art. 26, inc. 2 y art. 38) y conviene aclarar que en Paraguay, el Congreso interviene necesariamente cuando no se trate de transferencias dentro de la misma jurisdicción (arts. 202, 238 y 283 de la Constitución).

De modo que en todos los países donde se ha aceptado algún tipo de transferencias hay algún tipo de control. Si el Congreso abdica o declina su función de control. ¿Qué otro órgano, suficientemente independiente, lo va a asumir? Y en ese caso, ¿quién controla al control? Este interrogante constituye, casi, un regreso al infinito.

Una *sexta* coordenada es que asistimos al vaciamiento de la forma y sustancia republicana de gobierno a través de una paulatina erosión o degradación de sus notas esenciales. Recordemos otra vez cuáles son: soberanía popular, que reside en el Congreso pero que éste sigue delegando; separación de poderes, que queda anulada sustancialmente; igualdad ante la ley, y en este sentido acabamos de señalar que queda alguien por encima de la igualdad ante la ley (como en *Rebelión en la granja* de Orwell); la responsabilidad, pero no hay ninguna; y así sucesivamente con el resto de las notas (publicidad y temporalidad), a tenor de las memorables definiciones conceptuales de Madison y de nuestro gran Aristóbulo del Valle.

El precedente creado con este régimen de “libre albedrío” en favor del Jefe de Gabinete puede resultar nefasto al sustituir las limitaciones establecidas en el art. 37 de la ley 24.156 por lo dispuesto en la ley 26.124 del año 2000 (1). O sea, que al extenderse plurianualmente, si después del 2015, esta norma prosigue, va a querer decir lo que los chicos, con gran in-

1 El artículo 1º de la ley 26.124 dispone en la parte pertinente: “El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendi-

genuidad, nos preguntan a los mayores: “Papá, ¿es cierto que todo vale?” Y vamos a tener que decirles que sí, que “todo vale”.

Por eso, seamos conscientes de que si no caduca el 10 de diciembre del año 2015, sin ninguna duda esta norma va a ser llamada por algún humorista o por alguien que quiera cargar las tintas como “la ley del todo vale”, y no creo que ninguno se va sentir orgulloso o pletórico por haber mantenido una ley que va a ser descalificada de tal manera.

Para justificar esta delegación de facultades se invocó un “estado de necesidad”. Pero esto también es un sofisma; es falso por la base. Porque entonces podríamos preguntar: si hoy delegamos esto, ¿otro día le vamos a sustraer a los jueces su jurisdicción, declarando que también por necesidad las sentencias pueden dictarse más rápida y eficazmente por tribunales administrativos? Ahondando aun más la radiografía: ¿tendremos que sospechar de la intencionalidad política de esta ley que se perpetraría? ¿Tendríamos que temer del uso de estos poderes con propósitos “electorales”? ¿U otro tipo de “desviación de poder”? La cruda verdad está a la vista.

Si ahora se sustituye al Congreso, como impudicamente sugiere el diputado Kunkel: ¿cuál será el próximo paso? Cuidado; que pongan las barbas en remojo los demás poderes.

La tendencia es peligrosa. Por ahora se siguen tirando serpentinas y papel picado; esto parece una fiesta, cuando en realidad es un final, pero nos preguntamos si alguno no se está dando cuenta de que estamos bailando a bordo del Titanic; y de allí un salto al art. 29 de la Constitución, que fulmina la suma del poder público con la pena máxima.

Lo único que está claro es que mientras van desapareciendo los resortes del control, el poder Ejecutivo se vuelve soberano.

das las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades.

A tales fines, exceptuase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la ley N° 25.917”.

A estos fines el Jefe de Gabinete ha quedado exceptuado de lo establecido en el art. 15 de la ley 25.917, que dispone: “El Poder Ejecutivo nacional, los Poderes Ejecutivos Provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sólo podrán, durante la ejecución presupuestaria, aprobar mayores gastos de otros Poderes del Estado siempre que estuviera asegurado un financiamiento especialmente destinado a su atención. Asimismo, no podrán aprobar modificaciones presupuestarias que impliquen incrementos en los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras”.

Nuestra historia es aleccionadora. No sólo hemos conocido golpes *de* Estado, sino que también hemos soportado los garrotes de golpes *desde* el Estado. Va a costar muchísimo reconstruir la idea de legalidad como muro de contención frente a los avances del derecho “emergencial” permanente. Esta ley no construye; esta ley demuele, destruye. Es oportuno recordar aquí las ideas de Chantal Millon-Desol: “Todas las concepciones políticas del siglo XX han querido ser revolucionarias, salvo el pensamiento del Estado de Derecho. Pero todas fracasan en su empresa de restauración social. Y, finalmente, es sin duda el Estado de Derecho el que ha cumplido la verdadera revolución (citado por Pedro J. Frías en “*La Biblioteca de un político ilustrado*”, La Ley del 29 de octubre de 1981).

VII. Entonces, algunas reflexiones concomitantes:

Dejémonos de levitar y de musitar sobre la planicie de lo fútil. Vayamos a la examinación para tomar enseguida las prominencias que el alarmante cuadro de la *desconstitucionalización* nos exige. Ahora o nunca, debemos emprender el camino de la re-constitucionalización y de la re-institucionalización, para ascender en el ranking de la calidad de nuestro Estado de Derecho; afectado hoy con medidas muy precarias en los criterios de su valoración.

Dejar de endiosar a los embusteros que, con sus chapucerías de torpeza y de manifiesta imperfección, nos agravan los males existentes, sumando una obra hecha sin arte ni pulidez: por ejemplo muchas de las normas que nos rigen. No sólo cuando se “discursea” hay que ser preciso; también lo exige la redacción de las normas prescriptivas, que deben responder —para su mejor comprensión— a lo que Ortega y Gasset denominaba “la cortesía de la claridad”.

Superemos la desoxigenación de los círculos áulicos de los tilingos, por no decir mafiosos de la última moda, de la cosmetología pseudo-constitucional. El camino sensato es sencillo y es factible. *No sancionar leyes, normas y constituciones que no se puedan cumplir*. Suprimir lo que no es viable ni tenga andamio, para no mantener ilusiones que no se puedan cumplir, porque esa es una forma de *desconstitucionalizar* en la mente. Creando una defraudación se crea un resentimiento; y generando un resentimiento se crea una incipiente semilla o germen de una insurrección, de una rebelión respecto del orden establecido. Y por último, hay que cumplir a rajatabla los principios republicanos que son siempre los mismos: democracia, separación de poderes, igualdad ante la ley, publicidad de los actos públicos, periodicidad en la función y responsabilidad. De los seis, probablemente se cumpla —y a medias— el primero.

VIII. Conclusión

Las reflexiones que anteceden son una invitación al optimismo. Sólo falta sumarles el convencimiento y la voluntad, orientadas por la razón. No desvanecerse ante las contrariedades ocasionales. Los constitucionalistas deben guiarse por el impacto emocional que produce el hecho cósmico de “que nunca la noche es más oscura que en el instante previo al amanecer”. Ya llegará la alborada. Savater confesó su perplejidad al leer la frase que un romano hizo escribir en su tumba: “creo con certeza que no hay mañana”. Pero para nosotros, es todo lo contrario. Si por “el ocaso” intuyéramos “el fin” antes del mañana, rogaríamos que en la lápida se estampara la nota convocante de Eduardo Mallea: que hemos vivido una intensa “pasión argentina”, animados todos por la fe en el Derecho.

IX. Apéndice

Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su preocupación ante la ley que reglamenta los decretos de necesidad y urgencia (D.N.U.) y frente a la posible sanción por la H. Cámara de Diputados de la Nación de la modificación del art. 37 de la ley 24.156 que permite al Jefe de Gabinete de Ministros el manejo discrecional de la distribución de los gastos públicos apartándose de la prevista en el Presupuesto nacional por cuanto:

Con relación al art. 99, inc. 3) de la Constitución Nacional sobre decretos de necesidad y urgencia, al no establecer la ley 26.122 recientemente sancionada que sea el Congreso el que los ratifique o rechace en forma expresa, se posibilita su vigencia por tiempo indefinido. Tal circunstancia, frente a los abusos en que ha incurrido el Poder Ejecutivo —en diferentes gobiernos— en el ejercicio de dicha potestad constitucional transgrede el equilibrio de poderes y consagra una preeminencia sobre el Poder Legislativo en desmedro del sistema constitucional.

Con referencia a las facultades que se conceden al jefe de Gabinete de Ministros para reestructurar discrecionalmente partidas presupuestarias, las mismas repugnan al art. 75, inc. 8) de la Constitución Nacional, por ser una atribución legislativa indelegable, salvo los supuestos de excepción que prevé el art. 76 de la Constitución Nacional, cuyos requisitos no se cumplen, pues la delegación legislativa debe ser exclusivamente en el Poder Ejecutivo, que es unipersonal, y no en el Jefe de Gabinete de Ministros, que no es el Poder Ejecutivo, sino sólo un órgano dependiente de éste.

El Jefe de Gabinete de Ministros es un mero ejecutor del Presupuesto (C.N. art. 100, inc. 7) y no tiene facultades para modificarlo por sí solo, ya que los decretos delegados deben ser dictados por el Presidente de la Nación, con referendo de aquél (C.N., art. 100, inc. 12).

Las reformas legislativas en cuestión conculcan el principio de la división de los poderes, adoptado por la Constitución Nacional como presupuesto esencial del régimen republicano de gobierno y garantía de los derechos de todos los habitantes.

Ante la discrecionalidad otorgada al Poder Ejecutivo por esas reformas, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifiesta que las mismas son violatorias de la Constitución nacional, y exhorta a los poderes públicos a resguardar la plena vigencia de nuestra Ley Suprema.

Buenos Aires, 27 de julio de 2006

Juan Carlos Cassagne

Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán

Académico Presidente

EL EQUILIBRIO DEL PRESUPUESTO

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (*)

I. PRELIMINAR. — El presupuesto del Estado es un tema que estudian diferentes ciencias. En primer lugar la ciencia económica, por su relación con la economía general del país en cuanto establece el destino que tendrán los recursos del Estado durante un ejercicio financiero, los gastos e inversiones de la Administración y demás entes públicos, las previsiones sobre el crecimiento, la inflación, la paridad cambiaria, el nivel de endeudamiento, etc.

La ciencia política también se ocupa del presupuesto, porque la decisión sobre los gastos e inversiones públicas es una cuestión eminentemente política. Dirigir las acción del Estado en la realización de sus cometidos es un tema político, así como también estudiar los efectos que producen las cargas tributarias sobre los contribuyentes.

El derecho constitucional estudia la competencia de los órganos estatales en materia presupuestaria y, fundamentalmente, asegura el carácter representativo de las decisiones que se adopten en materia de recursos y gastos.

Pero, en realidad la rama del derecho que específicamente se ocupa del presupuesto y de la actividad financiera del Estado es el derecho financiero, que estudia los ingresos y los gastos públicos, normalmente previstos en el presupuesto. Trata asimismo las relaciones jurídicas en materia financiera entre los distintos órganos públicos y de éstos con los administrados

También es un tema de derecho administrativo, porque el presupuesto está reglado por una *ley esencialmente administrativa*, como es la Ley de Administración Financiera y antes lo fue la Ley de Contabilidad, cuyas disposiciones conciernen al ordenamiento financiero y jurídico de una gran parte de la actividad de la Administración pública. Numerosas disposiciones de esta ley relativas a la ejecución del presupuesto reglan la competencia, forma y validez de los actos administrativos.

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014. Publicado en "La Ley" el 26 de junio de 2015.

No obstante, son pocos los administrativistas que tratan el presupuesto en sus obras generales, pues consideran que es un tema del derecho financiero, primo hermano del derecho administrativo.

Una excepción entre nosotros es la de Rafael Bielsa, que escribió importantes obras de derecho administrativo, constitucional, financiero y fiscal. De los autores extranjeros destaco a Gastón Jeze, quien además de sus célebres “Principios Generales de Derecho Administrativo”, también escribió sobre ciencia de las finanzas y derecho financiero. Sus conocimientos fueron tan vastos en este tema, que hasta se ocupó del presupuesto en la República Argentina. La importancia de sus trabajos es tal, que si ignoramos la fecha de la edición (año 1923) y leemos esas páginas plenas de sabiduría nos parecerá que fueron escritas para el momento actual.

Como se puede apreciar los temas vinculados al presupuesto son muchos, todos importantes, cualquiera de los cuales merecería un tratamiento más extenso del que podríamos darle en esta breve exposición. Por eso, elegí un aspecto que considero fundamental, por las consecuencias que tiene no sólo en la economía, sino también en el bienestar de la población y en los derechos de los individuos.

Me referiré al *equilibrio* del presupuesto, porque es sabido que una de las causas de los males que aquejan a nuestro país desde hace ya mucho tiempo, es el desequilibrio de los presupuestos, que invariablemente terminan arrojando déficit, lo cual genera inflación, mayor endeudamiento, desocupación y el aumento de la presión tributaria.

Si en un país se gasta más de lo que se recauda, se distorsiona el cálculo de los recursos con estimaciones ilusorias, y no se respetan las autorizaciones hechas por el Congreso al “fijar” el presupuesto de gastos, el resultado no puede ser otro que el empobrecimiento de la población. Nitti señala que “en general los errores de previsión de los presupuestos se deben menos a las dificultades de previsión que a una falta de sinceridad financiera y a un optimismo exagerado, que siempre corresponde a un débil sentimiento de responsabilidad”. (1)

II. LA IGNORANCIA DE UNA REGLA ELEMENTAL .— Hace más de un siglo escribió el ilustre ministro Terry: “La historia financiera argentina se reduce a la historia de los déficit y de los medios para enjugarlos”. (2) Por lo general el déficit no se debe tanto a errores en el cálculo de los recursos y

(1) Francisco NITTI, “Principios de la ciencia de las finanzas”, trad. esp. de Salvador Oría, ed. Talleres Gráficos Rosso, Buenos Aires, 1931, p. 798.

(2) J. A. TERRY, “Finanzas”, 3a ed. Buenos Aires, 1912, p. 312.

los gastos en el presupuesto primario, sino a su ejecución, aunque en los últimos tiempos los errores en los cálculos no han sido involuntarios, sino deliberados. Y cuando la ejecución de los presupuestos invariablemente arroja déficit, no se puede hablar de equilibrio. Esto es elemental.

El equilibrio presupuestario es una exigencia del buen gobierno y una garantía para los derechos individuales, ya que el déficit siempre lo paga el pueblo, con mayores impuestos, peores servicios públicos, menor poder adquisitivo de la moneda y la pérdida de fuentes de trabajo.

Esta es una regla de la realidad que no se puede ignorar, pues, como se dice en la jerga popular: "la bohemia siempre alguien la paga". Y los argentinos, por culpa de los malos gobiernos, somos los campeones de la bohemia. A la hora de distribuir beneficios no pensamos de dónde saldrán los recursos y siempre gastamos más de lo que recaudamos, con la idea de que tenemos un país rico y la situación va a mejorar. Tapamos la realidad con ilusiones.

La Argentina es un país beneficiado por la Providencia. Tiene muchos recursos naturales (petróleo, gas, minería), extensas zonas de tierra fértil, grandes ríos, un gran litoral marítimo, diferentes climas en su mayoría apacibles, no existen problemas raciales ni religiosos, no hay exceso de población, sino por el contrario, recibe permanentemente emigrados de los países vecinos, no ha tenido grandes guerras ni calamidades. Como lo señaló Gastón Jéze, "no hay absolutamente ninguna buena razón en la Argentina para un déficit del presupuesto". (3)

Pese a todas estas bondades, hemos padecido crisis económicas en forma recurrente, que mal o bien las superamos, pero, lo grave no es sólo lo ocurrido, sino que no aprendemos las lecciones de la historia, pues volvemos a situaciones críticas cada vez más graves. Nos acostumbramos a la inflación, a la inestabilidad, a la inseguridad jurídica, al despilfarro, a las dádivas, a los sobrepuestos en las contrataciones públicas, al incremento injustificado de los agentes de la Administración y, lo que es más grave aún, a la corrupción.

Todo esto impide suprimir los desequilibrios presupuestarios, porque para corregir el deterioro creciente de nuestras finanzas públicas es necesario eliminar los vicios señalados, y para ello no sólo se necesitan buenas ideas y experiencia de políticos y funcionarios, sino la *decisión* de ponerle fin a esta fiesta, y la *autoridad* para ejecutarla.

(3) Gastón JÉZE, "Las finanzas públicas en la República Argentina", ed. Le Currier de La Plata, Buenos Aires, 1923.

Y vuelvo a citar las palabras de Jéze: “No hay un equilibrio financiero sino en donde un hombre es responsable del mismo, y un hombre no puede ser responsable del equilibrio sino cuando tiene el poder de obtenerlo”. (4)

En la mayoría de los países ordenados, por no decir serios, las discusiones sobre el presupuesto concitan la atención de los políticos pero todos son conscientes de que debe respetarse el equilibrio presupuestario. Los problemas se centran en discutir la distribución de los recursos, en decidir cuáles son los gastos más urgentes, imprescindibles y beneficiosos para la sociedad, excluidos aquellos que se repiten anualmente por estar destinados a solventar funciones permanentes (v. gr. sueldos). La oposición trata de restringir los gastos, mientras el gobierno de incrementarlos. Es una constante que quienes están en el poder pretenden aumentar el gasto público. Todo gobierno desea recibir el reconocimiento de los gobernados y de las generaciones futuras por las obras realizadas, nombrar agentes públicos para cumplir con compromisos políticos, y también otorgar subsidios y otros beneficios con lo cual obtienen a la vez un beneficio electoral. De ahí la importancia que tiene en todo estado moderno institucionalizar un control del gasto público, que comienza en la preparación del presupuesto y luego sigue en su ejecución.

En Inglaterra, el Canciller del Tesoro es el jefe de un partido político con autoridad para frenar las demandas de mayores gastos que a veces formulan hasta los miembros de su propio partido. En otros países el Ministro de Hacienda tiene un poder de hecho que sirve para controlar los reclamos de gastos que efectúan los demás ministros. Los problemas se plantean por las restricciones y no por la amplitud de los gastos. Por eso consideran que el Ministro de Hacienda es el “ministro del equilibrio”.

En nuestro país, en cambio, los gobiernos suelen ser generosos con los reclamos populares sin pensar en las fuentes de financiamiento, sobre todo cuando con ello obtienen un rédito político, y como de alguna parte debe salir el dinero, echan mano a una mayor presión tributaria o, lo que es más grave aún, a la emisión monetaria. De esta manera satisfacen fugazmente esas exigencias, a costa de profundizar el descalabro financiero del Estado. No tenemos a alguien con la sensatez y autoridad necesarias para decir “no”.

En las últimas décadas no se ha hecho nada para revertir esta mala práctica, salvo algunos intentos que duraron poco tiempo, para volver las cosas a su estado anterior y con mayor énfasis aún. Lejos de establecer reglas que impidan los excesos en gastos, las cosas se han hecho para facilitar el manejo discrecional de los fondos por parte del Poder ejecutivo, alterándose el sistema previsto por la Constitución.

(4) Gastón JÉZE, op. cit. p. 35.

Incrementar el gasto público no siempre es objetable. La cuestión estriba en resolver dos aspectos: en *qué* se gasta y *cuánto* se gasta. Si los gastos están dirigidos a mejorar la infraestructura del país —construcción de caminos, ferrocarriles, puertos, presas hidroeléctricas u otras obras similares— nada se puede objetar, porque estas son *inversiones* serán generadoras de riqueza. Lo mismo si el dinero se destina a educación o a salud. Por supuesto que el gasto siempre debe tener en cuenta la capacidad de pago del Estado, porque la satisfacción de las necesidades debe estar condicionada a las posibilidades económicas y financieras del país, como ocurre en cualquier economía, aún la familiar.

Por eso hay que distinguir las discusiones sobre el destino de los recursos, siempre y cuando estén dirigidos a satisfacer fines públicos, que es una cuestión esencialmente política, del despilfarro en que se incurre cuando la mayor parte del dinero se destina a gastos corrientes, en su mayoría reñidos con los más elementales principio de austeridad republicana. Todos estos gastos, unidos a un mal manejo de las finanzas públicas, son la causa de los déficit acumulativos que padecemos y que cada días se incrementan más.

Respecto de esto último no puede haber discusión sensata, ya que nadie podría sostener que un país puede vivir gastando más de lo que recauda, emitiendo moneda indiscriminadamente, destinar gran parte de la recaudación a gastos corrientes —muchos de ellos innecesarios—, aumentar exponencialmente el endeudamiento y acumular déficit para terminar declarándose en *default* y no pagar las deudas contraídas.

De ahí que el tema del equilibrio del presupuesto sea una premisa elemental de cualquier administrador. Si un individuo quiere viajar con su familia o construir una casa, lo primero que debe hacer es calcular el dinero que tiene y el que podrá obtener en un período determinado. Nadie en su sano juicio se embarca en un gasto si no sabe con cuánto dinero cuenta.

Salvo en situaciones excepcionales y dentro de límites controlables, el déficit es una muestra de mal manejo financiero. Es verdad que en teoría económica keynesiana se admite que el déficit presupuestario puede ser un remedio en períodos de recesión, para impulsar la demanda y reducir el desempleo, debiéndose compensar con superávit en los períodos de auge, de modo que en vez del equilibrio en un solo período se pasa a realizar el equilibrio presupuestario en un ciclo de varios períodos.

Pero nuestros políticos, y también de otras partes del mundo, han hecho uso y abuso de esta famosa premisa de Keynes, que sirvió para salir de la crisis del 30, incurriendo en crónicos déficit fiscales motores a su vez del proceso inflacionario con todas sus consecuencias negativas.

III. UNA DELEGACIÓN INCONSTITUCIONAL. — Las malas prácticas para manejar discrecionalmente el presupuesto se remontan a muchos años; lo que ahora ocurre es que se han *institucionalizado*, porque las reformas hechas a la ley de administración financiera directamente le confieren al Jefe de Gabinete de Ministros facultades discrecionales que violan la división de los poderes, ya que la atribución que tiene el Congreso de “fijar” los gastos de la Nación es *indelegable*.

“Fijar” implica *autorizar*, y no se concibe que el Congreso delegue la facultad de autorizar en el poder cuyos actos han de ser autorizados, pues implica lisa y llanamente derogar la atribución que ejerce el Congreso como órgano que representa la voluntad popular.

La ley 26.124 convirtió en permanentes los llamados “superpoderes” de emergencia.

Dice Bielsa que “el principio de especialidad del presupuesto es indiscutible para un buen gobierno y su administración, el cual aconseja que todos los recursos y los gastos se especifiquen previamente en el presupuesto. Ello es indispensable para su control y obliga —desde que es ley— al Poder administrador a invertir los recursos en la forma y para el destino que se les ha dado; la trasgresión de este deber constituye un hecho castigado por el Código Penal: malversación de caudales públicos. (5)

La Ley de Contabilidad estableció la regla de la especialidad del presupuesto y la mantuvo la Ley de Administración Financiera, si bien el art. 37 remitía a la reglamentación el procedimiento que debía seguirse para introducir modificaciones al presupuesto durante su ejecución, reservaba al Congreso cualquier cambio que implicara aumentar el monto total presupuestado, el nivel de endeudamiento previsto, *el aumento de los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o aplicaciones financieras*, así como los cambios en la distribución de finalidades.

De ese modo el Congreso era quien ejercía el poder en esta materia y la Administración solamente podía hacer los cambios necesarios para la ejecución de la ley de presupuesto frente a las modificaciones que se produjeran durante el ejercicio en curso.

Pero en el año 2006 la ley 26.124 introdujo un cambio fundamental al autorizar al Jefe de Gabinete de Ministros a modificar la ley de presupuesto y reasignar partidas sin otros límites que el monto total presupuestado

(5) Rafael BIELSA, “Derecho Administrativo”, 6ª ed. La Ley Buenos Aires 1964, tº II, p. 509.

y el monto de endeudamiento previsto, permitiéndole cambiar la distribución de finalidades y aumentar los gastos corrientes en detrimento de los de capital o de las aplicaciones financieras. También se lo releva de cumplir con el art. 15 de la ley 25.917, llamada de Responsabilidad Fiscal, que prohíbe a los poderes ejecutivos nacional y provinciales y de la ciudad de Buenos Aires *autorizar gastos que no tengan fuente de financiamiento asegurada* o aumentar los gastos corrientes en detrimento de los de capital y las aplicaciones financieras, límite, este último, que en el orden nacional había establecido, precisamente, el art. 37 de la Ley de Administración Financiera.

Con esta modificación la intervención del Congreso es completamente irrelevante en cuanto a la decisión de la distribución y asignación del gasto público, ya que cualquier cosa que disponga la ley de presupuesto puede ser cambiada luego por el Jefe de Gabinete de Ministros. El control cuantitativo respecto al gasto total y la deuda que mantiene el Congreso tiene efectos macroeconómicos, pero no políticos, en cuanto a la dirección los asuntos públicos que quedan completamente en manos del Poder ejecutivo, a través del Jefe de Gabinete de Ministros. La excepción respecto de los gastos reservados y de inteligencia para cuyo aumento se requiere de la aprobación del Congreso, si bien toca “la cocina del poder”, no tiene entidad para alterar la conclusión antedicha.

IV. QUÉ ES UN PRESUPUESTO.— El presupuesto del Estado no es una previsión burocrática de los gastos y los ingresos, un simple cálculo contable de los recursos que previsiblemente han de obtenerse y de los gastos que se efectuarán en un período determinado. No es un trabajo contable hecho para saber con cuanto dinero se cuenta a fin de afrontar los gastos estimados por el Poder ejecutivo. El presupuesto es un *plan de administración*, un verdadero *programa de gobierno*. Ignorar su significado equivale a desconocer uno de los principios fundamentales de los sistemas políticos representativos.

En el número 30 de *The Federalist*, Alexander Hamilton declaraba que “el dinero, hablando en propiedad, es considerado como el principio vital del cuerpo político; como algo que mantiene su vida y movimiento y que lo capacita para llevar a cabo sus más esenciales funciones”. Sin el dinero necesario para solventar los gastos e inversiones del Estado no es posible llevar a cabo ningún plan de gobierno, ni siquiera mantener la administración. Por eso, la obligación que todos los habitantes tienen de pagar los tributos, como cargas públicas.

Es un programa de gobierno porque al elaborarlo se establece cuál ha de ser el destino de los recursos que aportan los contribuyentes, no sólo

para mantener el funcionamiento de las funciones y los servicios públicos, sino fundamentalmente para cumplir con los cometidos que se quieren lograr según las directivas políticas. Así, puede darle especial énfasis a las obras de infraestructura, o al desarrollo industrial, o en promover la agricultura y la ganadería, o la cultura y educación, o la seguridad, etc. Todos estos cometidos se deben alcanzar, porque son propios de cualquier Estado moderno, pero al elaborar el presupuesto se establecen las *prioridades* en los gastos e inversiones.

Es un plan de gobierno. El art. 75 inc. 8 CN establece que el presupuesto general de gastos que “fija” el Congreso y el cálculo de recursos se debe efectuar “en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”, los cuales son preparados por el Poder ejecutivo, que es quien ejerce la administración general del país y cuenta con el apoyo de los organismos técnicos competentes para ello. En nuestro país el Congreso no prepara el presupuesto, lo “fija” sobre la base de la propuesta del Poder ejecutivo.

Como es sabido, en los sistemas representativos ninguna carga o impuesto se puede establecer sin el consentimiento de quienes deben soportarlo. Este principio, cuyo origen se remonta a varios siglos, ha sido incorporado en la mayoría de la constituciones, y en nuestro sistema le compete al Poder legislativo prestar ese asentimiento (art. 22 de la Constitución Nacional). Tanto el asentimiento por las cargas fiscales, como el destino que debe tener el dinero recaudado, es atribución de dicho poder, dentro de las reglas constitucionales. (6)

Por ello, todo gasto que no se comprenda en esos conceptos se debe considerar *no autorizado* conforme a la Constitución, y en ese sentido una malversación con respecto a la ley fundamental. El hecho de que el legislador no califique como malversación esta forma de disponer del Erario para gastos que no son de la Administración nacional, no significa que no se incurra en trasgresión de una norma de la Constitución. La figura jurídica delictiva sería la misma.

Salvo en períodos lejanos, nuestro país no ha tenido un presupuesto, y menos aun lo tiene actualmente. El Congreso ha votado las leyes de presupuesto para cumplir con una formalidad, porque al contar el partido gobernante con una mayoría incondicional, hace caso omiso a las objeciones de los demás partidos y luego dispone de los recursos a su antojo, ya sea por la discrecionalidad que ejerce el Jefe de Gabinete

(6) Rafael BIELSA, op. cit. p. 497 y s.

o por la convalidación legislativa automática que se hace indefectiblemente.

Mientras no exista una oposición con el poder necesario para hacer valer sus reclamos y objeciones a los gastos previstos por el Poder ejecutivo, los debates parlamentarios sobre el presupuesto seguirán siendo meros concursos de oratoria, totalmente ineficaces. Se vota lo que quiere el Poder ejecutivo, como si se tratara de una monarquía absoluta, porque en las monarquías constitucionales los reyes deben acatar lo que resuelve el parlamento, donde se escucha a la oposición.

El tema no pasa solamente por la razonabilidad, oportunidad y justicia en la distribución de los gastos e inversiones, que es un tema político. En este sentido, nos guste o no, es la voluntad de la mayoría quien decide.

Lo que resulta objetable desde todo punto de vista es que tanto el programa general de gobierno como el plan de inversiones —cuando realmente existen y no son meras expresiones de deseo— sobre cuya base se formula el presupuesto, no se respetan en la ejecución, y el Poder ejecutivo haga lo que quiera merced a diversos procedimientos ideados para manejarse con total arbitrio. En otras palabras: el presupuesto es un cálculo *formal* de recursos y de gastos que se elabora con la seguridad de que no se va a respetar.

Las artimañas comienzan en la preparación y continúan en su ejecución. Señalaré algunas que juzgo más relevantes.

Se calcula una inflación menor de la real, no tanto para disimular el deterioro de nuestra moneda, sino para lograr que la recaudación real de los tributos no afectados por la inflación (v. gr. el impuesto al valor agregado, las retenciones a la exportación, el impuesto a los depósitos y extracciones bancarias, y a las ganancias) permitan que el resultado de la recudación arroje nominalmente un superávit considerable.

Si para calcular los gastos e inversiones se parte de una tasa de inflación mucho menor de la real (en el presupuesto del año 2015 se estimó en el 15,6%, cuando en los primeros diez meses del año 2014 superó el 41%, y todo indica que se incrementará en el futuro) a la hora de ejecutar el presupuesto el dinero *nominalmente calculado* no podrá cubrir los aumentos de sueldos y jubilaciones que inexorablemente se tendrán que realizar y el mayor precio de los bienes y servicios que se tendrá que pagar. Por eso, como las partidas votadas no alcanzan a cubrir los aumentos de sueldos y jubilaciones ni los mayores gastos por bienes y servicios, se recurre a una nueva autorización de gastos que infaliblemente aprobará el Congreso.

Pero, el superhávit nominal de la recaudación que se generó como consecuencia de la inflación no se destina a sufragar esos incrementos, sino a otras finalidades que decide discrecionalmente el Poder ejecutivo por medio del Jefe de Gabinete de Ministros, las cuales son siempre convalidadas por la mayoría parlamentaria.

Las autorizaciones para cubrir los mayores gastos derivados de una deficiente previsión presupuestaria se cubren con emisión monetaria o con fondos de entes públicos que tienen otro destino, y son canjeados por letras o bonos que el Estado entrega en su reemplazo, también por valores nominales y bajas tasas de interés, lo cual genera una pérdida para esos entes y, consecuentemente para quienes deben percibir esos recursos. Es el caso de la ANSeS, permanentemente esquilmada por el Estado, o del Banco Central de la República Argentina, que debe echar mano a las reservas. Mientras tanto hay miles de juicios por reajuste ya ganados por los jubilados que no se pagan, demoras en el cumplimiento sentencias y otras obligaciones y conductas similares.

Paralelamente, el Estado dilapida el dinero público en gastos fastuosos e injustificasos, viajes de centenares de funcionarios, subsidios cada vez mayores otorgados con fines electorales, beneficios jubilatorios para las amas de casa que nunca hicieron aportes, en suma, se pretende vivir como como ricos en un país empobrecido, que tiene que esconder bienes del Estado para impedir que los embarguen por las deudas impagas.

En el período 2006-2013 el crecimiento del gasto público de la Argentina fue el mayor del mundo. Pasó del 31% del PBI al 46% del PBI. En los restantes países de latinoamérica no superó el 35% del PBI. Es verdad que en países como Dinamarca, Suecia, Finlandia, Francia, Austria y Holanda el gasto público es mayor, pero los servicios que presta el Estado son muy superiores a los nuestros, ya sea de las escuelas públicas, del transporte público, las rutas, la salud, la policía y la justicia. En la Argentina gran parte de la población tiene que enviar sus hijos a colegios privados, pagar medicina y seguridad privadas y usar automóvil propio.

Como dije, los déficit presupuestarios son una constante en nuestro país, que se han incrementado en los últimos años. Si partimos del 2003 hasta 2008, en que hubieron excedentes ficticios porque la Argentina no pagó los servicios de la deuda ni actualizó las jubilaciones, a partir de 2009 el déficit se fue agravando hasta sumar un acumulado del 14,1% del PBI.

Parte de esos gastos excesivos se financiaron con inflación o con deudas *que no se registran*, pero el pago a acreedores externos no se puede hacer con nuestra moneda envilecida, sino en dólares estadounidenses (Club

de París, YPF, tenedores de bonos). Por eso el Banco Central cada día pierde más reservas y el país está empeñado en obtener fuentes externas de financiación que por nuestro mal comportamiento resulta muy difícil conseguir y a tasas de interés por demás elevadas.

Al mismo tiempo la presión impositiva se acerca al 41,5 % del PBI y, según el estudio realizado por el Instituto Argentino de Análisis Fiscal (IARAF), si tomamos todos los tributos nacionales, provinciales y municipales que debe pagar un individuo cuyos ingresos mensuales no superan los \$ 18.000, la carga impositiva oscila entre el 46% y el 60%, lo que significa que durante los primeros siete meses todo lo que percibe se lo lleva el Estado. Esta iniquidad, sumada a la enorme desvalorización monetaria presenta un panorama siniestro para los habitantes de nuestro país.

V. CONDICIONES PARA LOGRAR EL EQUILIBRIO DEL PRESUPUESTO.— Para ejecutar un plan de gobierno es esencial contar con los recursos necesarios durante el ejercicio presupuestario, los cuales se deben calcular antes de ejecutarlo. Del mismo modo es preciso que los gastos que se efectuarán guarden relación con los ingresos que realmente se pueden obtener de las contribuciones fiscales y demás fuentes normales de financiamiento.

Para ordenar económicamente los recursos y usar correctamente los recursos se deben estimar previamente los ingresos y los gastos, esto es, establecer un *equilibrio*, que será tanto mejor para la Administración pública y para las finanzas del Estado cuanto más correcto sea el cálculo.

Con una inflación del 41% anual *creciente* como la que tenemos, aunque negada por el gobierno que la estima en un porcentaje muy inferior al real, resulta prácticamente imposible elaborar un presupuesto equilibrado, porque todos los cálculos que se hagan de los recursos y gastos previstos para el ejercicio serán ficticios, así como también las previsiones.

Dice Jéze: “Un país que tiene una moneda nacional depreciada, y, en consecuencia muy inestable, no puede tener un presupuesto verdadero. No hay presupuesto si no hay equilibrio entre el programa de los gastos y el de los ingresos. Con una moneda nacional depreciada e inestable, el equilibrio entre el programa de los gastos y de los ingresos se rompe a cada instante”. (7)

Mientras continuemos negando la realidad, acumulando progresivamente déficit, emitiendo moneda sin control alguno, ocultando la deuda interna real, pagando los servicios con nuevos créditos y elevados inte-

(7) Gastón JÉZE, op. cit. p. 49.

reses, y modificando discrecionalmente las autorizaciones del Congreso para gastar e invertir, carece de sentido hablar de un presupuesto.

La Argentina tiene que corregir urgentemente este dispendio, limitar los gastos a solventar las necesidades más apremiantes y dirigir las inversiones a todo aquello que contribuya a conformar una infraestructura para el desarrollo (camino, ferrocarriles, puertos, fuentes generadoras de energía, etc.). Tiene que fortalecer la moneda y la seguridad jurídica. Para las inversiones en obras de infraestructura es necesaria financiación externa, que para conseguirla debemos demostrarle al mundo que somos un país serio, claro está que para invocar esa cualidad es preciso antes tenerla.

En el canto cuarto, versículo 42 de *La Divina Comedia* al escuchar el Dante con Virgilio los lamentos que vienen del purgatorio, dice: “*Por tal culpa aquí yacen solamente/y el castigo es desear sin esperanza/piadosa remisión del inocente*”. (8) Al comprobar que tanto los actuales gobernantes, como los candidatos a sucederlos, no han puesto especial énfasis en este problema que aqueja a nuestro país prácticamente desde hace más de un siglo, y que tantos efectos perniciosos ha producido, uno se siente como esas almas del purgatorio, porque ansiar que un partido político incluya en el plan de gobierno restablecer el equilibrio presupuestario y ajustar los gastos para disminuir la inflación y rebajar la presión tributaria, es una esperanza tan remota que linda con lo imposible.

Por su actualidad transcribo los párrafos de un artículo publicado en el diario *La Prensa* el 7 de septiembre de 1942: “Indudablemente las cosas no pueden seguir así. La protesta es ya general y día a día va en aumento. Protestan los humildes por la carestía de la vida y los de más recursos por los altos impuestos y la desquiciadora intervención oficial en sus asuntos. Los peritos que asesoran al Poder ejecutivo y al Congreso, si realmente son expertos, no pueden ignorar que los gravámenes con que se persiguen al comercio y a la industria repercuten inevitablemente sobre los precios de las mercaderías y de los servicios. Tampoco pueden ignorar que los déficit enormes llevan fatalmente a la inflación y que los dos factores combinados —grandes cargas públicas e inflación— hacen muy dura la vida de los pueblos y les imponen dolorosas privaciones. Tal es la situación y no es sensato esperar que el funcionamiento, al cual se le piden remedios, se extirpe a sí mismo. La operación tiene que hacerla el gobierno y cuanto más tarde, más peligroso será. No consideramos prudente dejarla a cargo del futuro presidente porque el ma-

(8) Esta es la traducción literaria de Bartolomé Mitre, porque el original “*Per tai difetti, non per altro rio,/semo perduti e sol di tanto offesi/che senza speme vivero in disio*”. *La divina comedia*, de Dante Alighieri, trad. de Bartolomé Mitre, ed. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1965, p. 43.

lestar económico y el descontento público crecen con rapidez. Por eso creemos indispensable que el presidente se haga cargo de la situación y llame a capítulo a sus ministros y a las cabezas dirigentes de los partidos políticos para examinarla y ponerle remedio. El problema que dejamos planteado es más grave y más urgente que el de la futura presidencia". ♦

¿ES CONVENIENTE LA SUSTITUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL?

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

I. Planteo del tema

1. El anuncio y difusión notable de una reforma unificando la legislación civil y comercial es un acontecimiento trascendente y destacado, hecho que en modo alguno, pasa desapercibido, en particular para los relacionados con el mundo jurídico.

Es que, en suma, se trata de la etapa de una futura y sustancial enmienda legal, acontecimiento de significativa trascendencia, pues se trata de la máxima expresión del Derecho, toda vez que, el orden jurídico, resulta una de las manifestaciones escritas de la cultura.

Todos los allegados al orden jurídico —con más o menos interés— ciertamente, se conmueven y el tema encolumna adeptos y críticos.

De allí que la cuestión se incorpore a reuniones científicas de nivel jurídico, motive también la atención de algunas academias y, los medios especializados y otros tantos, publicitan estudios, análisis, reflexiones y pareceres de juristas.

Igualmente, suele suceder que algunas entidades empresariales, preocupados sus dirigentes por las repercusiones que las referidas reformas legales causaren en sus finalidades asociativas así como sus propios adherentes, realicen, simposios, foros o encuentros profesionales de divulgación de la referida iniciativa, según el péndulo que en mayor o menor medida, se avizore del futuro reformista.

(*) Estas reflexiones fueron leídas el día 24 de octubre de 2014 a pocos días de promulgada la ley 26.994, continente del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, por lo cual ciertos conceptos deben interpretarse en su lectura por la época de preparación del presente, que es del mes de agosto de 2014.

Ante la novedad, paulatinamente, se suelen crear distintas corrientes de opinión que tienen alguna incidencia, recepción u oído en el pensamiento de las varias corrientes de reforma legal.

Así las cosas, de manera lenta el espacio jurídico que se va creando a raíz de una enmienda legal, ensancha sus márgenes y una de las tantas reacciones de los allegados al sector jurídico, en forma natural y atendible, van creando una corriente de resistencia a los cambios o innovaciones legislativas.

Tal el estado de la materia y nuestro análisis versará, entre distintos matices, sobre la sustitución del Código Civil y la proclamada unificación del Derecho Privado.

II. Ubicuidad del Derecho

2. El Derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no existe ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente. A diferencia del Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba, el Derecho no convierte sin más en jurídico todo aquello por lo que se interesa. Lo jurídico es sólo un aspecto de lo social —según los casos, tiene una mayor o menor relevancia— más de aquél no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea.

Es que la realidad es el marco del Derecho y la aspiración a la justicia; es lo que da sentido al Derecho (1), el que está conformado por varias disciplinas que requieren la recreación continua —cada una a su manera— de las conductas plasmadas en el respectivo precepto jurídico, máxime en función de los cambios que acontecen con el transcurrir del tiempo y las particularidades que presentan los casos individuales y concretos del diario acontecer.

Porque el Derecho es un fenómeno cultural; pertenece a la realidad humana (2), constituida por la conducta compartida de los hombres que conviven en sociedad. Y la cultura, es fundamentalmente valor.

Por tanto, el Derecho se manifiesta como una síntesis unitaria de los elementos inherentes a los objetos culturales, a la realidad cultural: la

(1) ATIENZA, Manuel, "El sentido del Derecho", Ariel, Barcelona, 2012, p. 23 y ss.

(2) Derecho y Realidad, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, autores varios, Buenos Aires, 1990, Serie II Obras-Número 22.

conducta compartida como sustrato real, la dimensión axiológica de esa conducta —en la cabal concepción de Werner Golschmidt y Bidart Campos, entre otros— y la representación conceptual de esos elementos por la norma jurídica.

Téngase en cuenta que el Derecho no está constituido por verdades de razón, ni tampoco reside en el mundo físico de la naturaleza. Al resultar un fenómeno cultural, cabe recordar que a la cultura no se la explica causalmente, ni se la deduce del pensamiento puro ni de las solas funciones lógico-rationales de la mente humana.

No es el Derecho en general, mera parte de la razón humana o creación arbitraria de la mente, o simple precipitación de los principios ideales que el legislador traduce en fórmulas viables de conducta social; no es tampoco fruto exclusivo del medio social, que evoluciona según leyes propias.

Y en el panorama de la realidad, campo fecundo del Derecho, los dispositivos legales, no se presentan ni se aplican de manera mecánica o automática: requieren de la interpretación que realice el jurisconsulto, doctinario, juez, legislador y hasta el profano.

Surge entonces otro interrogante: ¿qué quiso decir la ley, o el porqué de la ley? O bien, clarificados estos aspectos (3), surgirá la variante del sentido con que debe investigarse la ley (4).

Savatier en “Las metamorfosis económicas y sociales del Derecho civil hoy” (5) analiza el tema del Derecho y la aceleración de la historia y la gravitación de los elementos que suministra la realidad.

Ante ello, es compartible la opinión del académico García Belsunce a que en todos los casos al indagar el intérprete el fin de la ley, debe hacerlo atendiendo a las particularidades que determinan cierta naturaleza especial de las relaciones reguladas.

Así, en la esfera del Derecho comercial, debe retenerse —para un análisis cabal— que dicha disciplina ha sido un derecho consuetudinario, lo que le da una gran flexibilidad. Es un Derecho que tiene gran fuerza de expansión, tendiendo en algunos aspectos a la universalidad, pues no sabe

(3) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “El Derecho Tributario y la realidad”, en Derecho y Realidad, cit. p. 275.

(4) ATIENZA, ob. cit., p. 157, cap. 6. “El análisis funcional del Derecho”.

(5) DALLOZ, 1952, n° 65, p. 57.

de fronteras: en la especie el legislador recepta las soluciones que se van creando en la vida de los negocios (6).

Con relación al Derecho Civil, dentro de la Enciclopedia general jurídica, está destinado a ordenar las relaciones en que los hombres como tales (7) persiguen y cumplen sus fines individuales más generales y permanentes, ya de producción, reproducción y perfeccionamiento dentro del concierto civil.

Si, por caso, en especial, se trata del Derecho de Familia, se tendrá en consideración el aspecto ético y natural de sus instituciones.

Y, si fuere el Derecho Tributario, se ponderará la aplicación o calificación de los hechos imposables que, previstos en la ley, hacen nacer la obligación de pagar el tributo (8).

En suma: el Derecho o no es nada sustantivo, o es la regla de nuestros actos y conductas sociales, ordenación de la libre voluntad para el cumplimiento del bien imperiosamente exigido por las relaciones esenciales a la sociedad humana, esa ordenación en el contexto de los vínculos de coordinación y subordinación que, respectivamente, mantiene el hombre con sus semejantes y con el todo social del que forma parte, se desdobra en deberes que se nos imponen y facultades que se nos otorgan.

Y lo dicho significa que el Derecho no puede pensarse sin su realización; y si no es la vida se ha hecho para ella, y para su actuación constante en uno y otro momento en todos los que forman el curso de nuestra existencia en la tierra.

III. Reforma o sustitución del Código Civil. Un esquema posible

3. El intento de reforma o sanción de un Código, revive polémicas que apasionaron, conmueven generando insospechadas argumentaciones y distintos pareceres de juristas a mero introito del presente, para destacar que la cuestión en cualquiera de sus ópticas no es sencilla. Se recuerda brevemente, en el particular, un episodio causado por Thibaut, importante personalidad de Heidelberg, y Savigny, este uno de los más versados juristas de todos los tiempos. Para captar el panorama, cabe comprender el

(6) CÁMARA, Héctor, "Derecho Comercial y Realidad", Derecho y Realidad, cit. p. 73 y ss.

(7) *Uti singuli*.

(8) GARCÍA BELSUNCE, ob. cit., p. 275.

momento que atravesaba Alemania. Según Ihering, liberado el país de la dominación francesa, también se bregaba para lograr el desprendimiento de la esfera jurídica romana.

Thibaut aspiraba a esta idea y su *prius* era que el Congreso de Viena lograra arribar a la codificación.

Savigny, por su parte, no desconocía la importancia de la codificación pero estimaba que no existía la suficiente madurez para un hecho de tanta significación, toda vez que, a juicio de dicho autor, la ley debe ser la expresión más elevada de la inteligencia. El jurista logra, por fin, su propósito y la codificación recién se impone tiempo después.

4. Vale retener que en estas situaciones, como en tantas otras de la vida, se impone separar las cosas del ruido que ellas producen, más aun cuando se trata de una antigua controversia —como la que se considera— que merece variedad de enfoques.

Mucho se ha escrito y controvertido sobre la unidad del Derecho Privado.

Los debates, planteos u observaciones (9) se inician en el siglo XIX.

Y el tema que es recurrente, tal como la leyenda de Jano, con argumentos en ambos sentidos —como las dos caras que miraban en direcciones opuestas—, las contribuyen a clarificar en la solución que se postule o, en su caso resulte dubitativa.

Pero rememorar a Jano no significa desconocer que las posiciones doctrinarias que sostienen, a la sustitución del Código Civil o la reniegan, carezcan ambas de certeza razonada. Todo lo contrario.

5. El presente apartado es uno de los grandes interrogantes que se suscitan a la hora de decidir el “qué hacer” en un proyecto de reformas que afecta a todo el Derecho Privado.

Como punto de inicio y en el umbral de la cuestión, parafraseemos a Alfredo Colmo (10) en reflexiones que no habíamos visto referidas o citadas, las que tienen autoridad y significación: alude, dicho autor, al Cód-

(9) Un análisis detallado del tema con variedad de perspectivas, puede verse en STRATTA, Alicia Josefina, “Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Comisión Decreto 685/95”, Instituto de Derecho Empresarial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2001.

(10) Técnica legislativa, Buenos Aires, 1961, 2º ed. p. 352.

go Civil y dice *“Hay tantas cosas buenas en él, que sus defectos no dan pie para una reforma integral del mismo”* (11) (destacado nuestro).

Respecto de las ideas reformistas (del Código), muy propias de su tiempo, dice: 1º) que no hay motivo alguno en países que reclamen la revisión integral de los códigos de derecho privado; 2º) que los defectos de omisión o de criterio que éstos encierran, pueden ser salvados, ya por una jurisprudencia que sepa interpretar con espíritu actual los principios generales del mismo. Y, cuando esos principios básicos falten —dice—, se puede recurrir a leyes especiales (12).

Acerca de las eventuales cualidades de un reformador, dice: “..es prácticamente imposible que un solo hombre pueda abarcar tan vastos horizontes...” (13); “Por consiguiente, ésa elaboración del correspondiente proyecto tendría que ser encomendada a una comisión cabalmente representativa de los principales intereses en juego en el Código y fijar: plan fundamental de la tarea, ulterior división del trabajo, informes diversos (científicos, jurisprudenciales, económicos, políticos, etc.) (14), abundante publicidad, y, finalmente deliberaciones plenarias...” (15).

Por entonces, no está de más recordar que Siburu (16) no sólo no compartía la unificación material de la legislación, sino que también desechara la propuesta de la unidad de las obligaciones civiles y comerciales, toda vez que en este aspecto, debía atenderse a las necesidades de la vida social, en tanto requieran normas especiales para la materia mercantil.

6. La propuesta que guía nuestras reflexiones tiene como título un interrogante —el central— y varias preguntas con respuestas inmediatas y otras mediatas.

De más está decir que las réplicas a las incógnitas a plantear se efectuaran en la medida de lo factible en el curso de nuestra exposición. Los interrogantes son lo que seguidamente se exponen.

(11) Ob. cit., p. 352.

(12) Ob. cit., p. 353.

(13) Ob. cit. p. 356.

(14) Cfr. RIVERA Julio C., “Reforma del Derecho Privado, (¿parcial o integral)”, El Derecho 188-111, dice que cualquier Proyecto de reforma al Código Civil, debe ser examinado cuidadosamente y hay que escuchar todas las opiniones personales e institucionales y tomarse el tiempo necesario.

(15) Ob. cit., p. 356.

(16) Comentario al Código de Comercio, Buenos Aires, 1905, t. I, nro. 102 y ss.

1* ¿Es conveniente —o no— reformar o sustituir el Código Civil y el Código de Comercio?

2* ¿Si se decidiera reformar o sustituir los Códigos referidos, se haría sobre el Código Civil, el Código de Comercio, o en fin, mediante el dictado de un nuevo ordenamiento?

3* ¿La sociedad civil y política de nuestros días, reclama una reforma legislativa que lleve a la unidad del Derecho Privado?

4* ¿Está en su caso, preparada nuestra sociedad civil para las definiciones que pudieran surgir del precedente postulado? ¿Cuál es el clima cultural que impera en nuestra sociedad para una reforma jurídica integral como la que se predica?

5* ¿Es de temer la advertencia de Chabot, en el sentido que el tránsito de una legislación a otra estará erizado de graves dificultades?

6* ¿Prevalece alguna ideología u otros enigmas que sobre la marcha de la cuestión central puedan surgir? (17)

7* En el supuesto de que las respuestas a los planteos que anteceden resultaren afirmativas respecto de un cambio legislativo, corresponden, asimismo, otras formulaciones.

8* A pesar de todas las circunstancias que resultaren favorables para una reforma legal: ¿es prudente y aconsejable la misma?

A propósito de lo dicho, ¿se impone precisar la metodología a adoptar y su variedad de capítulos?; ¿quiénes y cuantos trabajaran?; ¿quiénes serán los electores de los proyectistas?; ¿qué etapas sobrevendrán al anteproyecto, si fuere elaborado?

Como la experiencia reformista hacia el Derecho Privado es amplia y con variantes, nada mejor que recurrir a los antecedentes legales o doctrinarios que existen en nuestro medio y en el extranjero para contribuir de algún modo en los interrogantes que planteara Jano.

7. Es sabido que las leyes, por sabias y perfectas que fueren, reciben el impacto de la pujante realidad y no parece adecuado que la legislación marche tras los hechos y acontecimientos.

(17) Respecto del último adjetivo, es una referencia al “conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona, colectividad o época”, Diccionario Real Academia, 21° ed. t. II, p. 1138.

A modo de breve exordio y ubicarnos en el contexto de estas líneas, debemos tener en cuenta que estamos en el siglo XXI, avanzando y próximos a las dos décadas del mismo. Cabe una toma de conciencia de los tiempos presurosos de los que somos partícipes y cuando no, autores de hechos que necesariamente deben sobresalir. Esa es nuestra responsabilidad, concluida que fuera la llamada guerra fría, asistimos —perplejos y, cuando no, preocupados— al denominado proceso de globalización (18). Impe-raba cierta confusión. Todos éramos observadores de un proceso plagado de incógnitas. Mientras que en una visión rápida de nuestra historia, sumidos en el precedente panorama, se argumentaba —entre tantos asuntos—, que nuestro Código Civil era para la época de la Revolución Industrial, mientras el suceso de la globalización se asemejaba —o tenía ciertos ribetes— de aquél hecho y, agregamos, aún se persiste en un Código, entonces sabio, más hoy, en muchas disposiciones por razones innegables, ha quedado superado.

En virtud de su amplitud y velocidad, la globalización afecta a individuos, empresas y naciones, pues incide en los fundamentos básicos sobre los que se organiza la economía y legislación mundial.

Corresponde señalar que la globalización requiere de adecuadas normas jurídicas en aras de un atendible y razonable orden de convivencia en un lógico marco ético donde la moral y buenas costumbres, frases de tinte legal, no resulten meros enunciados.

Ante estas circunstancias, cabe una actualización de nuestra legislación, señalando que el Código de Vélez —y sus enmiendas—, cumplió satisfactoriamente sus finalidades, según las premisas y las motivaciones de su tiempo; en segundo lugar, aun quienes se aferren a la vigencia de lo antiguo, sabrán implementar soluciones que subsistan en el cauce de las tradiciones y al compás de la modernidad.

Es que a las consideraciones que anteceden, la sensatez del agudo observador sabrá lograr las pautas para que la adecuación de nuestra legislación resulte lo racional y mesurada que aconsejan las circunstancias que de futuro se vislumbran, obrando con talento e imaginación.

Tiene cabida y elocuencia la advertencia de Garrigues (19), al decir “olvidamos muchas veces que el Derecho es para la vida, para esta vida, la de ahora, no para la vida de hace mil años” (textual).

(18) TOURAINE, Alain, “¿Podremos vivir juntos? Destino del hombre en la aldea global”, F.C.E., 1997.

(19) Contratos bancarios, Madrid, 1975, p. X.

8. Un destacado jurista y reconocido magistrado judicial y académico de Derecho correspondiente: Fernando López de Zavalía, entonces miembro de la Comisión Técnica del Senado de la Nación, a fin de asesorar con motivo del Proyecto de Unificación del año 1987, decía (20):

“...Se postula la conveniencia de un Código único de Derecho Privado, que formaría como la introducción al Código Civil y al Código Comercial... Si con esto se salvara una cuestión de protocolo entre los Derechos de igual jerarquía, lo aplaudiríamos calurosamente. El problema está ahora en saber, qué abarcará ese Derecho Privado. Por de pronto toda la teoría de las Obligaciones y Contratos... Pero, para proceder razonadamente como los contratos sólo son una especie de los actos jurídicos, habrá que incluir la teoría de ellos, dentro del Código único. No es difícil imaginar que prácticamente todo él, con la sola exclusión del Derecho abarcaría el Derecho de Familia, quedará incluido en el Código único. Tendríamos así un Código Civil que sólo abarcaría el Derecho de Familia, un Código de Derecho Privado que traería a toda la Teoría General del Derecho, y toda la regulación de los Derechos Patrimoniales, y un Código de Comercio con el estatuto de los comerciantes. Pero si se reflexiona que el Derecho de Familia constituye una rama que desde hace tiempo trata de emanciparse del Derecho Civil, tendríamos como curiosa paradoja de que quedaría precisamente él como el único componente del Derecho civil. A nosotros, nos parece que en esta resolución “protocolar” sólo hay un cambio de nombres y que en adelante se llamará “Código de Derecho Privado”, a lo que antes era la sustancia residual del Derecho Civil. Y decimos sustancia residual porque Derecho Civil no es, como pareciera insinuarse el Derecho de los no comerciantes. Ello implica que en este derecho residual, haya quedado todo lo que no ha sido sacado, y entre ello la teoría general de todos los derechos. Con esto se advierte el peligro que existe en quitar al Derecho Civil esa teoría general para volcarla en un Código de Derecho Privado. La vida de relación no se reduce al derecho privado y hay reglas comunes a todas las ramas. No se nos escapa que los especialistas del Derecho Público levantarán sus voces de protesta contra la afirmación de que en el Código Civil hay normas que regulan también las relaciones que ellos estudian. Resolvamos entonces todas las cuestiones “protocolares” creando un Código único de Teoría General pero salvemos el principio de unidad del Derecho que reconoce ramificaciones particulares, pero en el carácter de ramas, no de troncos. Esa me parece, la lección todavía no suficientemente reconocida que dan los civilistas que por encima de los nombres, se precian de cultivar toda la materia residual del viejo Derecho de la Ciudad, por antonomasia: la ciudad de Roma, en la que ha quedado el tronco común de todo el derecho y una rama particular de él”.

(20) Teoría de los Contratos, Zavalía, Parte General, Buenos Aires, 1971, p. 73 y ss.

Como se recordará, esta Comisión —generada en el Senado— debía analizar y reelaborar, sin premura los textos examinados y tiempo después, aprobado el texto por aquél cuerpo, convertido en ley, resultó vetado por el Poder Ejecutivo.

Otro de los interrogantes, redactados al inicio del presente trabajo, tienen algunas consideraciones que surgen del propio desarrollo del tema en cuestión y, otras respuestas que resultan de autoridad autoral o bien del llamado “Derecho científico”.

Existe un amplio consenso de unificar la materia civil y comercial (21), lo que redundará en una cuestión de apropiada —reitero, adecuada— técnica legislativa, si bien ciertos temas —vía anexo o legislación separada o como fuere— no pueden ser objeto de unificación legal: por caso, régimen de familia, derecho cambiario, legislación concursal, etc. etc.

Gastaldi (22) participa de la idea que si es necesario o conveniente caminar hacia la unidad del Derecho Privado, tal tarea debe partir —y concretarse— en función del Código Civil, toda vez que son exiguos los preceptos que subsisten del Código de Comercio y, en todo caso, configuran “figuras duplicadas”, *mas en todo cambio debe subsistir lo que está bien (legislado), pues en cualquier reforma debe analizarse no sólo aquello que se legisla, sino lo que se abroga o deroga* (destacado nuestro).

IV. ¿Incide en la constitucionalidad del orden jurídico la reforma o sustitución del Código Civil?

9. En su momento, se escuchó alguna voz que controvertía la constitucionalidad de la tendencia unificadora del Derecho Privado, pues la Constitución Nacional, en el art. 67 inc. 11, imponía de manera separada —entre otros— la existencia de un Código Civil y Comercial (23).

(21) En este sentido, cito por todos la autorizada y calificada opinión del catedrático José María Gastaldi, que es uno de los autores que consideramos que agotó lo relativo a la unidad del Derecho Privado; véase, in extenso, la bibliografía que obra en “El Proyecto de Código Civil de 1998 y el régimen de los contratos en general (algunos aspectos)”, Instituto de Derecho Empresarial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nro. 7, 2001, p. 57 y ss. y bibliografía citada en nota 1.

(22) Ob. cit. p. 68.

(23) Cfr. GASTALDI José María, “Conveniencia de la Unificación de las Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales”, Congreso Argentino de Derecho Comercial, Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, 1990, Vol. I, p. 82, p. 4.

En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (24), fue asumida la cuestión constitucional y el doctor Héctor Masnatta, en la oportunidad, consideró que *“El artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional no impone dogmáticamente la legislación en códigos independientes de las relaciones de derecho privado; sólo distribuye la competencia para hacerlo”*.

A pesar de las referidas conclusiones, la reforma constitucional de 1994, al modificar el art. 75 inc. 12 asigna claramente atribuciones para *“Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados”* (destacado nuestro).

En el Derecho comparado, surgieron algunos inconvenientes que resultan útiles recordar: por caso, en Suiza fue necesario la reforma constitucional para el dictado del Código Único de las Obligaciones, toda vez que la legislación de fondo correspondía a cada cantón. Por su parte, en México, la unidad de las obligaciones civiles y comerciales, se vio limitada en su progreso, pues aun cuando el Código de Comercio es nacional, la materia civil compete a cada estado.

No obstante, el planteo en nuestro medio requería precisar si la transferencia de la disciplina mercantil al Código Civil, mediante la incorporación de dos Anexos I y II, que entonces, integraban Proyectos —1987 y 1995—, significan soslayar el Derecho Comercial, cuya normativa quedaba derogada de manera expresa.

Bidart Campos respondía de manera clara y contundente a este aspecto, quedando la cuestión constitucional superada, pues en la medida que existiera una normativa específica y propia mercantil, la manda constitucional se cumplimenta, aun cuando fuere absorbida por una regulación compartida por el Derecho Civil (25).

Sobre el particular, enseñaba que el derecho comercial no quedará sin regulación legal ni dejará de existir, por el hecho de quedar legislativamente abarcado en una normativa común con el derecho civil en aquellas partes que admitan uniformidad de regulación. Dice que sólo al Congreso le corresponde y compete decidir de qué forma ha de cumplir la atribución de dictar los Códigos (Civil y Comercial) y como la Constitución no lo condiciona a cumplirla de una manera técnica determinada y no hay materia constitucional susceptible de colocarse bajo control de constitucionalidad. Concluye en que en tanto *“haya una normativa propia del de-*

(24) Córdoba, 1961.

(25) BIDART CAMPOS G. J., *“La Legislación Civil y Comercial”*, La Nación, junio 24-1987, p. 9.

recho comercial, el precepto constitucional queda satisfecho, aunque tal legislación no revista formalidad de Código, y aunque se subsuma en una regulación compartida por el derecho civil”.

La autorizada opinión del jurista, se complementó con la reforma constitucional del año 1994.

V. Derecho Civil y Derecho Comercial: incidencias

10. Las relaciones jurídicas civiles y las relaciones jurídicas comerciales recién adoptan cauces diferenciados, a partir de los finales del siglo XVII.

En épocas de Luis XIV, bajo la dirección del rígido Colbert, se dictan las Ordenanzas que llevan su nombre, en razón de lo cual se concreta en Francia, un Derecho Comercial, diferenciado del régimen civil, lo que resultó plasmado en el famoso Código de Comercio francés del año 1807.

En su destacado Código de Comercio, Lisandro Segovia (26) señala que su “aparición forma época en los anales del derecho mercantil...”, comentando que “la era de la codificación tan felizmente inaugurada por la Francia...”, tuvo “el singular honor de ser estudiado en todas partes, adoptado por muchas naciones o servicios cuando menos de base y punto de partida a los Códigos...”.

No se controvierten los orígenes de ambas disciplinas y sus respectivas codificaciones en Francia y, luego, nuestro país, más los cruces científicos, han motivado corrientes de opinión, no siempre unívocas, aun cuando ciertas soluciones —en rigor como todas— han merecido consideraciones específicas, no siendo ajenos al caso, los reenvíos legislativos.

En algún momento, surgieron pareceres respecto de la autonomía o bien sustantividad del Derecho Comercial en relación con el Derecho Civil, aspecto hoy ya superado.

Es que la recíproca autonomía que guardan entre sí los Derechos Civil y Comercial, es un hecho científico tan acentuado que se manifiesta, no sólo en la separación real de los dos Códigos, espontáneamente operada en la legislación, sino también en cualquier orden de ideas en que se les considere (27).

(26) Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina, Lajouane, Buenos Aires, 1892, t. I, p. XIII.

(27) SIBURU, Juan B., “Comentario del Código de Comercio Argentino”, Valerio Abledo, Buenos Aires, 1923, 2ª ed. t. I, p. 118, nro. 99.

Malagarriga (28), al tratar las leyes civiles y comerciales, recordando las opiniones de Segovia (29) y Siburu (30), recuerda que el primer autor entendía que “las leyes civiles y comerciales son hermanas, aunque la civil sea la mayor e hijas ambas de un derecho común y general, y considera conveniente la fusión de ambas legislaciones en materia de obligaciones y contratos y de quiebra e insolvencia”; mientras que Siburu, considerando que existe una diferencia substancial entre la relación jurídico-civil y la relación jurídico-comercial y que en consecuencia hay en el derecho civil y en el comercial una recíproca influencia.

Obarrio (31) era partidario de la doctrina que entiende que la legislación comercial es una rama excepcional del Derecho y que la legislación civil es la regla común.

No debe desatenderse que Siburu como notable mercantilista, catedrático y magistrado judicial, enseñaba que así como el Derecho Comercial toma muchos preceptos del Derecho Civil, éste a su vez, ha ido incorporándose y de manera frecuente incorpora innumerables disposiciones del Derecho Comercial, que nacidas en los usos y costumbres de la vida del comercio, se han impuesto por ley civil (32).

Así, en su opinión, “mercantilizada la vida, también se expande al Derecho”, afirmación que no se duda, proviene del art. 7 del Código de Comercio, en virtud del cual, cuando un sólo acto es comercial para una sola de las partes, todos quedan sujetos a la ley mercantil; ello, es aplicable a todas las persona sy no solo a los comerciantes.

Sin embargo, tan autorizada opinión no es absoluta pues así como la ley comercial está destinada a la consideración de todos los supuestos a los que la propia ley considera como mercantiles, en algunas hipótesis, el régimen civil es aplicable acorde a su esencia y como integrador de la unidad del Derecho Privado. De suscitarse esta última suposición, la ley civil rige no como ley comercial sino como Derecho Civil verdadero y propio (33).

(28) “Código de Comercio Comentado”, Lajouane, Buenos Aires, 1927, 2º ed. t. I, p. 3.

(29) “Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina”, Buenos Aires, 1892, nro. 3.

(30) “Comentario del Código de Comercio argentino”, Buenos Aires, 1905, t. I, p. 105 y ss.

(31) “El Código de Comercio argentino Concordado y Comentado”, Buenos Aires, 1877, t. I, p. XXI.

(32) SIBURU, ob. cit., p. 117.)

(33) FONTANARROSA, R. O., “Derecho Comercial argentino”, Zavalía, Buenos Aires, 1967, 3º ed. p. 49 nro. 22.

De manera que el Derecho Civil es el derecho privado común o general, que tiende a contemplar las relaciones y conflictos de intereses de los particulares en cuanto tales, sin distinción de profesiones o calidades.

El Derecho Civil —como se ha dicho (34)— ha ido puliendo sus distintos caracteres a través de una larga evolución histórica, por lo que ningún estudio de su concepto podrá realizarse sin examinar previamente su trayectoria histórica. El concepto de Derecho Civil, encierra un contenido histórico diverso, por lo que no puede abarcarse en una fórmula global, universalmente válida, la definición precisa del Derecho Civil. Sólo a través de la línea histórica de tal disciplina, cabe la posibilidad de captar todo su sentido.

En un esfuerzo de síntesis, cabría decir que el Derecho Civil es el Derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponden como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad (35).

Un segundo aspecto a contemplar es que el Derecho Civil tiene un sistema interno, lo que se compadece con todas las instituciones jurídicas que están coordinadas en un sistema jurídico, útil para explicitar de manera completa su alcance y naturaleza. Es que la ciencia exige una rigurosa vinculación lógica elevándose de las relaciones jurídicas a las instituciones jurídicas, y de éstas a todo el sistema, abarcando completamente el campo del Derecho Civil.

De manera que del precepto jurídico particular, se pasa al sistema del Derecho a través de varios grados, que deben ser armonizados por el intérprete, porque sólo de su completa coordinación puede extraerse la adecuada interpretación de la ley. Y, así, se formulan los principios generales del Derecho.

La construcción de un sistema es algo más que clasificar y agrupar. Es el ordenamiento científico de la materia jurídica, al asignar límites a los distintos conceptos, fijar los alcances de cada precepto, llegando así, a la inducción del Derecho y conformación de su ciencia.

(34) CASTRO PRIETO, "El Derecho en peligro", Anuario de Derecho Civil, Madrid, España, IV, 3, 195, p. 875 y ss.

(35) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "El concepto del Derecho Civil", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, t. XXVII, p. 409.

En cuanto a los principios que informan el sistema del Derecho Civil, el primero de ellos es la autonomía de la voluntad, que deja a los particulares, la iniciativa para ordenar y regular las relaciones jurídicas en que interceden, ordenando su vida como les parezca adecuado, acorde las pautas legales.

Además, dentro del Derecho privado, existen normas que se imponen de manera incondicional a la voluntad de los particulares: son los preceptos de orden público, en conexión inmediata con las bases fundamentales que constituyen el orden social.

Por último, el Derecho Civil busca el justo medio equitativo, en respuesta al principio del equilibrio de los intereses privados.

Ha dicho Martínez Ruiz (36) “el Derecho Civil tiene un privilegio de sustantividad que hace a su permanencia y lo eleva sobre las proyecciones circunstanciales de las etapas políticas que deben siempre realizarse en función del Derecho. Sustentada la razón de la perduración y permanencia del Derecho Civil puede verificarse que en esencia lo que puede presentarse como nuevo en él son, en principio, sólo técnicas nuevas para perfeccionar lo que ya ínsitamente contenía”.

Debe señalarse que la remisión que el Código de Comercio (art. 1º, Título Preliminar) efectúa al Código Civil o Derecho Civil, no significa asignarle a éste la índole de fuente de la disciplina mercantil sino —como se anticipó—, tiene carácter integrador ante casos de no previsión de la solución por la ley específica.

Segovia es muy crítico con el art. 207: “*El derecho civil en cuanto no esté modificado por este Código es aplicable a las materias y negocios comerciales*” (37) y dice “Este artículo es superfluo y pésimamente redactado: superfluo, porque existe el I del Título preliminar; y muy mal redactado, porque se hace la deplorable confusión entre el Código Civil y el Derecho Civil, y porque no es cierto que el Código Civil, en lo que no esté modificado por el comercio, sino que los negocios de comercio se rigen supletoriamente por las disposiciones del Código Civil. Además, las expresiones poco precisas de materias y negocios de comercio son demasiado generales, tratándose de obligaciones y contratos comerciales”.

(36) “Lo permanente y lo nuevo en el Derecho Civil”, Separata de Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Años XXII y XXIII, N° 16.

(37) Ob. cit., p. 240, nota 748.

De manera que la ley (mercantil), manifestada como una disposición jurídica obligatoria impuesta por los órganos competentes de la autoridad del Estado, abarca a aquellas, normas que regulan de manera exclusiva la materia mercantil, sólo aplicables a negocios comerciales y no susceptibles de abarcar a relaciones civiles, aun cuando se aplicaren normas civiles: por caso, letra de cambio; cuestiones marítimas; concursos y quiebras; venta de la cosa ajena, art. 1329 Cód. Civ.; prenda, arts. 3217, 3224 Cód. Civ. y 581 y 583, Cód. Com., y, las que regulan principal y directa, más no exclusivamente, cuestiones mercantiles, aplicables analógicamente a la materia civil.

En esta última sistematización, la exclusividad de aplicación de estas leyes mercantiles a la materia comercial no resulta de su carácter excepcional con relación al Derecho Civil, sino de la necesidad de regular determinadas relaciones o situaciones especiales que no se presentan, con igualdad de caracteres, en el Derecho Civil, de mismo modo que el Derecho Civil regula situaciones especiales que no se presentan en materia comercial; finalmente, quedan comprendidas en lo comercial, las leyes especiales que regulan lo mercantil.

11. Desde un enfoque legislativo, la primigenia vigencia del Código de Comercio, dictado para la entonces provincia de Buenos Aires, y la ausencia de una codificación civil, evidenció la presencia de normas civiles en la esfera mercantil. Debe destacarse, que aun cuando el país no estaba en condiciones políticas de codificación alguna, no cabe desmerecer la tentativa de Juan Gregorio de Las Heras, mediante decreto del 20 de agosto de 1824, para el dictado de un Código de Comercio.

Por lo demás, en la presentación del proyecto ante el Poder Ejecutivo del Estado de Bs. As, en fecha 18 de abril de 1857, los co-redactores de aquél texto, decían que “era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas, y parten de antecedentes ya prescriptos en el Derecho Común” y por ello se adoptó el conocido cauce de “suplir todos los títulos del Derecho Civil” que faltaban para poder componer el proyecto, “los cuales van intercalados en el Código en los lugares en que lo exigía la naturaleza de la materia” (38).

Consta de 1755 artículos, y dice Segovia (39) que dicho Código fue el mejor de su tiempo, y en nada afecta el merecimiento no pequeño del codificador Vélez Sarsfield, que con Freitas y Andrés Bello constituyen, en su opinión, los tres únicos codificadores de la América latina.

(38) Código de Comercio de la República Argentina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, 20 ed., p. 7 y ss.

(39) Ob. cit. p. XX.

Este último acontecimiento legislativo, tuvo dos significativas proyecciones: una al poco tiempo de sanción del Código de Comercio y otra ulteriormente.

Con respecto al primer suceso, señalase que el Código citado unificaba el tratamiento de las obligaciones y contratos; ello, en virtud de que la codificación mercantil para la pcia. de Buenos Aires del año 1859 y que en 1862 rigió para la Nación, así lo preveía manteniéndose hasta la entrada en vigor de la obra de Vélez en 1871.

Con relación a la segunda nota antes aludida, es de importancia comentar que en nuestro país y en Uruguay, la común autoría de Vélez y Acevedo en orden a la redacción del Código de Comercio, es un notable precedente, en el siglo pasado de una legislación uniforme.

A raíz de esta obra, dice Segovia (40) que el Código fue sancionado el 26 de marzo de 1865 y consta de 1722 artículos. "Es casi textualmente el Código argentino, salvo algunas reformas equivocadas..."

Esta magnífica obra que significara un avance innegable en el progreso de la Nación argentina, recibió comentarios negativos acerca de su autoría, los que fueran bien clarificados por Héctor Cámara en una cabal semblanza de Vélez (41), donde se lee que "gracias a su colaboración (Vélez) fueron incorporados los principios más adelantados de la ciencia jurídica y las prácticas mercantiles, debiéndose su gran vitalidad a que allí están condensados el genio y talento jurídico de quien consagró con vida entera al estudio del derecho..."

Cabe, en este limitado panorama, traer una breve referencia de Siburu (42), en oportunidad de aludir a las tendencias que influyen o prevalecen en la esfera civil y comercial y a la recíproca.

Explica el autor citado, la incidencia del Derecho Comercial en el Derecho Civil, o bien la tendencia del Derecho Civil a incorporar normas e instituciones del Derecho Comercial, a raíz de ciertas causas.

Señala como la determinante que la convesión escrita del Derecho Civil, incurre en la omisión del elemento económico al apreciar los fenómenos jurídicos. El estudio de la economía política ha posibilitado reco-

(40) Ob. cit. p. XX.

(41) "Dalmacio Vélez Sársfield", Separata, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1966, n° 4, años 1961-2, p. 11.

(42) Ob. cit., p. 128.

nocer la verdadera esencia de muchas instituciones del Derecho Civil y se ha determinado sobre él esa influencia del Derecho Comercial. Más de esto —según el autor— no debe deducirse que todo el Derecho Civil de las Obligaciones, deba incluirse en las normas del Derecho Comercial, sino sólo una parte abstraída indebidamente de tales normas comunes a ambos derechos.

12. En esta evolución histórica donde el Código de Comercio rigió antes que la normativa civil y, sancionando el Código Civil, surgió que ambos ordenamientos legislaban sobre idénticas materias —obligaciones en general— hecho contraproducente para la seguridad jurídica y claridad negocial, por lo cual un análisis de la cuestión señalaba que el buen orden requería una reforma.

Ello, sin perjuicio de algunas deficiencias que en la *praxis* se evidenciaban.

En fecha 30 de septiembre de 1870 —antes de la vigencia del Código Civil— el Congreso dictó una ley por la que se disponía que el Poder Ejecutivo designara una comisión de dos juristas para que se expidieran sobre las reformas aconsejables al Código de Comercio.

El 14 de octubre de 1870, se nombran a los doctores Sixto Villegas y Vicente G. Quesada, los que se expiden en abril de 1873, aconsejando un plan de reformas a adoptar.

A partir de aquí el trámite de la tan mentada reforma recibió sucesivos avatares.

El 9 de diciembre de 1886, el doctor Lisandro Segovia fue encomendado por el Poder Ejecutivo para presentar un proyecto de enmiendas al Código mentado. Su cometido, lo presentó en marzo de 1887 y fue remitido en julio de tal año al Congreso.

En el año 1888, se encontraban a estudio del Congreso, los dos proyectos citados, y, el 15 de diciembre de tal año, se envió por la Cámara de Diputados, los respectivos trabajos a la Comisión de Códigos, formada por los diputados Wenceslao Escalante, Estanislao S. Zeballos, Benjamín Basualdo y Ernesto Colombes.

Esta Comisión, elaboró un proyecto sobre la base de los trabajos que le fueran remitidos y en función de un extenso Informe, fue sancionado como ley el 9 de octubre de 1889 con vigencia a partir del 1º de mayo de 1890, resultando de tal labor un Proyecto de Reformas al Código de Comercio.

He aquí algo curioso. El Proyecto de Código de Comercio, redactado por el doctor Lisandro Segovia, por encargo del Poder Ejecutivo de la Nación en el año 1887, fue publicado en dos volúmenes, donde consta el respectivo decreto del 9 de diciembre de 1886, suscripto por el presidente de la Nación Juárez Celman, donde se lee que el citado jurista “por su dedicación especial a esta clase de estudios, es competente para preparar las reformas de dicho Código reclamadas por los progresos del país y por el desenvolvimiento del comercio”.

En fechas 18 de marzo de 1887 y mayo 5 de igual año, presentó los dos primeros libros y los dos segundos, del Proyecto, respectivamente.

Segovia, luego de explicitar algunas referencias acerca de la materia a proyectar, como buen comercialista, destaca que en su cometido, partió de la independencia y autonomía del Código de Comercio, “que no es ni un derecho de excepción ni una rama y dependencia del Código Civil”. Sin embargo, dice, “mientras en el Código Civil se comprendan las reglas sobre contratos y otros actos jurídicos, seguirá siendo el derecho supletorio de los demás Códigos y especialmente del de Comercio”.

Y en cuanto a la unificación, dice “...como la unidad en la legislación es de la mayor importancia, al redactar mi trabajo he debido tener constantemente a la vista las disposiciones del Código Civil, a fin de evitar repeticiones y procurar que las dos legislaciones se uniformasen y complementasen”.

El día 4 de julio de 1887, el Poder Ejecutivo Nacional en nota suscripta por el presidente Juárez Celman, eleva al Congreso de la Nación el texto elaborado por Segovia y, entre otros conceptos, dice: “...que el trabajo del comisionado ha respondido a los propósitos del gobierno y que el proyecto que ha presentado, si mereciera vuestra sanción, *sería tal vez el Código más complejo de cuantos existen*” (destacado nuestro).

“Sería largo enumerar la multitud de reformas o ampliaciones que contiene el proyecto y que están indicadas en las notas de remisión del codificador y motivadas en las que ilustran esas reformas y ampliaciones”. Concluye el mensaje, “con la necesidad de sancionar la reforma, necesidad reconocida por el Honorable Congreso desde 1870 y que es cada día más sentida, porque el Código vigente es defectuoso y desdice el estado de nuestra legislación y del progreso...”.

La obra de Segovia constaba de 1618 artículos, todos anotados, algunos de manera extensa, resultando un genuino estudio mercantil.

Sin embargo, a pesar de la destacada nota del entonces presidente de la Nación, su Proyecto, más que valioso, elaborado en casi 100 días, no recibió tratamiento parlamentario, quedando como una de las tantas obras históricas que sin consideraciones se pierden en las bibliotecas.

VI. Derecho privado

13. Toda la vida jurídica de un país está regulada por el Derecho, que configura un ordenamiento unitario y pleno. Según la materia acerca de la que verse el tema en cuestión, tal será el nombre del respectivo orden jurídico aplicable.

Rara vez el individuo se refiere al Derecho en general; de manera usual la alusión lo es a una rama especial del Derecho: Derecho Civil, Derecho Comercial, etc.

De cualquier manera, el sentido en el que se utilice la palabra Derecho, alude a un hecho social, que supone la actividad del hombre según las pautas de convivencia entre los individuos y de éstos para con el Estado, determinando, asimismo, los principios que solucionarían las controversias entre aquéllos.

La existencia del Derecho Civil y Comercial, no obstante su variedad de contenidos, son especiales pues contemplan categorías determinadas y distintas relaciones. Es que para una mayor precisión y claridad, ambos órdenes jurídicos son específicos con respecto al Derecho Privado, que configura el régimen común de las relaciones jurídicas privadas y que es, a su vez, especial, en relación al Derecho en general (43).

No obstante lo dicho en su momento, el tronco común “que era el Derecho privado o civil”(textual) (44) “...algunas ramas que escapaban a sus moldes, un poco estrechos. Así fue como se separó el derecho comercial...”

Es que el Derecho Civil constituye un sistema jurídico (destacado nuestro). Este último, ordena las soluciones de los casos de su materia en una entidad orgánica y autosuficiente, con capacidad de expansión para regular jurídicamente cualquier hecho o situación de modo coherente (45).

(43) Cfr. FONTANARROSA, R. O., “Derecho Comercial Argentino”, Zavallía, Buenos Aires, 1967, 3° ed. p. 28.

(44) BORDA, G. A., “Tratado de Derecho Civil-Parte General”, La Ley, 2008, 13° ed., t. I, p. 33, nro. 19.

(45) GUASTAVINO, Elías P., “Sistema y axiología del Derecho Civil”, La Ley 138-1035.

El concepto de Derecho Civil encierra un contenido histórico diverso, por lo que no puede abarcarse en una fórmula global, universalmente válida y la definición precisa del citado panorama. Esto, además, es factible en pocas disciplinas; procede sí, que se trata de un Derecho Positivo, que se enlaza con la organización política del Estado y depende del proceso de formación de la ciencia del Derecho. Más por otra parte, no afecta a la integridad del concepto del Derecho en su consideración filosófica, ni significa tampoco que la totalidad de los principios pertenecientes al Derecho Civil, sean absolutamente mutables. Ello, no obstante, cabe señalar que una adecuada concepción del Derecho Civil, no puede —como se dijo— prescindir de su sentido histórico (46).

VII. Derecho privado (continuación)

14. El derecho objetivo conforma el orden jurídico de un país. Es el Estado de la respectiva Nación el que acuerda fuerza jurídica a aquél.

Tiene dicho Recasens Siches (47) que los muchos caracteres que se enuncian como diferenciales del derecho —objetividad, bilateralidad, coercibilidad, etc.— no son, en suma, cosas dispares aunadas, sino aspectos varios de una misma esencia; expresiones que provienen de igual principio.

La nota característica de la conducta del hombre y la que recaerá en la esfera jurídica, será su comportamiento.

Es, en su suma, el Estado —a quien compete la organización de la colectividad—, es quien dictará la ley, la regla jurídica. Contenido de ésta, resultan conductas a las que debe atenerse su destinatario, que es el ser humano, sea mediante una acción u omisión.

Existe identidad de criterio autoral acerca de una nota distintiva del Derecho: Recasens Siches (48), considera que lo esencialmente característico del derecho, es la posibilidad de imponer forzosamente, de modo inexorable, irresistible, la ejecución de la conducta debida, o de una sucedánea prevista en la misma norma. H. De Page (49), señala que la nota de

(46) Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, "El sentido histórico del Derecho Civil", R.G.L. J., 1959, nro. 5, p. 595 y ss.

(47) "Estudios de Filosofía del Derecho", Barcelona, 1936, p. 93 y ss.

(48) Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho, Méjico, 1945. 2º ed. p. 294, ap. 8.

(49) *Traité élémentaire de Droit civil belge*, Bruselas, 1933, t. I, p. 7 y n. 1.

la regla jurídica es la compulsión exterior, asegurada por la intervención pública.

En un enfoque similar, si bien sin el rasgo de coactividad, lo que no excluye el carácter de la respectiva norma jurídica (50), se dice que el derecho tiene un carácter normativo, que nace para regir la conducta de los hombres en sociedad, encaminándola a un fin que aspira a realizarse.

El carácter general del derecho objetivo, no significa que su coercibilidad resulte propio de su esencia, tal lo que acontece con las obligaciones naturales: no acuerdan el cumplimiento coactivo, sino la ejecución voluntaria Pacchioni (51) sostiene la teoría que considera las obligaciones naturales como obligaciones jurídicas, que importan “simples deberes” jurídicos de contenidos patrimonial, no garantías sobre el patrimonio del deudor, y tienen su raigambre y fundamento en los principios generales del derecho.

La “regla jurídica”, es decir la ley, a través de normas reguladores de la vida social que configuran el orden jurídico, preceptos que signifiquen mandatos o prohibiciones, o bien disposiciones secundarias —subordinadas a otras—; abrogatorias (52) o declarativas, deben calificarse como ley.

A su turno, el Código Civil desempeña una función de trascendencia en cuanto traduce una función normativa —civil— de relevancia en la persona (humana o jurídica).

Un Código como el Civil es una ley especial no sólo por su delicado contenido sino también por su extensión (destacado nuestro).

En un destacado estudio Noemí L. Nicolau (53) dice que un Código es el cuerpo que contiene las “claves de una rama del derecho, dispuestas ordenadamente y de las que pueden ir deduciéndose otras reglas; contiene principios generales que sistemáticamente, en su mismo seno, van obteniendo concreción en normas particulares, con remisiones excepcionales a otros ordenamientos normativos. Dice, que un código, para ser tal, debe sistematizar las instituciones de la disciplina respectiva. Ello, no implica

(50) MARTÍNEZ PAZ, “Filosofía del Derecho”, Buenos Aires, 1940, 3º ed., p. 29, nro. 8.

(51) PACCHIONI GIOVANNI, “Corso de Diritto romano, Delle obligación in generale”, Padua, 1935, parte 2, vol. I p. 153.

(52) GRECCO, Roberto E., “¿Ultra-actividad de normas abrogadas o derecho libre”, ED 83-681.

(53) Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del Derecho privado argentino, ED 128-752.

que deba ser casuístico, ni deba estar destinado a la decisión de controversias jurisprudenciales, ni que sus normas deban ser extremadamente cerradas.

El Código Civil reconoce como ley a la número 340, cuyo art. 1, dispone: “*El Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield se observará como ley en la República Argentina desde el 1º de enero de 1871*”.

El contenido legal del Código Civil admite una variedad de preceptos que pueden, en lo fundamental, y destacadas, sistematizarse como sigue:

A. *Ley prohibitiva*. El comportamiento humano —sujeto destinatario de todo precepto jurídico— se encuentra dentro de ciertos límites que están configurados por las disposiciones forzosas o prohibitivas, que prevalecen sobre la autonomía de la voluntad, por caso: en materia de derechos reales —formas de adquirir la propiedad, derechos de garantía real, etc.—; derecho de familia —matrimonio, cautela, patria potestad, etc.—; materia contractual —no exención de ciertas estipulaciones; del dolo contractual, etc.—.

Una formulación legal de lo expuesto es el art. 18 Código Civil: “*Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*”.

B. *Ley dispositiva*. Sancionadas por el legislador en cuanto prescriben un comportamiento determinado o positivo (por caso: arts. 1636 y 1554).

C. *Ley interpretativa o supletoria*. Son aquellas que las partes pueden cambiar o alterar por el régimen convencional que hubieren acordado.

D. *Ley imperativa*. Es aquella que se impone a cualquier acuerdo de partes.

15. Parece pues, atendible la noción del Derecho Comercial que suministra C. Vivante (54) para quién es aquella parte del Derecho Privado que rige las relaciones jurídicas que nacen de la actividad mercantil y, agregamos, que se relacionan con la empresa.

Por lo demás, “el derecho civil (es) el derecho privado fundamental y común a todos los derechos privados. De ahí que no haya como rebatir propiamente a los que lo equiparan al derecho privado. En su fondo es el derecho privado” (Colmo).

(54) *Instituzioni di diritto commerciale*, Madrid, 1928, p. 3.

Es que el citado Derecho tiene su sustento y razón de ser específica, en las necesidades y exigencias del mundo de los negocios, que, en último análisis, es el de la economía.

La magnitud del Derecho Civil se ve reflejada en la precisión del pensamiento de Novillo Corvalán (55), al decir: “El Derecho Civil tiene un sentido de universalidad que falta al Derecho Público, pues mientras el primero arranca, si no de la naturaleza del hombre, de un fondo de cultura común a toda la humanidad civilizada...”

En cuanto al Derecho Civil es común a todos los seres humanos reglamentar al hombre en su calidad de tal, la familia, obligaciones, contratos, la propiedad, demás derechos reales y derecho de sucesión. Como tal, mantendrá su contenido propio y, en su enfoque formal, continuará tutelando los recaudos de la relación jurídica, núcleo de todos los derechos y deberes que existen.

Es que el Derecho Civil tiene una forzosa sustancia que impone su subsistencia y traduce una altura que lo proyecta sobre las circunstancias de las etapas políticas que deben realizarse siempre en función del Derecho.

Sin embargo, a pesar de la observación de Segovia, no existe en él último sector plena autonomía y carece de integridad, en razón de la existencia del art. 207 del Código de Comercio y art. 1 del Título Preliminar del Código de Comercio, al decir: “...en los casos que no estén expresamente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

Es el que antecede un dispositivo relevante y una de las razones atendibles que movilizan hacia la unidad del Derecho Privado.

Cuando se postula la autonomía del Derecho Comercial existe el reparo de lo difícil que resulta agrupar en un cuerpo legal instituciones que por su esencia son disímiles o heterogéneas: *lo dicho atiende no a la autonomía legislativa sino a la autonomía científica* (56) (destacado nuestro).

De acuerdo con lo que sostiene el tratadista italiano, la unidad del Derecho Privado en lo formal no altera la naturaleza de las cosas. Ello así,

(55) Universidad Nacional de Córdoba. Instituto de Derecho Civil, Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas, Córdoba, 1939, p. 15.

(56) MESSINEO, Francisco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Ejea, Buenos Aires, 1952, 8º ed., t. I, p. 60, ap. 3, N° 7.

pues si se abrogara el Código de Comercio en la faz formal, ello ni altera ni sucumbe a las figuras e institutos mercantiles, de allí que sea viable el argumento de la utilidad científica, docente y pragmática de la unificación total (57).

La opinión de Garrigues, por su lado, es concluyente y vale en cualquier tiempo, pues el Derecho Mercantil al generalizarse no muere, pues si se dice que el derecho civil se comercializa, se quiere dar entender que lo que subsiste, aun cuando no se llame derecho comercial, serán las normas nacidas para los comerciantes, que se han convertido en derecho común. Lo que subsiste, por tanto seguirá siendo un derecho comercial, llámese como se llame (58). Y dice: "...la unificación de la que soy partidario, no puede pasar de sus límites razonables. La unificación puede ser parcial, no total...respetando, en el Código de Comercio y en el Código Civil, aquellas instituciones... "intransferibles"; ese fondo genuino del Código Civil y del Código mercantil que no puede pasar al otro Código..."

Un meduloso estudio de Noemí L. Nicolau (59) con antecedentes en otros destacados aportes, concreta las reflexiones que se transcriben a raíz del Proyecto de unificación, aprobado en Diputados en el año 1987. Dice la autora, que para hacer un verdadero todo del derecho privado deberían reunirse la totalidad de las ramas dispersas: civil, comercial, laboral, agrario. Y, ve como posible, que la unificación comprenda las disciplinas, como civil y comercial. En segundo término y, ello es esencial, plantea una cuestión que no es menor: ¿qué metodología se implementaría?

Y a su interrogante responde que para que el Proyecto de Unificación pueda cumplir un rol trascendente en la historia de nuestro derecho, quizás deba restringirse en el mismo la marcada conversión axiológica dentro de los mismos valores (utilidad y poder), que se observa en las instituciones provenientes del derecho comercial y acrecentarse, en cambio, la trasmutación de los valores orden y poder (propios del Código de Vélez), que se evidencia notoriamente en las reformas proyectadas a las instituciones del derecho civil y que fuera ya comenzada por la notable obra de la reforma de 1968.

(57) Cfr. BROSETA PONT, Manuel, "La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho mercantil", Tecnos, Madrid, 1965, p. 34 y ss.

(58) Temas de Derecho Vivo, Tecnos, Madrid, 1978, p. 131.

(59) Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del Derecho Privado argentino, ED 128-751.

VIII. Hacia la unificación del derecho privado

16. La cuestión que ocupa este apartado ha motivado distintas iniciativas, las que han tenido mayor o menor beneplácito. Los comentarios escritos sobre el particular y a lo largo de épocas diversas, son de real interés.

Freitas, uno de los inspiradores de Vélez, fue encomendado en 1859 para proyectar lo que luego sería el Código Civil de Brasil. Alrededor del año 1867, expresó en carta a su Gobierno que se resistía a la calamitosa duplicación del Código Civil y de Comercio, a pesar de la tarea que le encomendara el Gobierno; entendía que no había razón para tal separación de leyes, expresando muy brevemente sus pareceres atendibles.

Finalmente, la idea de Freitas no prosperó (60).

Siburu (61), adverso a la idea de la unidad del Derecho Privado, ya en el año 1923, dice: "Cuando se examinan los caracteres de los Derechos Civil y Comercial, se encuentran en ellos peculiaridades que evidencian aun más la dificultad de realizar el Código Único sin violentar sus espontáneas manifestaciones... muy difícil es sujetar a una sola disciplina la utilidad general y el interés particular. Cada vez —dice— que en la legislación aparece complicado el interés general de la sociedad o el Estado, el Derecho asume una forma peculiar, que le subtrae el criterio común, forma que es la normal en la ley mercantil y que sólo por excepción aparece en el Derecho Civil: ¡cómo pretender —argumenta— someter a las mismas reglas la vida civil que es de interés privado y la vida comercial que es de interés público!"

La indiscutible autoridad de Raymundo M. Salvat (62), observa el *Esboço* de Freitas, pues a su juicio constituye más bien un anteproyecto que un proyecto de Código Civil. En tal carácter —dice— aparece como una obra esencialmente doctrinal, sus artículos tienen una redacción un poco difusa y muchos de ellos consagran simples principios de derecho que en una ley no deben figurar. Ello así, aun cuando en este trabajo, Freitas modificó y perfeccionó el método expuesto en la *Consolidação* (63).

(60) Cfr. GASTALDI, José María, "Conveniencia de la Unificación de las Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales", Congreso Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. I, p. 75 esp. nota 4.

(61) Ob. cit., p. 129, nro. 103.

(62) "Tratado de Derecho Civil Argentino", La Ley, Buenos Aires, 1947, Parte General, Vol. I, p. 118.

(63) Salvat, ob. cit., p. 108.

Segovia, a fines del siglo XIX —año 1892—, uno de los primeros exégetas, especialmente, en la esfera comercial (64), destacaba la necesidad de fusionar la legislación en materia de obligaciones y contratos, si bien advertía que la tarea mencionada, requería tiempo y no cabía la improvisación. A su juicio, lo expuesto es debido a la gran influencia que la legislación y el derecho comercial ejerce sobre la legislación civil. Y, textualmente decía, “Aunque toda nuestra legislación sea provisoria y haya de exigir una revisión completa, su reforma y unificación no podrán realizarse sino cuando, calmada la fiebre de los negocios, se haga el equilibrio en los espíritus y se formen y acrediten los hombres capaces de llevarla a buen término” (textual).

Cita opiniones que elogian al Código Suizo, en el sentido que es “un importante monumento de Derecho Civil y Comercial” y, observa, en cambio, que “la Comisión de la Cámara de Diputados no ha utilizado un solo artículo de ese sabio Código, ni lo ha nombrado siquiera”. “Por mi parte —dice— deploro no haberlo podido obtener en tiempo y me propongo sacar partido de él en la presente obra” (textual).

Uno de los comentarios críticos más agudos al Proyecto de unificación de 1987, corresponde a un gran jurista que supo integrar, hasta su alejamiento voluntario, la Comisión Redactora de la ulterior ley 17.711, doctor Dalmiro A. Alsina Atienza (65).

No es del caso reseñar todas sus observaciones generales y particulares, si bien citaremos brevemente, algunos de sus comentarios que se refieren a la “invasión abusiva y arbitraria del mercantilismo en el territorio del derecho civil” (textual); “...abriendo huecos, a diestra y siniestra, a costa de la eliminación de preceptos que merecen sobrevivir en el Código Civil, porque habitan a justo título, desempeñando una función imprescindible...” (textual); “...arbitraria mercantilización del Código Civil...” (textual) “el espíritu del derecho civil frente al espíritu del derecho mercantil, explicación de esta dualidad entre el ideal de la unificación y lo ocurrido con su concreción práctica, radica (a su juicio) en la razón de la diferencia de espíritu entre el derecho civil y mercantil”; en cuanto a “las pautas que deberían observarse para cualquier confiable unificación...prudencia, tanto respecto a su preparación y tratamiento cuanto a su contenido y amplitud...prudencia en cuanto a sus aspiraciones y ambiciones, y proporcionada a la magnitud de las mismas, sin caer jamás en lo utópico...se impondría... en lo posible, evitar cambios legislativos generales o indis-

(64) Explicación y Crítica del nuevo Código de Comercio, Buenos Aires, 1892, Lajouane, t. I, p. XXXIII.

(65) El Proyecto de unificación de normas civiles y comerciales, El Derecho 125-685 y 893.

criminados; y los que aun siendo particulares, no sean reclamados por la praxis de un modo notorio...” etc.

17. Para cerrar el capítulo, dice Siburú (66) que el Código único cerraría el ciclo de transfusión del Derecho Comercial en el Derecho Civil, que amolda a éste a las exigencias de la sociedad moderna, y atenúa dentro de ciertos límites la fuerza de la conservación que lo retrae a sus orígenes y sus causas históricas y etnográficas ¿Puede afirmarse —dice— que esté concluida ya la renovación del Derecho Civil? Nada nos autoriza a ello: *sería imprudente e inoportuno darlo por sentado, desatendiendo el incesante obrar de los usos y costumbres en el Derecho Comercial, y por consiguiente, la peremne posibilidad de que ésta continúe renovando el Derecho Civil*” (destacado nuestro).

A propósito de esta cita, también transcripta en el trabajo de Alsina Atienza (67), dice este último autor entre otras consideraciones, que ante una renovación tal de nuestra legislación civil, que incluso ha ido mucho más allá que el derecho comercial o bien el influjo de éste en aquella; “...hoy estamos ante un Código Civil humanizado y bien modernizado...” El autor citado se está refiriendo a lo que en su día fuera la ley 17.711.

Quizás, tal afirmación proviene del espíritu aleccionador de esos derechos que en vez de fusionarse en un derecho nuevo que apareció en la recopilación justinianea, de donde, llegara hasta nuestros días.

Señalo un dato harto curioso: Vivante en 1888 formuló su tesis favorable a la unificación del Derecho privado, mas en la quinta edición de su Tratado de Derecho Comercial, aparecido en 1921, volvió en contra de la unidad legislativa (68).

En el citado Tercer Congreso de Derecho Civil, se rescatan valiosos argumentos que coadyuvan con el propósito unificador.

18. Joaquín Garrigues (69) en una conferencia pronunciada en el año 1962, acerca del “Derecho mercantil y Derecho Civil”, tratando los “conflictos fronterizos” respecto de la naturaleza de un contrato, en su identidad civil o comercial y mientras se desarrolla ésa controversia, súbitamente se advierte “que ya no es exacta la calificación del

(66) Ob. cit. p. 131, nro. 103.

(67) Ob. cit., p. 897.

(68) Cfr. FONTANARROSA, Rodolfo O., “Derecho Comercial Argentino”, Zavalía, Buenos Aires, 1967, 3º ed. p. 33 ap. 11, nota, 50.

(69) Temas de Derecho Vivo, Tecnos, Madrid, 1978, p. 126 y ss.

Derecho mercantil como un Derecho especial”, pues las normas que inicialmente integraban ese Derecho especial”, de los comerciales no representan intereses de clase y se han convertido en normas de aplicación general.

Y como él mismo nos titula a los abogados —jornaleros del Derecho —, al referirse a la expansión del Derecho mercantil (“generalización del Derecho mercantil” o “comercialización del Derecho civil”), debida, a la “transfusión a los Códigos civiles” de las disposiciones mercantiles “...y esto por razones de superioridad técnica”; luego, se produce “la difusión del espíritu comercial” (atracción que el comercio ejerce sobre el público en general) y, por último, “progresivo arrinconamiento de los contratos civiles ante el empuje extraordinario de los contratos mercantiles...”

Los alcances de estos presupuestos, resultan: 1) unificación del Derecho de obligaciones y, 2) reducción del ámbito clásico del Derecho mercantil (70), lo que elevaría a lo que jurídicamente sucediera en Suiza e Italia, ejemplos de no seguir, pues en dichos países —dice— la preocupación de suprimir el Código de Comercio “les ha llevado a olvidar la lógica del sistema incorporando al que llaman Código general de las obligaciones, o Código Civil, en Italia, instituciones que ni son generales ni son civiles”.

Es franco partidario de la unificación (Civil y Comercial), *mas “no puede pasar de sus límites razonables...la unificación puede ser parcial, no total. Y tan estrictamente como sería incorporar a un Código de Comercio la materia de personalidad y de familia, y las sucesiones, sería llevar a un Código (llámese de las obligaciones o Código Civil) instituciones tan típicamente mercantiles como el registro de comercio, el cheque...”* (71).

A su juicio, el panorama del Derecho privado debiera concretarse: un Código general de obligaciones, un Código de Derecho Civil y un Código de Derecho Mercantil, “reducido en cierto modo y en cierto modo ampliado también”.

IX. Codificación civil

19. El siglo XIX cristaliza lo legislativo y es un símbolo del movimiento codificador. Es un genuino triunfo de la razón y una manifestación concreta del progreso. Porque, en efecto, se sustituye la práctica jurídica o el mundo del casuismo por un sistema ordenado y coherente.

(70) Ob. cit. p. 133.

(71) Ob. cit. p. 134

La codificación significó la prevalencia de lo universal respecto de lo particular; del Derecho planificado frente al Derecho espontáneo; del idealismo respecto del realismo.

Bien se ha argumentado que los Códigos conforman una adecuada y cohesionada expresión del orden jurídico.

Es que un Código cohesionan el orden jurídico; facilita la movilidad del orden jurídico; establece principios generales fundamentales que, de lo contrario, están dispersos; contribuye a la estabilidad jurídica; es factor de seguridad jurídica y colabora, en fin, a la unidad nacional de un país.

No obstante, es del caso aclarar que un Código no es una obra científica, ni una obra didáctica, ni un tratado doctrinario.

Producida la codificación del Derecho Civil, durante mucho tiempo su concepto se identificó con el Código Civil; Derecho Civil y Código Civil, eran dentro de esta línea nociones análogas. Con el transcurso de los años, tal idea fue abandonándose y sucesivas leyes complementaron al Código Civil y, consiguientemente también conforman el Derecho Civil.

Ubicándonos en el tiempo —un factor más que primordial en nuestra vida—, respecto de la Codificación, tiene dicho el académico Gnecco (72) que dicho movimiento en su moderna acepción es una reacción ante la concepción jurídica que venía de los tiempos antiguos, y comenzó en el siglo XVIII.

Es que la codificación, tal como se concibe en la actualidad, debe ser amplia, dinámica y flexible, de manera de permitir que la doctrina y jurisprudencia logren soluciones jurídicas armoniosas con sustento en aquellos dispositivos legales (73).

El Código que responda a estas notas, será el buen continente de nociones abiertas, que justipreciadas por el intérprete, posibilitaran decidir y resolver cuestiones en su día quizás no contemplada por el legislador.

Ello así, pues el denominado proceso de codificación, apunta a la racionalización del mundo jurídico, en búsqueda de una anhelada perfección no sólo en cuanto a la cantidad de preceptos, sino también en sus

(72) "La Codificación hasta nuestros días", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año LVII -nro. 50- 2012- p. 193.

(73) Cfr. TAU ANZOATEGUI, Víctor, "La Codificación en la Argentina", Buenos Aires, 1977, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, p. 9 y ss.

condiciones cualitativas —en la búsqueda de hacerlas más accesibles—, colocando a todos en un plano de igualdad ante la ley y fortaleciendo el sistema jurídico.

Por sobre todas las cosas, debe respetarse el marco y contenido de los principios fundamentales del Derecho, que no pueden ser transgredidos por ninguna de sus ramas o especialidades: “ninguna rama puede atentar contra el tronco del cual ha nacido, a menos de actuar contra el árbol entero” (74). Ello así, pues el Derecho Civil es el derecho privado o general que apunta a contemplar las relaciones y conflictos de intereses de los particulares en cuanto tales, es decir sin distinción de profesiones o calidades.

Por ello aun cuando hayan surgido ordenamientos que han legislado sobre materias que podrían haber estado dentro del Código, el principio relativo a la codificación, en cuanto responde a reglas propias de una sistematización, abarcando un área del Derecho, se mantiene vigente en la actualidad.

Es que los Códigos de fondo —en la hipótesis, el Civil— deben seguir conteniendo los principios generales sobre la resolución de las cuestiones civiles: la relación jurídica; lo relativo a la persona y sus derechos, incluidas normas sobre el matrimonio, la sociedad conyugal y demás temas de derecho de familia; sobre las reglas esenciales de la responsabilidad, reglas sobre los contratos, principios de la equidad, buena fe, derechos reales, régimen sucesorio, etc. (75).

Si bien las presentes reflexiones no están destinadas a la destacada personalidad jurídica de Alfredo Colmo, en atención a que su obra acerca de la Técnica Legislativa del Código Civil, es sumamente considerada en el presente, caben, no obstante, algunas breves consideraciones sobre el particular.

En efecto, la mera lectura de su índice y cuanto más, su contenido para concluir de una manera objetiva en que se trata de un meduloso y fundado estudio crítico del Código Civil.

Sin embargo, no es una obra destinada a descubrir yerros, sino que al contrario, remontándose a la época del codificador, Colmo se esfuerza en buscar soluciones coherentes y armoniosas en la materia tal como fuere legislada.

(74) ALSINA ATIENZA, ob. cit., p. 900.

(75) GNECCO, Emilio P., “La Codificación hasta nuestros días”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo Anales, 2012, p. 22.

Colmo, era un personaje de otra época, donde la rigurosidad en la cultura, estricto método de vida, trabajo, estudio y aprendizaje, eran valores preminentes. A pesar de los tiempos en que vivió, era un ciudadano del mundo —sumamente estricto consigo mismo, más de una bonomía insuperable— y titular de una incomparable, sapiencia jurídica.

Estuve, a través de mis mayores, vinculado y conociendo anécdotas de su vida, resulta comprensible una obra de la textura de la comentada.

Y resultó un gran admirador de Vélez, e inclusive su defensor en las críticas. Cito sólo algunos pasajes: “Hay, efectivamente, mucha ciencia jurídica en el Código. Por suerte ella es generalmente de la buena...”; “Por lo demás, el codificador ha tenido presentes los autores más conocidos y reputados de su época...”; respecto del casuismo, dice “es extralegal... y debe quedar sujeto a la acción jurisprudencial bien auxiliada por una buena ciencia...”; “creo yo que el Código es bueno, hasta excelente, como he dicho más de una vez en el curso de este trabajo...”; “que lo menos que debemos hacer es rendir homenaje a nuestro codificador...”

Debe remarcarse que la obra codificadora de Vélez significó una real función educativa, en cuanto constituyó en Código civilizador, un código que contribuyó a la instauración de las instituciones sociales. Tuvo, en suma, definitiva influencia en la estructura jurídica nacional, superando con su perennidad, los drásticos comentarios que le pronosticaba “breve vida al Código Civil”

Es que el Código de Vélez, ejerció una considerable influencia en la conformación y transformación de la sociedad argentina (76), ello en la medida en que estructuró un Derecho durable y cierto para todos los habitantes de nuestro país.

Su esfuerzo no cayó en el vacío, pues sometió a una unidad orgánica los preceptos del derecho patrio y español, hasta entonces vigentes con las del derecho contemporáneo adaptables a la tradición y evolución de la Nación.

X. Codificación civil (continuación)

20. Es sabido que un Código es un sistema coherente de normas que orienta la realidad nacional, según pautas, lineamientos, filosofía y pro-

(76) Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “El pensamiento jurídico de Vélez Sársfield”, JA 1960-V-115.

grama de acción que aseguren su unidad y afiancen su eficacia, en función de un adecuado análisis, clasificación y precisión de los derechos, acertado método en la distribución de las materias y una armónica actuación de las instituciones concebidas para lograr aquel fin.

Un Código debe ser una obra armónica y eficiente, donde prevalezca una economía de medios; es decir, máximo de los fines logrados con el mínimo de los medios.

Es además de un cuerpo de normas positivas, de una construcción técnica, sometida al rigor de las reglas de coherencia y de expresión, una ordenación de representaciones sustanciales sobre el significado y el valor de la vida en sociedad, individual y colectiva.

Entre muchas, caben destacar dos notas que hacen a la esencia de nuestro Código Civil: la primera es que como bien se ha señalado (77) en dicha obra existe un fuerte valor de fondo (78) y mucha ciencia jurídica, “generalmente buena” (textual) (79).

Y, en segundo lugar, a raíz de la sanción del Código referido, dijo Vicente Fidel López (80). “...el acto de codificar constituye el ejercicio primordial de una soberanía. Si el acto de constituir una Nación siempre, y de un modo absoluto la sociedad política, el acto de codificarla es igualmente un acto extraordinario que organiza para siempre la sociedad civil...”

En razón de que un Código Civil debe reunir principios generales que respondan a la sociedad política que debe regular, previstos o no por aquel ordenamiento, es del caso aquella máxima de Saleilles “Mas allá del Código Civil, pero por el Código Civil” (81).

Tiene dicho el académico Tau Anzoategui (82) con notable singularidad que el paciente trabajo que implicaba la elaboración de los Códigos y los deberes que suscitan, se realizaron tanto en los momentos de distensión como en los más tormentosos del país. No eran, por cierto, años fáciles, plácidos. De los cuatro presidentes que se sucedieron durante este período, tres —Urquiza, Mitre y Sarmiento—, se ocuparon del problema de la Codificación, lo

(77) COLMO, Alfredo, *Técnica Legislativa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, 2^o ed. p. 154.

(78) Ob. cit. p. 52.

(79) Ob. cit. p. 154.

(80) *Crítica Jurídica*, Revista de Buenos Aires, septiembre de 1869, p. 277 y ss.

(81) Cfr. GNECCO, ob. cit., p. 213.

(82) Ob. cit., p. 256.

que equivale a decir que, pese a todas las dificultades, el asunto se hallaba discretamente presente en la obra gubernativa de aquellos tiempos difíciles.

Sarmiento —gran amigo de Vélez— defendió a ultranza el Código de Comercio de Vélez e idéntica actitud asumió con el Código Civil. Y, si bien era un lego, era un hombre versado con buena pluma, que hacía por demás agudos sus discursos y enjundiosos sus dictámenes en la Comisión de Legislación. Dijo en una oportunidad (83): “La idea de codificar las leyes en los tiempos modernos, provino de uno de los más fecundos movimientos del espíritu público en Europa tendiente a conformar los hechos existentes con los dictados de una lógica severa. Los progresos de las ciencias en el método, filiación y clasificación de sus elementos, tecnicismo racional empleado en todos sus ramos, trajo necesariamente como una exigencia de la razón el metodizar las leyes, las pesas y medidas, y aun dar nomenclaturas significativas a las divisiones del tiempo”.

Al decir de Salvat (84) el Código Civil, después de la Constitución Nacional, debe ser el monumento principal de su legislación, la ley más importante del país.

La idea de reformar el Derecho Privado, precisamente por tratarse de un tema complejo con variedad de aristas y notables matices, aludir a su sola consideración en nuestro medio, abstrayéndonos de lo acaecido o proyectado en el ámbito del Derecho Comparado, es motivo de cuanto menos tres posiciones: a) la que propicia una enmienda total y abundando en optimismo sus sostenedores, entienden que es un panorama sencillo y de lo más accesible, signado por el éxito y sus coautores jalonados por la historia; b) otra perspectiva, aferrada al pleno inmovilismo legislativo, persistiendo en las tradiciones y desechando cualquier iniciativa que bajo cualquier concepto o justificativo, tienda a contradecir un estado de cosas, por adverso o criticable que fuere; c) una tercer posición —cuyo rótulo así, no es propicio, más suele agrupar criterios conservadores y plausibles— que nuclear corrientes de opinión, donde prevalece la prudencia, criterio de oportunidad, razonabilidad, realismo y conocimientos de sentimientos, anhelos y valores de un pueblo, claridad intelectual y conocimientos jurídicos loables, estilo ponderable y mesurado, nociones acerca de la perdurabilidad y valoración adecuada de las tradiciones y costumbres de los destinatarios de una futura enmienda y flexibilidad para que

(83) La cita corresponde a TAU ANZOATEGUI, ob. cit., p. 337.

(84) Ob. cit.

sus contenidos genéricos puedan resultar la materia de las necesidades imprevisibles del futuro.

Claro está que en esta corriente de opinión, pueden destacarse ciertos criterios atendibles con perspectivas de detalle que no alteren sustancialmente las esencias que anteceden y cuyos pensamientos, aun en pormenores, resulten compartibles.

¿Qué decir de la codificación, ante el dinamismo del Derecho?

Como pauta genérica, debe apartarse de la concepción del Código cerrado y definitivo, generando un panorama de legislación adaptable y abierta.

La idea de flexibilidad normativa permite que otras fuentes del Derecho, se integren al Derecho Privado y acompañen en los nuevos tiempos, signados por acontecimientos que dejarían perplejos a los antiguos sabios.

En lo que respecta "*strictu sensu*", a la llamada "Unificación" (legislativa), aun cuando el propósito inspirador y logros arribados, en los referidos Proyectos, fueran disímiles, a partir de aquella noción, se concretaron distintas presentaciones que aun cuando no se hubieren concretado, dan cuenta del avance en grado de conocimientos y formación de nuestra cultura jurídica.

Citamos en primer término al Proyecto argentino de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, o bien Proyecto de Código Único, del año 1987.

21. Otra pauta de las propuestas de "unificación", si bien con una formulación más genérica y, a nuestro juicio, más destacable fue la Comisión que surgió del decreto 685/95 del Poder Ejecutivo, a quien encomendó "proyectar la unificación del derecho privado" así como "su reforma y actualización de manera integral", tarea que culminó con el denominado "Proyecto de Código Civil de 1998", que fuera presentado al Ministerio de Justicia en fecha 18 de diciembre de 1998.

En cuanto al desarrollo específico de los contenidos de la "unificación", caben las siguientes consideraciones, a raíz (85) de un acertado interogan-

(85) Véase: STRATTA, Alicia Josefina, "Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina", Comisión Decreto 685/95, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Empresarial, Buenos Aires, 2001 con un amplio comentario, observaciones de detalle y destacada doctrina; GAS-TALDI, José María, "Nuevos Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, nro. 7, Buenos Aires, 2001, p. 57 y ss. y abundante bibliografía de dicho autor acerca del tema en nota 1.

te que en su día planteara Guastavino (86). En tal sentido, se refiere, en primer término, a un sutil distingo entre unificación del “Código” de derecho privado —o parte de éste— y, la unificación del derecho privado, toda vez que en distintos simposios jurídicos, cabía dentro del concepto de contratos cuya unificación civil y comercial propiciaba la comisión respectiva, como libro del “Código Civil”, se incluían los del “derecho” marítimo, los relativos a los seguros o si lo vinculado al derecho marítimo, habría de ser motivo de un código de la navegación, excluyéndolo del derecho civil.

Asimismo trata, en segundo lugar, las múltiples acepciones de la palabra “unificación” a raíz de los tratamientos que del tema en la faz jurídica se suscitaban.

Señala que a raíz del Proyecto de Unificación del año 1987, se oyeron voces que sostenían la unidad total del derecho privado, superando la diversidad de los códigos tradicionales; otros, postulaban la unificación limitada de las obligaciones y contratos; algunos, se limitaban, en una primera etapa, a la unidad de las figuras asociativas. Y, por último, quienes a tenor de la actual contratación —local e internacional—, se negaban a toda clase de unificación.

Una sistematización de las especies de “unificaciones” (legales) posibles, distingue en la que fuere “formal” y aquella que resultare “sustancial”.

Es meramente formal, cuando la compilación abarca preceptos, figuras, institutos y principios civiles y comerciales con diversidad de soluciones, más allá de los sujetos que involucre.

De más está decir que esta clase de unificación no puede desatender que existen disciplinas que la propia ontología de las mismas impone su autonomía, aun cuando su cobertura (o exteriorización) fuere una similar presentación formal: por caso, la disciplina familiar y sucesoria, es incompatible con lo relativo a la empresa, aun cuando ciertos dispositivos de aquellas materias resultaren, en lo pertinente, aplicables. Es decir, en lugar de encontrarse dispersos en dos códigos los respectivos preceptos, están insertos en un mismo cuerpo normativo, siendo civil o comercial, según la naturaleza que la consiguiente ley determina.

Las circunstancias y la realidad, han llevado a que en materia de obligaciones y contratos civiles y comerciales, se produzca una virtual unidad

(86) “Unificación civil y comercial, lo posible y lo conveniente”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 1996, p. 157, nro. 8.

(art. 207 Código de Comercio y Título Preliminar) (87) de hecho y derecho.

Señala Stratta (88) que la unificación de obligaciones y contratos, a la vez, fue concebida sobre la base de la absorción de una disciplina comercial construida a partir de los artificiosos actos objetivos de comercio y no puede ser trasladada a un sistema de derecho mercantil o empresario que tiene por eje actividades productivas. Quedan, asimismo, exceptuados los actos previstos por leyes especiales, extraños a las previsiones del Código Civil.

Supuestos de unificación formal en el Derecho Comparado, se presentan en el Código Civil italiano de 1942 o bien en el Código Federal suizo de las obligaciones y contratos del año 1881 y que motivara tanta suspicacia de parte de nuestro Siburú.

En nuestro medio, además de las variadas aprobaciones de distintos doctrinarios, el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil reunido en Córdoba, en la 2^o Sesión del 10 de octubre, al tratar el tema *Unificación de las obligaciones Civiles y Comerciales*, aprobó por unanimidad la Recomendación N^o 4: “*Que se unifique el régimen de las obligaciones civiles y comerciales elaborando un cuerpo único de reglas sobre obligaciones y contratos como libro del Código Civil*”.

En cuanto a la “unificación sustancial”, es la que opera la verdadera y real unificación, donde se encuentran contempladas la doctrina general con distintas instituciones particulares —Ley de Concursos y Quiebras— o bien mediante la “generalización” de reglas comerciales (89).

22. Se ha dicho (90) que la unificación de los Derechos civil y de comercio ya se ha producido, mediante la comercialización del Derecho Civil —antes bien que la civilización del Derecho Comercial—, que deriva de la masificación de la nueva sociedad, pues todos sus integrantes participan en actividades mercantiles... “*Esa unificación sustancial es la razón de ser de la unificación formal mediante un Código único*” (destacado nuestro).

(87) Respecto de la unidad en lo relativo a la teoría de las obligaciones civiles y su aplicación a la materia mercantil y lo mismo en la esfera del contrato, véase la explicación de GASTALDI, José María, “Congreso Argentino de Derecho Comercial”, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. I, p. 79.

(88) Apuntes, cit. p. 30/31.

(89) GUASTAVINO, Unificación, cit., p. 160, nro. 13.

(90) ALTERINI, Atilio A., “El nuevo Código Civil”, La Ley 2012-B-1260.

El doctor Héctor Cámara dijo: *“no hay ninguna razón política, jurídica, económica ni práctica para mantener la dicotomía”*. La doctora Leonfanti, de manera pragmática y contundente, aportó el siguiente criterio: *“la perspectiva no consiste en la denominada unificación formal de las dos ramas, según ocurre en Italia con su Código de 1942 o en Suiza desde 1881 con su Libro V. del Código Civil (91), el Código de las Obligaciones; cuerpos legales unidos con un solo rótulo que siguen siendo conforme a la consabida expresión de Brunetti dos territorios diversos, uno dos sectores del mismo territorio, con lo cual se tiene en lugar de una obra en dos tomos, un solo tomo para dos obras, pues el estudio de la cuestión no puede ni debe en manera alguna desentenderse de la circunscripta como llamada unificación sustantiva en cuanto aspira a superar las diferencias de ambas materias; a eliminar los escollos suscitados entre negocios o actos civiles y comerciales, y actos mixtos; entre actos o negocios comerciales de civiles y actos o negocios civiles de los comerciantes; en punto a llegar a la supresión, en fin, de las distinciones entre comerciantes y no comerciantes”*.

Las dificultades sobresalen cuando se plantea lo relativo a la noción de comerciante, acto de comercio y sus consideraciones legales, según una perspectiva civil.

Y es aquí, donde se destaca que lo mercantil influye en lo civil, y a raíz de ello, este último se modifica, especialmente en las obligaciones y contratos.

Se destaca que la historia y doctrina denotan que la evolución de las obligaciones y contratos es debido a la penetración de principios y disposiciones mercantiles. Y, en este sentido, se dice que la unificación debe tender a preservar el espíritu y rasgos esenciales del régimen mercantil, donde prevalecen simplicidad de formas y seguridad en los alcances.

Por su parte, el Derecho Civil siempre ha contemplado las relaciones estables como la familia, la propiedad, dominio y régimen hereditario, de donde ha mantenido una notable estabilidad.

(91) SIBURU, ob. cit., p. 131, nro. 104, que no era partidario de la unidad del Derecho Privado, dice “que la existencia en Suiza del Código Único de las obligaciones nada demuestra sobre sus ventajas y posibilidad teórica. Ese código se explica bien en aquel país por los antecedentes políticos que le han hecho necesario, es decir, por las autonomías legislativas de los cantones que introducían una gran confusión en la legislación Suiza, hasta el extremo de autorizar una opinión que dice ser imposible al comerciante suizo que contratara fuera de su cantón conocer la ley que le sería aplicable en caso de contestación o de pleito. El Código Federal Suizo de las obligaciones, fue un acuerdo de los diversos cantones sobre el único punto en que pudieron convenir, apremiados por las exigencias económicas...”

No obstante, estos datos de la realidad no pueden restarle significación y dinamismo al régimen civil.

Es que hoy es palmario una penetración recíproca entre lo civil y comercial, donde el *substratum* es económico y la diferenciación de la aplicación normativa no suele ser notoria.

De manera que aquello que de manera histórica aconsejaba separar o dividir, en estos tiempos aconseja un retorno a la unidad primitiva.

De allí pues que el primitivo Derecho Civil hoy es dinámico y recepta el movilismo del pujante mundo circundante.

XI. Espíritu y trascendencia del Código Civil

23. Referirse a nuestro Código Civil en cuanto a su mérito trascendencia y significación no es posible lograrlo en su plenitud, sin mencionar y ponderar a la figura de su autor. El ideario del Código, por tanto, es ideario de Vélez Sarsfield.

Una breve cronología de los precipitados acontecimientos que culminarían en la esencia de un Código de vida que hoy nos rigen.

Tras la euforia de Caseros y el triunfo de Urquiza, uno de los tantos cometidos, a concretar, era la etapa de la institucionalización. El triunfador, entonces designa a su ministro de Hacienda —Vélez— la redacción de la mentada ley sustantiva concluida en el año 1862, cuando Sarmiento —íntimo amigo del codificador— presidía los destinos del país.

La amplia cultura jurídica de Vélez, sumada a su gran experiencia de gobierno, contribuyeron a que la tarea de redactar el Código le insumiera alrededor de cuatro años. Se destaca —lo que es más que loable— que en los tiempos en que confeccionara su obra, desempeñó sucesivamente, si bien con alguna intermitencia, dos ministerios: Hacienda e Interior.

Corría el 29 de septiembre de 1869 cuando se promulgó la ley 340, dando vigencia al Código Civil a partir del 1º de enero de 1871.

La ubicuidad de Vélez en el tiempo, sumada al conocimiento y experiencia de nuestro medio, resultaron factores más que preponderantes que bien contribuyeron a la difícil tarea jurídica que emprendiera. Era, no se controvierte, un hombre que provenía del interior, con profundos conocimientos adquiridos en su etapa formativa, que luego comple-

mentaría con su estancia en este medio, sumado a su desempeño en la cátedra, ejercicio de la profesión y otras relevantes actividades públicas y privadas.

Hombre agudo y reflexivo, buen polemista y a veces vehemente, de notable pluma con espíritu realista y profundo observador de la realidad, a su marcada versación jurídica sumaba sus buenos hábitos literarios, donde se destacan —entre otros— los autores clásicos.

Adquirió una cultura humanística casi desconocida en los hombres de su tiempo.

Fueron sus contemporáneos, allegados y unidos en el común respeto a la elaboración y consolidación de las instituciones, figuras señeras, cuyas siluetas, burlándose de las leyes de la perspectiva, se agrandan, se perfilan y crecen en el horizonte, a medida que el tiempo nos aleja de ellos, entre otros: José Benjamín Gorostiaga; Francisco de las Carreras, Rufino de Elizalde, Adolfo Alsina, Juan Francisco Seguí, etc. Desconoció Vélez el ocio en su vida.

Su versión económica y financiera pasaba de lo común; su espíritu se orientó hacia las prohibiciones de todo aquello que implicase la afectación territorial por plazos más o menos largos, y de todo cuanto entrañase la inalienabilidad de los derechos: se propuso que los valores circularan con libertad y sin reatos, esto es, que la actividad económica resultase favorecida y estimulada (92).

Conoció tiempos difíciles que enfrentó con coraje y sin claudicaciones. Como carecía de flaquezas y era un hombre digno e íntegro, el tirano de entonces —Rosas—, se detuvo en sus prepotencias ante un hombre que nada tenía que ocultar. Afortunadamente para nuestro país, entonces y ahora, contamos con tales ciudadanos. Caída la tiranía, cuando la pléyade de obsecuentes giraban abominando las crueldades pasadas, Vélez continuó su trayectoria sin alardes ni ambages, pero firme y sin declinar en sus convicciones.

Cuando le tocó hablar de la dictadura, lo hizo con decoro, con altura, con responsabilidad, no como ocasionales oportunistas que no ceden al protagonismo. Por el contrario, no se sumó al grupo de corifeos que siempre marcan el paso y asienten al compás de los vencedores, según soplan los vientos.

(92) COLMO, Alfredo, "El Código Civil Argentino", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, 14-618.

Sus biógrafos integrales, (93) Martínez Paz, Chaneton, Amadeo y ciertos pasajes de Cárcano en obras de lectura sumamente agradable, con una pluma y redacción encomiable y destacada profundidad, dan cuenta de la notable personalidad y trayectoria del Codificador.

Un co-provinciano de Vélez, el doctor Ramón J. Cárcano (94), supo decir de aquél hombre: “jurisconsulto y economista sin paralelo, parlamentario y polemista insuperable, ingenio fértil y consistente, espíritu con mayor malicia que austeridad”.

En su Código, ha dicho Martínez Paz, (95) una obra realizada en soledad y precipitadamente, apenas si se describen algunas contradicciones de detalle que no afectan la unidad fundamental del contexto.

Releyendo el articulado del Código y algunas notas del mismo —por caso arts. 499 y 512—, se advierte sin margen de duda que Vélez tenía un gran sentido histórico lo que le permitía llegar a conocer la situación de cada época y de la institución jurídica que se trataba, y así, con su elaborada lógica pensaba en cada concepto en conexión con el todo y lograba fecundas y sistemáticas elaboraciones. Era tal la autoridad intelectual de Vélez en la esfera de la legislación comparada, que un autor del prestigio de Lodovico Barassi (96), citó nuestro art. 512 del Código Civil. Los frutos de los preceptos del Código Civil y sus diversos contenidos dan cuenta de sus esfuerzos. Su magna tarea, resultó producto de la buena y profunda meditación más las horas consagradas al estudio de la ciencia jurídica.

Camino éste menos brillante y más sacrificado, pero también más seguro.

Es que Vélez impuso en el Código Civil un conjunto orgánico de preceptos adecuados a las exigencias de la vida política, social, cultural y económica de la Nación que años antes, había sancionado una Constitución sabia y acorde a los tiempos de entonces y los venideros. Ese espíritu subsiste pues la estructura que dio a su obra el codificador, configura al Derecho Privado sobre los mismos principios que conforman la base de nuestra organización político-social.

(93) MARTÍNEZ PAZ, Enrique, “Dalmacio Vélez Sarsfield y El Código Civil Argentino”, Bautista Cubas, Córdoba, 1916 y Chaneton, Abel, “Historia de Vélez Sarsfield”, La Facultad, Buenos Aires, 1937.

(94) “De Caseros al 11 de Septiembre”, Mendeský editor, Buenos Aires, 1918, p. 150.

(95) Ob. cit., p. 127.

(96) “La teoría generale delle obbligazioni”, Milano, 1948, Vol. III, ps. 17 y 29, nota I, cita nuestro art. 512 del Código Civil.

Vale la reiteración, aun desde otra perspectiva: la filosofía del Código Civil tenía como sustento y molde nuestra Constitución, ubicando al individuo dentro del Estado y la sociedad, garantizando el libre ejercicio de sus derechos.

Porque uno de los pilares del Código Civil es la noción de libertad y con su expresa recepción en el art. 19 Constitución Nacional y art. 910 del Código Civil.

Lo que hasta aquí se lleva dicho denota que el Código Civil no fue un hecho casual o aislado; tampoco responde a la improvisación. Por el contrario, es el resultado de la madurez de los entonces gobernantes ante el caos y anarquía legal, y de la razón de Estado. Además, prevalecieron la conjunción de las fuerzas políticas y sociales de los tiempos difíciles en que se atravesaban con antecedentes y embates en el pasado mediato o inmediato de nuestra incipiente Nación.

Bajo el precedente panorama, habría de desenvolverse la difícil tarea de elaborar un Código Civil.

XII. Vélez Sarsfield: sus circunstancias

24. Cuando se recorre a grandes rasgos, la biografía sobre Vélez, a través del “Bosquejo” de Sarmiento, escrito con todo el vigor de su talento, y la autoridad de su testimonio personal, aunque sin estrictas preocupaciones de historiador, la silueta del personaje se presenta en toda su multi-forme grandeza.

Acuden simultáneamente a la imaginación la figura del latinista, traductor e intérprete personalísimo de la Eneida, cuyos cantos sublimes analiza y anota con la misma minuciosidad que habría de poner más tarde, en la labor del Código Civil, en su afán de penetrar el último pensamiento virgiliano; no debe soslayarse, su aporte como ministro —de Interior y de Hacienda— (97), legislador (98) y exponente de una cultu-

(97) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “Vélez Sarsfield: Economista y Ministro de Hacienda”, *Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XLIV -nº 37- 1999, p. 435.

(98) RAY, José Domingo, “Regulación del Derecho Privado en la Argentina: Vélez Sarsfield y el Código de Comercio”, *Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XLIV -nro. 37-1999, p. 387.

ra, leía como hombre ilustrado obras literarias y no literarias (botánica, astronomía, etc.) (99), excepcional.

Luis V. Varela (100), bisabuelo de nuestro colega académico Rodríguez-Varela, el primer comentarista integral de la magna codificación, en sus palabras iniciales a su gran Tratado de Derecho Civil, le asigna un destacado contenido a la obra a considerar, corroborando así su cometido. A este dato que es histórico, debe agregarse, una investigación de valor inapreciable preparada por un destacado letrado cordobés: doctor Julio Rodríguez —consuegro de Luis V. Varela y también bisabuelo de Rodríguez Varela— quien en el año 1870 publicó un Repertorio jurídico-alfabético de Derecho Civil Argentino al que califica como “arreglado para su estudio particular”. Novedoso entonces y actual en nuestros días.

He tenido a la vista los antecedentes de Julio V. Rodríguez, un auténtico “*homo sapiens*”.

Dice de Vélez, que ha probado con su Código Civil, que tiene derecho a ocupar un puesto distinguido entre los jurisconsultos notables.

Agrega (101) que en el Código Civil argentino, cuyo aprendizaje, puede decirse, recién entonces estamos haciendo, hay muchos puntos dudosos, al parecer, que, sin embargo, se muestran claros y sencillos, una vez estudiados a la luz de sus concordancias y fundamentos. Señala “para el Dr. Vélez, que en su larga vida ha resuelto, estudiando, todos los problemas de la ciencia, esas dudas no existen; ni siquiera pudo sospechar que existieran, al redactar los artículos de su Código”.

Comenta Varela (102) que en la inmensa labor que el Dr. Vélez ha tenido, ha consultado centenares de libros que recuerda en sus notas, y de muchos de los cuales ha tomado esas doctrinas, para incorporarlas al Código como leyes, imitando a Justiniano cuando al legislar para pueblos nuevos, formó el Digesto de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes jurisconsultos.

(99) Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Dalmacio Vélez Sarsfield, Gloria del Derecho Iberoamericano”, Bogotá, Colombia, septiembre, 26-2000, Anales Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2000-II-458.

(100) “Concordancias y Fuentes del Código Civil Argentino”, H. y M. Varela, Ediciones, Buenos Aires, 1873, t. I p. 10 y ss.

(101) Ob. cit., p. 14.

(102) Ob. cit. p. 16.

Dice Varela que Vélez para su Código ha consultado obras en latín, francés, inglés, italiano y portugués, además de las muchas que ha tenido a la vista en castellano. “Como es natural —dice—, hemos tenido que traducir de sus originales, todas las citas que estaban en esos idiomas extranjeros, pues hemos querido que, una obra como esta, destinada a consultarse a cada momento, no dejase trabajo por hacer, presentándoles todo hecho ya”.

Vaya como una significativa curiosidad histórica que nos brinda el propio Varela, en cuanto del texto de su prólogo, se advierte su cercanía física e intelectual con la persona de Vélez.

Dice: “Estimulados en nuestro propósito, por la condescendiente benevolencia del mismo doctor Vélez Sarsfield, que nos proporciona algunos libros difíciles de conseguir aun en Europa, podemos ofrecer una obra que debiera llamarse La Biblioteca del Código Civil Argentino, si no hubiéramos preferido presentarla, simplemente como la reunión de las Concordancias y fundamentos del mismo, para que tengan así los magistrados, abogados y estudiantes el medio de comprender mejor la utilidad de este trabajo”.

25. Sarmiento con su clara e iluminada prosa dedica varias páginas de su monumental obra a distintos pasajes de la vida y obra de Vélez (103). Cuenta Sarmiento una anécdota, en el trámite del Código Civil, que dos notables juristas que “ponían objeciones a una de ellas, dijo una vez por contestación final: puedo poner en mis notas, como lo hago con Troplong y otros eminentes jurisconsultos de quienes me separo a veces, contra Fulano y Mengano que opinan lo contrario”.

Por aquellos años, la Revista de Derecho Internacional y de Legislación Comparada, publicada en Bruselas, donde entonces colaboraban grandes jurisconsultos con el propósito de tener a todas las naciones al corriente de los progresos de las ciencias jurídicas, dirigió a Vélez una felicitación por el Código Civil.

Cuenta Sarmiento de Vélez (104): “Pocas veces un hombre ha pasado por torturas iguales a las que sufrió el doctor Vélez, a causa del Código de Comercio. Tres años de debates en el Senado versaron más bien sobre su persona que sobre el texto del Código; y aun después de sancionado, estuvo expuesto a contradicciones tan desnudas de fundamento y justicia como innecesarias. Lo que era de admirar en tan larga oposición es que jamás apareció en la prensa un examen crítico de la obra, que mostrase sus errores, y que hubiese verdaderos jurisconsultos que la impugnasen,

(103) Obra de D. F. Sarmiento, Buenos Aires, 1899, tomo XXVII-375.

(104) Ob. cit. p. 375.

aunque no faltasen abogados que uniesen su voz a las resistencias que provenían de fuentes menos autorizadas...”

El presidente Avellaneda, en su oración fúnebre, dijo entre otros conceptos:

“Las breves palabras de una improvisación arrancada a dolorosas emociones, no pueden compendiar en una síntesis las manifestaciones de una inteligencia tan vasta...” “La palabra está dicha. He ahí el sello del hombre. Los que componemos las generaciones presentes no olvidaremos la figura y oratoria del doctor Vélez Sarsfield”.

Tenía en su voz —destacó— aquellos acentos que se graban en la memoria de las asambleas o de los pueblos, y que ponen en presencia del orador la posteridad lejana. Dijo, “cuando algunos años hayan pasado, cuando los que estamos aquí presentes hayamos entrado en esas horas crepusculares en las que los últimos murmullos del día se confunden con los primeros silencios de la noche, cuando nuestro pensamiento se vuelva ya con predilección hacia el pasado, para reanimar sus espectáculos por el recuerdo, todos diremos: ¡oh, qué orador!”.

Señalemos que situado el Código Civil en su perspectiva histórica, la obra y su autor trascienden inmensamente. No fue un recopilador al azar de leyes o un erudito que supiera ordenarlas: armó una nueva legislación en la que la sabiduría antigua y la ciencia moderna se hermanaban confundidas en una corriente conformada en loable proporción.

26. Con relación al derecho patrimonial, Vélez tenía un pensamiento de atribuirles una significación absoluta y, asimismo, entendía que era preponderante la corriente inmigratoria, toda vez que la consideraba importante para el desarrollo del país y la colonización, sin perjuicio de ser conciente de los riesgos que ello significaba una de las pautas que adoptó, fue orientar las prohibiciones de todo aquello que significase la afectación territorial por plazos más o menos largos, y de todo “cuanto entrañase la inalienabilidad de los derechos. Se propuso que los valores circularan con libertad y sin reatos: que la actividad económica resultase favorecida y estimulada (por caso, limitación del arrendamiento a diez años); la supresión de varios derechos reales que, como la superficie y la enfiteusis, o son fuentes de conflicto como el primero, o mantienen indecisa la situación de los inmuebles y su consiguiente productividad como los segundos; la prohibición de que los particulares puedan establecer otros derechos reales que los reconocidos por el Código (105).

(105) Cfr. COLMO Alfredo, “El Código Civil Argentino, en relación a sus principales supuestos económicos”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, N° 14-618.

27. Sarmiento (106), entre otros conceptos en su despedida mortal, dijo: “El doctor Vélez por sus Códigos cuenta en Europa y América, entre los maestros en las ciencias jurídicas” y “El estudio del latín lo llevó a la legislación comparada de las legislaciones modernas. Sus Códigos y la apreciación que de ellos han hecho los juriconsultos europeos, muestran que nada más allá del punto a que él llegó había abarcado el mundo. Era un juriconsulto tan completo en Francia, Alemania y EE.UU, como no lo creían sus propios compatriotas en su país”.

“El doctor Vélez ha salvado con el duro trabajo de medio siglo, estas barreras naturales, y su nombre, sus trabajos y sus libros, lo harán vivir con nosotros, nuestros hijos y los de otros países, por una larga serie de años, si no por siempre, mientras haya leyes, crédito y comercio, que tanto favoreció”.

¡Adiós, viejo Vélez!

28. Lisandro Segovia, notable y versado jurista en Derecho privado, a quien además el país le adeuda un Proyecto de Código de Comercio, nunca tratado por el Congreso aun cuando se lo solicitara el Poder Ejecutivo, tuvo el mérito no menor de redactar un Código Civil y otro de Comercio, explicado y comentado bajo forma de notas.

Su magno Código Civil (107), escrito a la década de sanción de aquella obra, tiene entre otros méritos iniciar su estudio con un amplio detalle de la bibliografía que consultara el doctor Vélez.

Dice Segovia que el Código referido es un monumento de sabiduría, talento y sagacidad de su autor. Pondera el método, plan de la obra, ciencia y acierto que lo distingue; buena redacción de su articulado, resultando un trabajo legislativo que supera a sus modelos.

Es un trabajo notabilísimo, destinado a perpetuarse en el tiempo y a ejercer influencia en el progreso de la ciencia del Derecho y en las leyes civiles de América del Sud.

Y en cuanto a la precipitación con que fue redactada obra de tamaña magnitud, —menos de cinco años—, es evidente que sin una preparación especial no es posible redactar en tan corto espacio de tiempo un Código general, como es el Civil; y si el Dr. Vélez Sársfield, se dio tanta prisa es

(106) El Dr. Vélez Sarsfield, Oración fúnebre de Domingo Faustino Sarmiento, el 31 de marzo de 1873, Sarmiento Obras Completas, Buenos Aires, 1899, p. 6.

(107) Buenos Aires, 1881, imprenta Pablo Coni.

quizá porque, ya muy anciano, preveía la cercana terminación de su preciosa existencia.

Antes de precisar los detalles a los que acudiera Vélez, dice Segovia “iniciamos la explicación y crítica de cada artículo y de cada nota del Dr. Vélez, indicando la concordancia exacta del artículo o de la nota, no ciertamente con el propósito de menoscabar el mérito del Codificador, sino por las muchas y conocidas ventajas de las concordancias exactas”.

Luego de pasar Segovia revista a los antecedentes a que recurriera Vélez en su Código, considera aspectos destacados de la gran obra:

Método y trabazón del Código. “El método o plan de la obra del Dr. Vélez es en general admirable... nunca se encarecerá suficientemente la importancia del método, sobre todo en los trabajos de codificación, y ella no escapó al talento del Dr. Vélez...”; dice luego: “...consecuencia de la variedad de fuentes en que nuestro Código se ha inspirado resultan la poca trabazón y el no perfecto encadenamiento de la obra; y de aquí los olvidos, las repeticiones y la poca coherencia que se encuentra a veces en ella...”

Terminología. “En Derecho, la inexactitud de las palabras conduce con harta frecuencia a la inexactitud de las ideas. La poca precisión de la terminología que en nuestro Código se nota y sus frecuentes galicismos son también escollos del eclecticismo...”

Tratados deficientes o confusos. “El ser completo es uno de los méritos de nuestro Código...”

Notas del Dr. Vélez. “Las opiniones del Codificador no pueden valer sino como doctrina más o menos autorizada...”

Citas del Codificador. “En la utilización de las citas y en el orden y manera de hacerlas no se ha seguido ningún sistema...”

29. Nuestro propósito quedaría inconcluso si en la decisión de sustituir en todo o en parte el Código Civil —o no—, se prescindiera de reseñar o bien rememorar a los autores que inspiraran a Vélez Sarsfield en su labor, concientizando así en el “quehacer” con la magnitud de la obra.

Es aquí donde surge una primera curiosidad histórica que hemos leído en la obra original de Salvat (108) en alusión al que Vélez denomina “*derecho científico*”, incluyendo en tal proposición a Savigny, Zacharie y Story.

(108) Ob. Cit. p. 119, nro. 193.

Ahora bien: aludiendo a idéntica referencia de Salvat, que parafrasea a Vélez, en su nota de remisión al gobierno, respecto del primer libro, aludiendo a sus “guías principales”, Colmo (109), alude a los autores antes citados como integrantes de la “doctrina jurídica”. Y, se agrega, entre las fuentes del Código Civil, todos los Códigos publicados en Europa y América, principalmente el Proyecto de Código Civil para España de Goyena, el Código Civil de Chile y el Código elaborado para Chile por Andrés Bello.

Andrés Bello fue bien consultado por Vélez. Y si la gravitación del Código de Chile en el de Vélez se juzgara con amplitud de criterio, no se duda en la cantidad de coincidencias en ambas obras. El Código de Bello fue citado en 134 notas de nuestro Código y en la gran mayoría, son de Concordancia (110).

Asimismo, el Código General para los estados Prusianos, también resultó fuente de nuestro Código, tal el interesante estudio que realizara el doctor Pedro León, dando cuenta de los antecedentes que, entonces, utilizara Vélez (111).

Segovia (112), tras una investigación pormenorizada, dice que las fuentes principales del Código Civil son el Proyecto Freitas para los tres primeros libros; Aubry et Rau y el Código francés, para los tres últimos libros, y Goyena y el Código chileno para todo el Código. Vienen enseguida —dice— Zacharie, sus anotadores Masse y Vergé, Troplong, Demolombe, el Código de Luisiana, Pothier, Acevedo, Marcadé, Durantón, Chabot, Pothier, Merlin, Toullier, Duvergier, Persil, etc.

Con relación al *Esboço* de Freitas, tan consultado por el Codificador, caben algunas anotaciones. Salvat (113), cuando se refiere a dicho estudio, lo califica como un anteproyecto más que un proyecto de Código, y le atribuye carácter doctrinal con un articulado difuso, consagrando en muchos de ellos “simples principios de derecho, que en una ley no deben figurar” (textual).

(109) Ob., cit., p. 149.

(110) Cfr. RISOLÍA Marco Aurelio, “Bello y el Código Civil de Chile”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 36.

(111) “El Código de Prusia como fuente del Código Civil argentino”, Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año III, Córdoba, Argentina, 1945, p. 114 y ss.

(112) “El Código Civil argentino, su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Buenos Aires, 1881, p. XIX y ss.

(113) Ob. cit. p. 118.

El autor antes citado, dice que, por el contrario, nuestro Código tiene una redacción precisa; sus artículos establecen reglas prácticas de derecho y sólo por excepción hay algunos que son meramente doctrinales.

Volviendo a la obra de Lisandro Segovia (114), nos dice: “El Código Civil Argentino es indudablemente un monumento de sabiduría que hace honor al talento y sagacidad de su autor”, lo que significa también un homenaje a Freitas teniendo en cuenta que por iniciativa de Vélez éste tuvo en vista el proyecto de aquél tomando muchísimos artículos.

Hasta aquí, antecedentes personales, fuentes jurídicas y conocimientos de inspiración de tan ilustre Codificador. Sin embargo, un rasgo no menor en la personalidad de cualquier ser famoso que transitara este mundo, marcando senderos de verdad, es aludir a una breve semblanza de la otra faz de su vida: la ideología.

En este último sentido, Pedro León, en un breve pero ilustrado trabajo acerca de Vélez (115), destaca la firme adhesión del Codificador a la religión católica, lo que está de relieve en sus ideas y formulación legal —entonces— acerca del matrimonio.

Vélez advirtió la marcada religiosidad del pueblo argentino y era algo que a nadie se le había ocurrido controvertir, de allí que pensara que la mejor legislación es la que favorece los progresos de la moral pública. Y, como entonces, la moral estaba estrechamente unida a la religión católica, su sabiduría le indicó vincular a la ley, la vigencia de los principios de la religión cristiana (116).

Conocía que como bien preconizaba Shakespeare (1564-1616) “no hay nada peor que la injusticia de la justicia”, o bien, que había que rehuir del vaticinio del Conde de Mirabeau (1749-1791), que “todo se corrompe bajo el influjo de las malas leyes”.

No es de extrañar que a la primer máxima dedicara, entre otros, el art. 2470 del Código, calificado como un precepto que justifica la “justicia privada” y que a la segunda advertencia, la contrarrestara con el art. 923 del citado ordenamiento, en cuanto, “La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos”.

(114) Ob. Cit., Introducción, p. XVIII.

(115) Ideologías atribuidas al codificador, LL 135-1307.

(116) Cfr. MARTÍNEZ PAZ, ob. cit., p. 239.

En otra perspectiva, bien se ha dicho que nuestro Código Civil está “*penetrado por el espíritu de la moral*” (destacado nuestro) (117), obviamente, lo que se atribuye a su autor, Vélez: entre otros, arts. 14, inc. 1º (“*la inaplicabilidad de la ley extranjera, entre otras, así resulta, si se opone a la moral*”); 1206 (alude a los contratos celebrados).

La extensa nota a los arts. 2567/70 Cód. cit., trata en su título “De la especificación o transformación” y dan cuenta “que el Derecho romano y el Derecho de las Partidas no daban ninguna indemnización al especificante de mala fe. Nosotros no le concedemos el derecho sino al mayor valor que hubiese adquirido la cosa por su trabajo, por el *principio moral de que nadie debe enriquecerse con el trabajo ajeno*” (destacado nuestro).

De manera que coincidentemente con la afirmación de Moisset de Espanés (118) el deber moral es general, indeterminado e incoercible.

Vélez, eminente juriconsulto, tenía conceptos claros acerca de nociones básicas y de uso diario en el mundo jurídico, por parte de profanos y entendidos. Sabía y conocía bien, que el Código Civil es un instrumento político y sociológico de primer orden, por lo mismo que es la ley de la vida privada.

Y, es de señalarlo, no deja de resultar llamativo que un destacado pensador como Gustav Radbruch (119), identificara la idea del Derecho con la justicia, mientras que Vélez, por el contrario, tenía bien claro tales distingos. En efecto, en nota al artículo 2589, citando a la autoridad de Marcadé, dice “...El Código ha querido y sabido ser justo” y, en el artículo 505 inc. 1º, del citado cuerpo al referirse a los efectos de las obligaciones, dice “...Darle derecho para emplear los medios legales...”

Y si bien nuestro Código no mencionaba a la “buena fe” en el art. 1198, de su texto resultaba implícito, aunque no expreso como era en la redacción de Freitas en el art. 1954. Más donde se afirma explícita y genéricamente la norma ética al punto de constituir el principio rector de toda relación jurídica, es en el art. 953 con referencia al objeto de los actos jurídicos cuando prohíbe que lo sean los hechos contrarios a las buenas costumbres o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero (120), tampoco pueden constituir condiciones

(117) MARTÍNEZ PAZ, ob. cit., p. 238.

(118) “Obligaciones naturales y deberes morales”, Zavalía, Buenos Aires, 1998, p. 31.

(119) Filosofía del Derecho, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 44.

(120) Cfr. arts. 21; 502; 530; 795, etc.

de los hechos humanos, aquellos actos que comporten restringir la libertad de fijar domicilio, mudar de religión o bien cambiar de estado civil.

Un tema que a lo largo de todas las épocas, no ha estado exento de reparos, objeciones y controversias, además, de las connotaciones ideológicas, políticas sociales y cuantas más críticas se puedan efectuar es lo relativo al dominio y la concepción que acerca del mismo formulara Vélez.

Pocas instituciones como la propiedad, han experimentado en igual grado la influencia de los fenómenos sociales de todo tipo y ninguna categoría del pensamiento jurídico ha sufrido más la presión de las ideologías (121).

Releyendo al Codificador, parece claro que no fue su idea atribuir al dominio un carácter absoluto, acorde las prerrogativas que conlleva, máxime a tenor de la nota al art. 2506, Cód. cit. en que se asigna a aquél el estar sometido, de manera absoluta y exclusiva a la voluntad de una persona; si bien el Codificador, excluyó de la parte final del precedente enunciado, la frase “de una manera absoluta y exclusiva”.

Surge del pensamiento de Vélez, quien se aparta de las fuentes relativas al dominio, omitiendo la índole “absoluta” que éstas asignan a dicha figura en el ejercicio propio de ese derecho, no implica desconocer que por absoluto también deba entenderse la suma de aquellas facultades y, asimismo, su oponibilidad *erga omnes* que distingue a los derechos reales de los derechos personales.

Sin embargo, a lo dicho pareciera enturbiar la nota del art. 2513, donde se lee: “Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituyese juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en Juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”. Recuerda a Delmolombe, quien dice que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban. En el pensamiento de quien así se expresa está implícita la idea de que tal modo de actuar no está legitimado, y si las leyes no reconocen ni aprueban esa forma de ejercicio, también se anticipa que tal conducta es ilícita.

(121) Cfr. BUSTAMANTE ALSINA Jorge H., “El pensamiento de Vélez Sarsfield a 114 años de vigencia del Código Civil”, Anales Academia de derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXX, nro. 23, p. 37.

A raíz de lo expuesto, se ha argumentado (122) la prudencia de Vélez al no querer imponer al derecho de propiedad restricciones preventivas fuera de las que conforman el normal ejercicio del derecho de dominio. Pues si en el hecho de ejercer el dominio se ejercieran excesos, ellos no serían legítimos y correspondería a los jueces sancionar.

A la época de su sanción y hasta nuestros días, el Código Civil subsiste como la gran ley civil reglamentaria de nuestra Constitución Nacional, una titánica empresa cometida por un solo jurista, que se asienta en el principio básico de la libertad, es muestra de la buena fe y se enmarca dentro del orden público y la moral.

Su estructura no podrá mutarse sin afectar las raíces históricas de nuestra cultura y civilización, cuyo fundamento es el orden, la paz, el Derecho y la Justicia.

El insigne Vélez también consideró en su gran obra el Derecho Natural, no como norma del derecho positivo, sino como el espíritu inspirador que subyace en las soluciones justas (123).

El codificador nos legó la estructura fundamental de nuestro orden jurídico, demostrando que fuera una personalidad de excepción. Sobrevive su espíritu y la memoria de su contribución científica a engrandecer la Nación. Su exquisito intelecto dejó invalorable frutos que todos aprovechamos.

XIII. Método

30. Nada más difícil que la metodología a adoptar a raíz de una enmienda —total o parcial— legislativa o bien los pasos que habrán de seguirse en la hipótesis de la redacción de un código.

No en vano, Vélez Sarsfield en el oficio de remisión del primer libro del Código Civil, en junio 21 de 1865, anticipaba al ministro de Justicia Costa “El medio que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios”; decía “En el código de Napoleón, y en los diversos Códigos que lo toman por modelo no hay ni podría haber método alguno. Un sólo artículo de un Código puede decidir de todo el sistema que deba observarse en su composición, o hacer imposible guardar un orden cualquiera”.

(122) BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. p. 39.

(123) Cfr. LEÓN, La ideología, cit. p. 1308.

Y dice “yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas”.

Pero por sobre todas las cosas, la difícil y compleja elaboración de un Código, compete a una comisión técnica, integrada por los más versados y eficientes en las materias a considerar a fin de que resulten obras armónicas. Un Código no es una mera amalgama, que aglutina preceptos similares o allegados. Debe señalarse que cualquiera sea la causa inmediata y particular en cada Estado que fuere, el movimiento codificador se debe a las doctrinas filosóficas del siglo XVIII y fue preparado por la Escuela del Derecho Natural.

Por el contrario, un Código es algo más que eso: es un conjunto armónico y sistemático de disposiciones, que debe obedecer a principios científicos uniformes y estar dominado por una elaboración técnica perfecta. Es la reducción a unidad orgánica de todas las normas vigentes en un determinado momento histórico mediante la publicación de cuerpos de Derecho (124). Esto da una delicada y azarosa construcción de medios. Y si la tarea de elaborar un Código se entrega a quienes no tienen un dominio completo de la ciencia jurídica, en palabras de Colmo (125) “tendremos el mundo al revés. El gobierno de las cosas jurídicas por subjetivismo impresionista e individual de cada uno, la objetividad jurídica sujeta al personalismo de los criterios”.

Ha dicho Orgaz (126) que toda reforma bien encaminada debe establecer antes del “cómo”, “qué” se va a reformar; si no se sigue un orden ineludible, cualquier reforma corre el riesgo de andar a la deriva y de llegar, al término de esa tarea, a un resultado que al comienzo nadie sospechaba, ni siquiera los mismos reformadores.

En un destacado estudio publicado hace varios años (127), José A. Buteler recuerda cierto parecer que se empeña en afirmar, que lo del método

(124) DE RUGGIERO, “Instituciones de Derecho Civil”, Madrid, Reus, 1929, 4º ed., Vol. I., p. 102.

(125) Técnica legislativa, cit., p. 19 y ss.

(126) La Reforma del Código Civil, Boletín de la Facultad de Derecho, Córdoba, año II, nro. 5 p. 240.

(127) Método del Código Civil, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1956, año XX, nro. 2, p. 529 y ss. La Codificación puede considerarse como

referido a la obra de la codificación civil, no es asunto de mucho monto, de significación muy principal. Tal apreciación, se funda en: la valoración fundamental de un cuerpo de leyes, su eficiencia jurídica no ha de depender del método, asunto que sólo atañe a lo externo, al aspecto técnico-práctico de la realización de la tarea. Entiéndase que la valoración fundamental de un Código, depende tan sólo de su contenido sustantivo, de la bondad intrínseca de los principios que el Código proclama; de la legitimidad racional de esos principios, mirados a la luz de los postulados de la justicia; de la capacidad de adaptación de esos principios al ambiente social e histórico donde han de imperar; de la ductibilidad de los mismos para adecuarse a las exigencias de la evolución y el progreso de los pueblos.

Dice el autor entre otros conceptos, rebatiendo lo transcrito, cuan vital que resulta la técnica jurídica en la difícil y compleja tarea que es la codificación, donde el método ocupa un lugar de preferencia.

El método del Código Civil es científico (128), pues resulta de acuerdo con las tendencias y modos de ser de la sociedad (de la época), sus disposiciones resultaron claras y precisas y existe un orden en sus preceptos (129).

Y en este plan estrictamente técnico, el de la metodología, no puede omitirse la contemplación de: plan; estructura o esquema; ordenación y clasificación de las instituciones.

Estas pautas son todas de logro anhelado, más no pueden desatender un dato jurídico y, a su vez, pragmático: "...un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste" (doc. art. 913 Código Civil).

Dicha forma exterior es el lenguaje que trasunte claramente, y en forma invariable y rigurosa, las correspondientes ideas. Es que la ley contiene palabras, estas en función del Derecho con una ambientación especial, que en detalle, les puede hacer cambiar, trasladar o sustituir el valor semántico.

En suma: será el lenguaje propio del Derecho.

una ley natural de la evolución jurídica, reconociendo varias causas: simplificar y ordenar las múltiples reglas jurídicas esparcidas en leyes diversas y contenidas en costumbres o usos diversos; la necesidad de unificar varias legislaciones, etc. Ruggiero, ob. cit., p. 102.

(128) SALVAT, nro. 209.

(129) SALVAT, ob. cit., nro. 208, p. 120.

La terminología de la ley es como el idioma en la vida. Debe ser clara, precisa y uniforme. Al decir de Bibiloni (130) “enuncia una idea pero no nos dice cómo la realiza. Pero en derecho una idea no es un proyecto. Hay que traducirla en disposiciones y según lo que éstas contengan se tratará de una idea exacta. También, según su contenido, podía resultar una idea equivocada, y hasta peligrosa”.

Y, si en el particular se trata de la unificación de la legislación, la buena técnica aconseja encontrar sinonimias entre vocablos del derecho civil y comercial que no coincidan estrictamente en su significado al ser utilizado en sendas disciplinas.

31. Hasta aquí lo expuesto, un enfoque doctrinal de lo posible, en aras de estructurar de la mejor manera un Código.

Según decreto del 20 de octubre de 1864, el presidente Bartolomé Mitre, designa a Vélez Sarsfield “para redactar el Proyecto de Código Civil”, designación que le es comunicada por nota de la misma fecha, suscripta por el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor Eduardo Costa, nota de la que resulta interesante destacar algunos aspectos, para valorar la importancia que se asignó a la tarea que se encomendaba, como también justifican la forma en que Vélez encaró el trabajo, el porqué de sus explicaciones y sus notas al articulado del Código y aun dan razón a la inclusión de normas más de una vez criticadas por considerárselas impropias por su contenido doctrinario. Entre otros conceptos, decía “...sería conveniente que en los diversos artículos que lo forman, sean anotadas las correspondencias o discrepancias con las disposiciones del derecho establecido en los códigos vigentes de la Nación, así, su conformidad o disconformidad con los Códigos Civiles de las principales naciones del mundo”.

De más está decir que en el plan del Código, las notas tienen un valor inapreciable, pues contienen las fuentes, los planteos y las soluciones, las más de las veces adecuadas. Ello, sin embargo, las notas sobre la génesis del pensamiento del codificador y otras referencias más (131).

¿Qué reflejos hay de lo expuesto en los mentados proyectos de unificación?

(130) El saldo de la reforma, cit. p. 21.

(131) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Las notas del Código Civil argentino, y la publicidad registral”, JA 1997-III-755.

En oportunidad del Proyecto de unificación del año 1987, una de las proposiciones que tuvo recepción fue la que consideró:

Independizar del Código de Comercio la legislación que le estaba incorporada.

Modificar el Código Civil de modo que supla la derogación del Código de Comercio, y modernizar algunos de sus contenidos.

Modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación.

Derogar el Código de Comercio.

Esta alternativa motivó algún comentario crítico (132), pero en suma fue el que adoptó la Comisión con las enmiendas pertinentes.

Sin agotar el inventario de los variados proyectos desde 1987, en adelante, el Proyecto de la Comisión Federal, propuso la siguiente “Metodología general”:

Se independiza del Código de Comercio toda la legislación que estuviera incorporada a él.

Se deroga todo el Código de Comercio.

Se modifica el Código Civil para suplir la derogación del Código de Comercio.

Se reforma parcialmente el Código Civil y algunas leyes especiales, para adecuarlos a las exigencias actuales.

Se respeta en lo posible la numeración del Código Civil y se incluyen las notas de Vélez, que constituyen, sin duda, el primer tratado en la materia.

XIV. Método (continuación)

32. En el ap. 30, se han desarrollado los grandes lineamientos de la metodología a cumplir en una reforma de cualquier magnitud que fuere proyectada para el Código Civil. Esto es, armar la estructura formal del Código, que debe responder a una ordenación, cuanto más rigurosa y estricta, así serán las calidades del régimen preordenado: capítulos, secciones, títulos, etc.

(132) Cfr. CÁMARA Héctor, “El método en la reforma de la legislación civil y comercial”, RDCO año 20, nro. 115/20, p. 740 y ss.

Al decir de Colmo (133) se trata de mostrar la coordinación sistemática y unitaria de los diversos y variados elementos que en conexión unos con otros están vinculados, de manera que se recepte lo orgánico e integral de cada institución.

La metodología, trasunta una precisión científica que difiere del dogmatismo.

La base de la experiencia, la apreciación de la realidad jurídica y la adecuada reducción de conceptos, a través del lenguaje apropiado, generan la norma legal. Y, así el Derecho, en razón de su propia esencia, predica contenidos que le pertenecen.

Allí nos encontramos con el antecedente de lo que resulta el método, el que gira en determinados precedentes: conocimiento personal y directo de la actividad jurídica y una autorreflexión acerca de la misma (134).

La substantividad jurídica requiere de un método inherente que será el que determine las directrices a las que deba adaptarse el jurista (135).

La convocatoria a elaborar la doctrina de un Proyecto de unidad legislativa, debe partir de la Secretaría de Asuntos Legislativos, dependencia que seguramente estará vinculada a la Secretaría de Estado o bien Ministerio de Justicia, quien conformará una Comisión selecta de versados jurisconsultos, así reconocidos por la comunidad jurídica. Dicha integración por expertos versados en Derecho privado, deberá responder a la iniciativa directa de quien fuere convocante quien, además, redactará un anteproyecto de régimen procedimental de trabajo interno y metodología del proyecto, luego de análisis consensuado por los diversos convocados.

En razón de la importancia de erigir una Comisión constituida por los “mejores y destacados” juristas, en función de la trascendencia que tienen lo que será “un Código de vida”, no urgen los tiempos en la medida que las sugerencias que se recepten apunten a la selección limitada de aquellos, considerados como los más idóneos y versados para aquella responsabilidad.

El procedimiento de trabajo no puede desatender los Proyectos fracasados, rescatando lo apropiado para la hora actual, para no caer en el error

(133) Técnica, cit. p. 182, ap. 54.

(134) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “Metodología del Derecho”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, p. 380.

(135) HERNÁNDEZ GIL, “Prefacio”, ob. cit., p. XV.

de redactar sin mayor reflexión; además, cabe que la Comisión sea cautelosa en la inclusión de preceptos originales o novedosos, generalmente delicados y en desarmonía con las circunstancias de tiempo y lugar, en función de la mirada fija que cabe contemplar en los intereses generales en la respectiva normativa.

Lo óptimo e ideal en tamaña tarea es sintetizar los preceptos jurídicos en principios claros y precisos.

A) Lineamientos

Nuestro Derecho Civil ha sido concebido como un “sistema” que más allá de los acontecimientos de las realidades que debiera aprehender, solucionar y sobrellevar, subsiste y supera, no menos avatares, “sistema” que desde los tiempos de su codificación desarrolló su vigencia a la par de otras asignaturas, especializaciones e investigaciones cuyo cometido ha resultado las vías de la superación legislativa.

La tarea no es menor pues mientras se profundiza el estudio de la metodología legal y, demás implementaciones, la marcha de la codificación no se detiene y, claro está, los alcances de la descodificación en cualquiera de sus versiones siguen su curso.

Desde una concepción y enfoque tridimensional del mundo jurídico, forzosamente quienes estamos adscritos a la realización y ponderación de los valores (136), estamos orientados en esta senda.

Y sin una cabal y genuina axiología, no resulta factible la concepción jurídica (137).

La metodología da cuenta de la existencia de la técnica legislativa cuyo cometido es la formulación y configuración de preceptos jurídicos (138), que abarcan distintos matices.

Aludiendo al Derecho Civil, lógico corolario es su codificación, en la medida que traduce y consagra a aquél, se dice: “El Derecho civil tiene un sentido de universalidad que le falta al Derecho Público...” (139).

(136) STRATTA, Alicia Josefina y Stratta, Osvaldo J., “Enfoques sobre la metodología del Código Civil Argentino”, LL 1986-E-1179.

(137) GUASTAVINO, Elías P., “Sistema y axiología en el Derecho Civil”, LL 138-1035.

(138) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La técnica legislativa del proyecto de Código Civil de 1998”, LL 1999-D-1100.

(139) NOVILLO CORVALÁN Sofanor, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas, Córdoba, 1939, p. 15.

El Código Civil, es así, una especie de ley, mas una ley especial por su contenido y extensión racional que se propone regular conductas humanas en todos los tiempos y latitudes (140).

A propósito de la metodología del Código, es ilustrativo lo que señala Colmo (141) pues a su juicio, el plan ideal es el de los pandectistas alemanes —que copiaran a Savigny y a otros autores franceses, todos— prestigiosos a partir de 1895.

Y si bien un Código es una buena expresión de la ciencia, debe captar la psicología popular para adentrarse en la mente de los destinatarios del precepto jurídico; así, acorde al medio destinado, y con realismo, tendrá proyecciones de futuro y segura perdurabilidad.

La precedente finalidad debe traducir una reducción lógica de los pensamientos del legislador exteriorizando, claridad conceptual y la utilización de una accesible oralidad (142).

La redacción debe posibilitar que con el devenir, sus previsiones puedan desarrollarse y adecuarse a los requerimientos fundamentales de la sociedad de manera que resulten flexibles para que sus múltiples contenidos genéricos y, asimismo, recepen las necesidades imprevisibles del futuro.

El texto legal debe ser preciso, conciso, dotado de sensatez, buen sentido, caracterizado por la prudencia y circunspección, obra de un legislador con formación e información jurídica. Cabe honrar el presagio de Alfonso el Sabio en las Partidas, al decir que las leyes hay que hacerlas con el consejo de todos los hombres buenos, más honrados y sabios del lugar. Ripert, citado por Cámara (143), se quejaba hace muchos años, como “signo de la declinación del derecho”, que la normativa legal haya pasado a manos de políticos, por consentimiento expreso o implícito de los profesores, jueces y abogados, perdiendo los textos precisión y acierto, alterando la armonía que debe existir entre ellos.

A propósito del lenguaje empleado, dice Gastaldi (144) que en muchos casos la redacción de las normas tendría que tener mayor rigor jurídico, “o

(140) Cfr. LORENZETTI R. L., “Las Normas Fundamentales del Derecho Privado”, Rubinzal Culzoni, 1995, p. 13.

(141) Ob. cit., p. 191.

(142) Cfr. GNECCO, Emilio P., “Algunas reflexiones acerca de la elaboración de las leyes”, LL 1979-A-683.

(143) “Estudios de Derecho Societario”, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 20.

144 “Nuevos Estudios”, cit. p. 68.

si se quiere, ser más preciso, más normativo, porque a veces parece como declamativo, más propio de un comentario que de una ley..." (ello, a raíz del Proyecto de Unificación del año 1995).

B) Notas del Código Civil

La gran obra de Vélez contiene el rasgo singular de haber incorporado notas, tal la sugerencia del ministro de Justicia Costa, lo que facilita la interpretación y denotan el sentido propuesto por el legislador (145).

Luis V. Varela (146), en su día, elogió la citada opción de Vélez diciendo que "tan previsor como ilustrado... ha salvado las dificultades interpretativas con las concordancias y comentarios".

En una destacada investigación, Luis Moisset de Espanés (147), nos dice que las notas que el codificador argentino colocó a su Código, "constituyen un verdadero texto de doctrina, explicativo de las normas que incluyó en su trabajo..." Agrega (148) dicho autor que, lo comúnmente denominado *notas* del Código Civil, el propio legislador distinguió a las *citas, concordancias y notas*.

Las notas no son ley (149), carecen de valor normativo (150); no obstante la virtualidad de lo dicho, la circunstancia de que Vélez no hubiere seguido un criterio expositivo uniforme en el desarrollo de las *notas*, no excluyen la eficacia expositiva de ciertas doctrinas; antecedentes autorales; concordancias legales; ejemplos, referidos, etcétera.

El valor hermenéutico de cada nota dependerá de su respectivo contenido (151), no pudiendo enunciarse criterios genéricos: las 23 notas que Vélez cita de Freitas no tienen todas el mismo rigor (152) o significación. En otros supuestos, la jurisprudencia se ha ocupado de remarcar el con-

(145) ÁLVAREZ, Agustín, "El método del Código Civil Argentino", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, Argentina, 2009, t. I, p. 41.

(146) "Concordancias", cit., p. 9.

(147) "Publicidad Registral", Zavalía, 3º ed., Buenos Aires, 2003, p. 421 y ss.

(148) Ob. cit., 424.

(149) Cfr. Busso, E. B., "Código Civil Anotado", Ediar, Buenos Aires, 1944, tomo I, p. 149, nro. 67.

(150) LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit.

(151) BELLUSCIO-ZANNONI, "Código Civil y leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado", Astrea, Buenos Aires, 1978, tomo I, p. 85.

(152) GATTI, Edmundo, "Freitas en las notas del Código Civil", LL 1975-A-1094.

trasentido de la nota respecto del texto legal (153); o bien su contenido contradictorio (154) y, en otras hipótesis, se clarifica el dispositivo normativo: arts. 3573; 3477, etc. Código Civil.

En algún caso ha existido identidad de parecer, respecto de lo destacado de la nota pertinente, en cuanto cabe atribuirle el sentido propio de Vélez (155) *“La nota del codificador no tomada directamente de obras de derecho, que contiene una exposición propia de la doctrina que considera oportuna, asume un valor especial, y debe verse en ella la expresión del pensamiento del legislador y del alcance de la ley”*.

Díaz de Guijarro (156) considera que la opinión del codificador —la nota— no puede aislarse del texto legal y revelan su parecer. Concluye en que las notas de Vélez importan la interpretación auténtica de la ley, dado su carácter de único redactor y sólo sus palabras pueden establecer el sentido del texto. Y, a las notas —dice— hay que recurrir, porque en ellas “el pensamiento inspirador aparece claramente sintetizado, y con él el verdadero espíritu del codificador” (voto del doctor Tobal).

Resume su idea de la siguiente manera: las notas son el desenvolvimiento de la idea contenida en la norma, por su correlación misma, por la naturaleza idéntica de los temas, el codificador pues, “ha de haber querido algo efectivo y adecuado, antes que una cosa sin sentido e inadecuada” (Windscheid); artículo y nota, no son términos opuestos ni excluyentes, sino partes de un todo, que se expresa, primero, por la fórmula del artículo; y, después, por la nota.

Y así como nuestro histórico Código Civil se sancionó con las *notas* referidas, los textos proyectados —entre otros— por caso el Proyecto de unificación de 1987, tenía adjunto “Notas Explicativas”; el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio”, estaba acompañado de una extensa nota de “Fundamentos” y, el Proyecto de unificación, según decreto 468/92, consignaba como “notas”, “fuentes”, asimismo ilustradas con doctrinas, etcétera.

Gastaldi, comentando el Proyecto de unificación del año 1995, no comparte la supresión de las notas, cuya inclusión —dice— siempre propició. Sostiene que las notas ayudarían al análisis y en más de un caso, a su interpretación, máxime cuando muchas soluciones se habrían tomado

(153) LL 7-740.

(154) LL 20-501, acerca del alcance del art. 1109 del Código Civil.

(155) BUSSO, ob. cit., p. 149, nro. 68 y JA 44-233 con voto del doctor Salvat.

(156) El valor de las notas del Código Civil, JA 44-223.

de códigos o proyectos que si bien son modernos, son pocos conocidos cuando no desconocidos a nivel general de la población.

El autor antes citado en un destacado trabajo (157) indica como pautas a ponderar en una reforma: efectuar un reordenamiento del tratamiento de temas, que reordenen los géneros; evitar repeticiones innecesarias y contradicciones, soslayando el recurso a las derogaciones tácitas, tener en cuenta la numeración de los artículos, si bien ello dependerá de la solución metodológica que se adopte.

En cuanto a las notas, reitera su opinión de incluirlas, las que deben mencionar la fuente, lo que se observara en el Proyecto de 1987 y, entonces, se incluyó en la posición crítica, por lo cual replantea su comentario.

No comparte esta opinión el académico Jorge Horacio Alterini (158) quien comentando la metodología del Proyecto de 2012, considera como elogiable que los artículos del referido cuerpo, no tengan a su pie notas explicativas, pues se lee en los Fundamentos que: “se decidió no incluir notas, al igual que el Proyecto de 1995, y por las mismas razones”.

Dice, asimismo, que “tal como lo expresara en el año 1998, lo reitera, no dejo de valorar el atractivo dialéctico de las glosas explicativas de los artículos, pero esa tarea le incumbe al doctrinario y no al legislador. Si el legislador debe esforzarse por limitar la intrínseca vaguedad y ambigüedad que atenta contra la certeza simbólica del lenguaje y por eludir la homonimia, la sinonimia y la polisemia; resulta paradójico que a través del estilo discursivo de las notas, con una fraseología más abierta e indefinida, se desvanezca la pretendida precisión y se estimulen disquisiciones sofisticadas sobre el recto sentido de las normas” (textual).

C) Otros recursos técnicos

Está visto que el académico Alfredo Colmo no ahorró en observaciones concretas a la obra de Vélez, lo que mal que pese, es una manera particular de reordenar la letra de la ley; reafirmar el espíritu normativo, asignarle el sentido que se propusiera el legislador, quizás, desvanecido en el artículo, atribuirle la debida armonía en el contexto legal y, aspirar a una adecuada sistematización y funcionalidad del respectivo precepto.

(157) Un nuevo intento de unificación...ED 151-889.

(158) “Primeras consideraciones sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código”, LL 2012-E-898.

En este plano y en oportunidad del cincuentenario del Código Civil (159), en un acto público —Facultad de Derecho, 1921—, dijo Colmo: “... El Código es atrasado en no contados supuestos, como es errado en una fuerte cantidad de otros, y resulta muy deficiente en aspectos de toda importancia...”

Sin embargo, el autor citado (160) no vacila en el elogio de la misma obra, cuando dice, concluyendo su trabajo: “Creo yo que el Código es bueno, hasta excelente, como he dicho más de una vez en el curso de este trabajo, al extremo de que aun hoy puede resistir el parangón con cualquiera de los códigos civiles del mundo, si se exceptúa los códigos suizo y alemán y, en menor dosis el Código brasileño...”

Y más adelante (161), al mencionar la reforma de la legislación en los países americanos, dice:

“He arribado a dos conclusiones: 1º Que no hay motivo alguno en nuestros países que reclame la revisión integral de los códigos de derecho privado. 2º Que los defectos de omisión o de criterio que éstos encierran, puede ser salvados, ya por una jurisprudencia que sepa interpretar con espíritu actual los principios generales del mismo, ya, cuando esos principios básicos falten, mediante leyes especiales”.

Relacionado con el detallismo normativo, es sabido que responde a un exceso de previsión y si bien todo precepto jurídico, es una reducción de conceptos, que debe atender a lo genérico, no es censurable que el legislador incurra en cierto casuismo.

Y así frente a una marcada generalidad de preceptos, éstos coexisten con ciertos dispositivos particulares, que en aras de previsión, afectan la pauta que sugiere restringir la abundancia de la legislación: por caso, la diversidad de modo de adquirir el dominio.

Otro aspecto de la metodología está dado por la utilización de las definiciones.

La nota del artículo 495 Código Civil, de muy extenso contenido, invocando a Freitas, anticipa que las definiciones son impropias de un cuerpo de leyes, señalando que en un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conduc-

(159) Lecciones y Ensayos, 1959, nº 12, p. 66.

(160) Técnica legislativa, cit. p. 350.

(161) Ob. cit., p. 353.

ta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una manera especial.

No sucede lo mismo con las definiciones legislativas que condensan en un precepto la esencia de una institución, a la que habrán de subordinarse normas parciales que consideren los diversos aspectos de la misma (162).

La definición normativa prohibitiva, en oportunidades con mayor rigor la precisión y claridad de los textos legales.

Otra pauta que suelen presentar los dispositivos legales resultan las excepciones (163). Que pueden ser individuales (o de especie) o bien excepciones que conforman una regla: art. 1175 —pactos relativos a herencias futuras— y las reales excepciones; variedad de casos particulares, art. 3604, art. 1653, inc. 3, etc.

Existen, asimismo, conceptos legales —de recepción normativa— que en su acepción responden a una concepción —caso de la buena fe— mas en su diversa aplicación tienen variada funcionalidad, resultando una excepción regla: art. 1051, Código Civil, que da virtualidad al acto inoponible, si uno de los concurrentes fuere la buena fe, art. 3999, cit. que requiere la buena fe —entre otra— para la vigencia de la prescripción decenal; art. 4004, cit. que atribuye distinta operatividad a la buena fe ante el sucesor universal poseedor de un inmueble, etc.

XV. Acerca del lenguaje jurídico

33. El Derecho y el lenguaje nacieron y se desarrollaron de manera conjunta.

El orden jurídico se expresa en un lenguaje técnico. Y, cuando el último, se utiliza para formular conceptos jurídicos y preceptos que regulan el obrar humano, tienen máxima significación los recaudos de corrección, claridad y pureza del respectivo dispositivo.

El lenguaje que utiliza el Código Civil es un lenguaje propio de la ciencia jurídica. Diría Radbruch que el lenguaje jurídico, requiere la ausencia de sentimiento, de tonalidad, propia de las fórmulas matemáticas.

(162) Colmo, Técnica, cit. p. 262.

(163) Cfr. Un análisis metódico del tema en Fornieles Salvador, Interpretación de las excepciones, JA 1943-II-14.

La sobriedad del lenguaje es signo de la autoridad de la ley, que al resultar clara y severa, es portadora de la autoridad del Estado, por lo que no tiene necesidad ni de motivar ni de persuadir.

He aquí tres marcados postulados, uno de ellos destacado por Natalino Irti (164): el horizonte semántico del Código Civil coincide en sustancia con el de la clase política y, en cuanto a la técnica jurídica y política de la ley, ambas coinciden. Por su parte, los técnicos, no reprochan a los políticos el redactar normas con ínfimo y corrupto lenguaje; mientras que los políticos no desdennan a los técnicos ni les atribuyen insensibilidad o purismo terminológico.

El segundo dato resulta que la impropiedad del lenguaje, su hermetismo, su ambigüedad, su insuficiencia, comprometen la certeza del derecho y el vigor de la ley.

En tercer término, un lenguaje propio, cuidadosamente seleccionado, hace más comprensibles, acatables y en alguna medida permanente, las disposiciones del legislador.

Situaciones de excepción o bien la frecuencia hacen que la línea estilística del Código Civil, resulte rodeada y superada por el lenguaje que utilizan las leyes especiales: de manera paulatina, se volatiliza la relación entre ciencia del Derecho y técnica de la legislación.

La ciencia del Derecho, dirá Irti (165) ante el impulso descodificador, se detiene en los espacios de las leyes especiales y “no se esfuerza por conquistar su territorio ni por atraerlo a su propio círculo lingüístico”. Se convierte —dice— en guardián intransigente y severo con la ilusión que el paréntesis temporal de las leyes especiales se cerrará pronto.

El lenguaje jurídico de las leyes especiales es el lenguaje propio de las cosas nuevas e inesperadas. Y así, de manera súbita, el lenguaje político, genérico retórico elusivo, penetra en el texto de la ley, y se entrecruza con el lenguaje jurídico o técnico.

Entonces, el objeto o contenido de la norma goza de impotencia y debilita la intrínseca autoridad de la ley, la cual no confía en sí misma, sino que tiene esperanza en el convencimiento de los destinatarios. De aquí a la confusión, oscuridad y desesperanza, hay un paso; luego, el desacuerdo sobre las finalidades perseguidas por la ley, es el móvil ha-

(164) La Edad de la Descodificación, Bosch, Barcelona, 1990, p. 174.

(165) Ob. cit., p. 176.

cia la desobediencia o bien el estímulo a los fraudes creativos e ingeniosos.

Es que entre los juristas, a menudo surgen confusiones por no haber indagado previamente el sentido con que usan y deben interpretarse las palabras, como si el hombre de Derecho, pudiera soslayar lo gramatical y semántico; como si lo gramatical, no fuese relevante en la formulación de la ley, y la etimología y semántica, no resultaren indispensables a su interpretación.

Nada más inconveniente, entonces, que utilizar términos generales, de acepción diversa e inclusive difusa; o bien la delicada utilización de expresiones figuradas, de mal entendidas sinonimias, etc. con alcance negativos en el lenguaje jurídico, para caer —al decir de Risolía (166)—, “en la triste penumbra donde reinan las ambigüedades, las paradojas, las logomaquias. Por caso, en los debates ilustrados, a menudo se utiliza el vocablo “honesto” que significa “decente”, “recatado” “pudoroso”; aunque en su cuarta acepción pudiera también ser “honrado”; es conveniente no confundirlos. A ciertos ciudadanos, no cabe exigirles que sean “honestos”, si admitimos que esa cualidad pertenece al ámbito de lo privado, pero podemos y debemos exigirles que sean “honrados” (esfera de lo público) (167).

XVI. Definiciones jurídicas

34. Vélez, en la nota al artículo 495 del Código Civil, decía: “Nos abstemos de definir, porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial...” Sobre el tema, son varias las opiniones que se han formulado, en uno u otro sentido al que señalara el Codificador.

Los Fundamentos del Proyecto del año 2012, al referirse al tema del epígrafe, dice “se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield...”

(166) “Derecho y Lenguaje”, Separata, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XX, número 15, p. 7.

(167) Cfr. Eslava Galván, Juan, Editorial en diario ABC, Madrid, España, ej. 6-IX-14, p. 1.

Jorge Horacio Alterini, cuya autoridad como doctrinario y legislador es incontrovertible (168), dice: “Es indudable que las definiciones meramente didácticas son impropias de un texto legal, pero el legislador se debe esforzar por incluir definiciones que tengan efectivamente alcance normativo, a través de aprehender los rasgos caracterizantes de la institución regulada”.

Se comparte plenamente esta esclarecida opinión. Atienza (169), por su parte, dice que en el plano legislativo, las definiciones sirven para dar una mayor claridad y precisión a los textos y, en consecuencia, operan también como un mecanismo de distribución de poder: por ejemplo, si el legislador decide definir con mucha exactitud los términos que va a emplear en una determinada ley, lo que está tratando con ello es de que el poder de los aplicadores y de los intérpretes sea el menor posible. Probablemente sea esta circunstancia lo que explique una famosa sentencia del Digesto (debida al jurista romano Scaevola), según la cual, toda definición en el Derecho es peligrosa (“*omnis definitio in iure civile periculosa est*”).

Y el citado autor se refiere a la definición real (170) que tiene una función de clarificación lingüística y de análisis conceptual, y los juristas atribuyen en ocasiones a las definiciones, una función práctica que consiste en resolver un problema normativo, en encontrar una solución que no estaba en las normas del sistema.

Tales, según las precedentes consideraciones son las ideas que deben prevalecer en un proyecto como el que motivan nuestras reflexiones.

XVII. Descodificación

35. La realización del Derecho es actuación, movimiento, *vida* que se desenvuelve merced la actividad espontánea y reflexiva del hombre en estados que reclaman medios, instrumentos y procedimientos adecuados. Por lo que de manera metafórica, se denomina vida del Derecho: técnica jurídica.

Señala Clemente de Diego (171) que este proceso de la vida del Derecho, obedece a leyes y principios que ofrecen materia adecuada para el conocimiento científico de la disciplina.

(168) “Primeras consideraciones sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código”, LL. 2012-E-899.

(169) El sentido del Derecho, Ariel, 2012, p. 51.

(170) Ob. cit. p. 54.

(171) “Técnica legislativa Codificada”, Revista de Derecho Privado, N° 246, marzo 15, 1934, p. 65 y ss.

Y la técnica jurídica se le representa como el lado artificial de la vida del Derecho, lo que es propiamente construido por oposición a lo que en él es dado; habiendo en ella alguna cosa de lo específico al Derecho en cuanto construcción jurídica debe ser dirigida en vista del mantenimiento del orden social.

Dice De Diego (172) que la técnica jurídica normativa se ordena a la formación de las reglas de Derecho; por tanto, a la composición y redacción de las leyes ya particulares, aisladas, sueltas, fragmentarias, ya una más compleja y general, que abarque en totalidad el Derecho todo de un pueblo o de una de sus ramas. Sostiene, que no hace falta penetrar mucho en la naturaleza de las normas jurídica de que son prototipo de ley y el Código, pero al fin, son ordenación de relaciones, declarada con fuerza incontrastable, respondiendo, por tanto, a un convencimiento interior de la comunidad respecto a la conducta exterior de los hombres en su convivencia social. Concluye en que el Código, en cuanto obra literaria, dirigido a la voluntad y la inteligencia, más que a la imaginación y al sentimiento, habrá de reunir estas exigencias: unidad, orden, precisión y claridad.

Se plantea como interrogante el citado autor español, siguiendo a nuestro Colmo, algunas de las cuestiones esenciales en la tarea de la codificación: habrá de hacerse un nuevo Código, o sólo reformar el existente y, en el primer caso, habrá de ser integral o por instituciones, redactando Códigos institucionales, teniendo en cuenta, lo difícil que es mantener la unidad del conjunto, la armonía del edificio legal; cuál habrá de ser el principio o principios informadores del mismo, sus fuentes y elementos constitutivos, su contenido y plan de exposición, etc.

Es este un tema que debe considerarse de manera minuciosa, evitando los calificativos que confluyen en la disciplina, para evitar interpretaciones equívocas.

Ante la situación jurídica de la descodificación, se erige la codificación gran logro de la razón, la que asignando sustento a la técnica jurídica, posibilita reunir de manera sistemática, coherente y orgánica un conjunto de preceptos jurídicos, soslayando así la incertidumbre en el Derecho, que de otra manera resultaría disperso, fragmentario y cuando no olvidado o traspapelado. Prevalece de la manera referida, la seguridad jurídica. Esta no se refiere a la consecución del fin, sino “a las reglas de juego”, o sea a las condiciones por las cuales cada uno puede contar con un determinado comportamiento ajeno o esperar un cierto uso del poder coercitivo del

(172) Ob. cit., p. 79.

Estado. El Derecho fija las reglas de juego: reglas generales y abstractas, que serán utilizadas por personas ignotas, para objetivos y en circunstancias particulares que no conocemos ni estamos en condiciones de conocer (173). De manera que el mundo de la seguridad es el mundo de los Códigos que traducen, en una ordenada secuencia de artículos, una serie de valores.

Porque ante la vigencia de la inmutabilidad y lo duradero de la ley, le sucede la nerviosa aceleración de la historia (174).

Es que las transformaciones, cambios y mutaciones que se producen en la vida social, un teatro de la realidad, son incesantes.

Y estas modificaciones al compás de una dinámica sin precedentes, inciden de manera esencial en el orden jurídico.

Las leyes de manera directa o indirecta reciben las referidas mutaciones y es sabido que las leyes nuevas sustituyen o abrogan a las precedentes. No se requieren términos sacramentales. Ello, sin embargo, merece un distingo y aclaración.

Así, la ley especial deroga tácitamente a la ley general en la medida que se refiera a la materia comprendida en el nuevo régimen; asimismo, cuando se trata de una ley especial, posterior y expresa a la ley general, incompatible con sus disposiciones, debe entenderse que ésta ha quedado sin efecto en esa materia (175). Pero, en otro enfoque, la ley general no deroga a la ley especial, excepto que surja de manera clara y expresa la voluntad derogatoria por el espíritu o raíces del nuevo régimen.

De manera que las leyes especiales, apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían de contenido la disciplina codificada, y expresan principios que asumen una relevancia general: revelan lógicas autónomas y principio orgánicos, que en principio se contraponen a las previsiones del Código Civil y luego suplantán todo (176).

También se ha sostenido que la ley general deroga a la anterior del igual carácter, aun con relación a las disposiciones secundarias de la ley antigua,

(173) IRTI, Natalino, *La Edad de la Descodificación*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 18.

(174) IRTI, ob. cit., p. 22.

(175) LL 9-295.

(176) IRTI, ob. cit., p. 32.

pues no sería razonable alterar la unidad de la nueva ley mezclando a ella preceptos quizá heterogéneas de la anterior que ella reemplazara (177).

En cuanto a la jerarquía y primacía de las leyes, tema hartamente delicado en un gobierno federal, debe tenerse en cuenta que una ley modificatoria de otra, requiere que aquella resulte de igual o superior jerarquía a la modificada o abrogada; así, una ley nacional, no puede ser derogada por el mismo Congreso, obrando este como legislatura local. Asimismo, el Código Civil y leyes ampliatorias sobre cualquier disposición en contrario que contengan las leyes provinciales.

La descodificación no opera de manera unívoca: reconoce variedad de cauces, surgidas de la impronta de los hechos. Tal proceso marca un consumo siempre más amplio de normas especiales, que se ponen en lugar del Código Civil, como exclusivo o principal régimen de particulares instituciones o de enteras categorías de negocios: la descodificación, hace referencia a la relación entre normas especiales y el Código Civil. Siendo así, cabría precisar la existencia de normas especiales, ante los preceptos del Código Civil.

Así, es frecuente que ciertas leyes sin quedar afectadas por los procesos de descodificación, caigan en “desuetudo”. Paralelo al Código Civil, la premura legislativa es génesis de la pérdida de vigencia de algunas leyes, con los desfavores interpretativos que así se producirán.

De manera que el Código Civil queda como especie de derecho residual, que regula los casos no previstos por leyes particulares.

Y ocurre una situación que es impensada: estas leyes especiales no se limitan al desarrollo de principios obrantes en el Código Civil, sino que éste integrará y completará las previsiones de las leyes especiales.

Otro enfoque de la cuestión es la dispersión y confusión del material legislativo por ausencia de un orden riguroso y de medios que permitan el pleno conocimiento de las normas (178).

Algo análogo a lo expuesto puede suscitarse con la sanción de un Código unificado que “in extremis”, puede generar una descodificación, si bien configura una redefinición de la función de los Códigos: no abarcan la regulación de la totalidad de la vida social, pero receptan los princi-

(177) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, Perrot, 2º ed. Buenos Aires, 1993, t. I, p. 63, nro. 61.

(178) GUASTAVINO, Elías P., “Estado actual de la Codificación del Derecho Civil”, La Ley 135-1296.

pios generales del sistema, mientras que las leyes especiales actúan como adendas de los Códigos, al introducirles agregados y correcciones (179).

Sin llegar al extremo de la descodificación, es factible la existencia de una codificación dinámica y abierta; lo último, significará que las normas de los Códigos Civiles, resulten preceptos que den fundamento a los ordenamientos particulares y que puedan ajustarse para la solución de la situación de esos ordenamientos especiales y las que puedan no estar contempladas en los mismos (180).

No cabe descalificar aquella normativa que produzca la enmienda de ciertas figuras que no afectan la exclusividad y sistematización (181).

Siguiendo a Irti (182), los términos de la descodificación de manera conceptual, caben adoptar el siguiente cauce: *generalidad y especialidad* (destacado nuestro), señalando que la relación de género a especie no tiene lugar entre dos normas cualquiera, sino entre dos normas caracterizadas por un elemento común: el supuesto de hecho y los efectos de las dos normas no coinciden, pues el antecedente de hecho de una, marca una diferencia respecto de la otra.

En cuanto, a la *derogación y especialidad* (destacado propio) (183), la primera designa una relación entre preceptos, que es una manera de ser entre dispositivos legales: una norma derogada a otra, en cuanto le sustrae un grupo o una clase de casos y por ello reduce su espacio de aplicación. Las dos calificaciones —norma derogada y norma derogante— no se basan en un juicio de comparación, en una confrontación de contenidos, sino en una hipótesis, que si no existiese una norma, los casos por ésta previstos reentrarían en la otra. Y, la derogación, puede resultar por especificación o bien una derogación por excepción: aquí se designa el fenómeno de cómo se genera la sustracción normativa. En ambos supuestos, la derogación es similar pues unas y otras, sustraen casos a las normas generales y al derecho imperante.

(179) ALTERINI, Atilio Aníbal, "Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales", Homenaje Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2009, t. I, p. 80.

(180) TAU ANZOATEGUI, Víctor, "La codificación en la Argentina", 2º ed. Buenos Aires, 2008, p. 9.

(181) STRATTA, ob. cit., p. 42, nro. 3.

(182) La Edad de la Descodificación, cit., p. 45 y ss.

(183) IRTI, ob. cit., p. 52.

El carácter derogatorio de las normas especiales y las excepcionales, se revela en el momento en que estas pierden eficacia, por la causa que fuere.

Por último, se encuentra la *temporalidad y especialidad* (destacado nuestro) que son dos formas de calificar lo normativo: el primero, se refiere al período de vigencia de la norma (implícita o explícita), predeterminada al tiempo de su promulgación y conocido el lapso de su vigencia. El atributo de la especialidad, alude al contenido de la norma.

De allí la existencia de preceptos especiales predeterminada su vigencia y normas especiales de vigencia indefinida.

XVIII. Reformas al Código Civil

36. A partir de la vigencia del Código Civil, en el año 1871, según ley 340, y a través de los años se han sucedido varias enmiendas parciales, algunas de significativa trascendencia. Por caso, las leyes que incidieran en el Derecho de familia, la destacada ley 17.711 de gran modificación al articulado del Código Civil y, un prolongado etcétera. A partir de un decreto del presidente Alvear en el año 1926, se encomendó al jurista Bibiloni un proyecto de Código Civil, inconcluso a pesar de la labor de la Comisión de 1936, que motivara diversos pareceres en la esfera interna, según da cuenta el académico Rébora, justificando importante literatura jurídica en torno del referido trabajo.

Anteproyecto del año 1954, de escasa difusión y los muy comentados proyectos de unificación del Derecho Civil y Comercial, sucedidos a partir del año 1987 y diversos avatares.

Por igual, y a raíz de distintas circunstancias, se sucedieron distintos Proyectos legislativos de enmiendas —algunos con tratamiento parlamentario— y otros que han subsistido sin mayores consideraciones.

Efectuamos esta última aclaración pues como se verá, los esfuerzos de los calificados autores que realizaran la tarea de reformar en sucesivas Comisiones, —difícil y encomiable proyecto de disposiciones (totales o parciales), para implementar la actualización de la legislación civil—, vieron por motivos ajenos a los mismos frustrada su fatigosa dedicación.

1) Proyecto del doctor Juan Antonio Bibiloni

El decreto 12.542 del 2 de junio de 1926, designó a la Comisión Reformadora del Código Civil y en su art. 1, se lee: “...*Desígnase...y de aconsejar las reformas y coordinación con otras leyes...*”

El decreto de referencia se fundaba en la conveniencia de promover una revisión ilustrada y serena del Código Civil, “para su mejor armonía con las nuevas condiciones de la vida argentina”.

El citado decreto fue ampliado en fecha 16 de julio de 1926 y, además de designar los miembros de la Comisión precedente, dice: “... encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de preparar y proyectar las reformas, revisiones y coordinaciones necesarias o convenientes...”.

En fecha 1 de octubre de 1936, se presentó al Poder Ejecutivo el Proyecto que la Comisión Reformadora del Código Civil “propone como resultado de su tarea” (184). Se dijo: “Diez años de labor dedicada y paciente ha invertido en su estudio, que lleva a término sin haber olvidado en ningún momento su trascendencia para la vida nacional”.

En cuanto a la tarea del doctor Juan Antonio Bibiloni, cabe decir que era un cabal científico de lo jurídico, profundo analista que sustentó su cometido con varias citas y notas explicativas de su trabajo. Consultó a los autores clásicos, si bien su lectura preferida, resultó en el tema, el código alemán.

Este último cuerpo normativo, que entró en vigencia en el año 1900, tiene una gran precisión de lenguaje, adecuado empleo de palabras y fórmulas con un sentido técnico determinado (185).

Se comentó, en su día, que el trabajo referido no recibió íntegramente las elaboraciones de la jurisprudencia nacional (186), no obstante lo cual su “estilo era vehemente y brillante, con plena fuerza persuasiva”, conservando muchas de las formas gramaticales que utilizara Vélez.

Su Proyecto, da cuenta de una acentuada prudencia creativa, guía de primer orden, inspirada en el saber y en la realidad jurídica. Su cometido, era una labor ímproba, a concretarse en estudios previos de búsqueda, clasificación, correlación, crítica y síntesis, con el auxilio de la estadística, la encuesta, la doctrina y cierta jurisprudencia.

Más allá del esfuerzo que significaba la reforma encomendada, el país contaba con cierto material de significativo interés, en razón de la tarea realizada por el Instituto de Altos Estudios de la Universidad de La Plata,

(184) Cfr. Reforma del Código Civil, Kraft, 1936, t. I, p. XV.

(185) SALEILLES, R., “Introduction au droit civil allemand”, Paris, 1904, p. 5 y ss.

(186) Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, Perrot, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 206, nro. 264.

concretada, sobre todo en los dos volúmenes de “Consolidación y Estudios críticos”, trabajos en los que interviniera el académico Juan Carlos Rébora, y publicados por dicha Universidad en los años 1930 y 1935.

Bibiloni, figura de singular relieve, patrono académico de mi sitio —lo que me honra—, escribía de manera textual a la Comisión Redactora del proyecto respectivo: “He perseguido sistemáticamente la conservación del Código Civil hasta en su fisonomía misma, quiere decir, no solamente en sus fundamentos institucionales, sino también en su forma o expresión externa. He tratado de perfeccionar y corregir los detalles que eran susceptibles de interpretar mejor las instituciones mismas para obtener de ellas toda su eficacia potencial. Y esto dentro de las soluciones que la legislación y doctrina contemporánea de las naciones de nuestro grupo de civilización occidental nos presentan como firmes y convenientes”.

Señala el autor que gran parte de los artículos proyectados conservan de manera literal o ligeras variantes, los preceptos originarios.

Y, respecto de las modificaciones introducidas, dice el autor: “No hay una sola línea propuesta que no esté apoyada en las opiniones de las más altas autoridades científicas y adoptadas por las más perfectas legislaciones contemporáneas. Nunca he tratado —dice— de encontrar soluciones originales, es decir personales, que son las peores que pueden introducirse como mejoras de legislación” (187).

Se ha dicho con razón que la obra póstuma de Bibiloni —falleció en el año 1933— “como etapa final de una vida, es una obra que envuelve un acto de abnegación, cuyo valor moral es inapreciable y para quienes enseñan o aplican el Derecho Civil, es la palabra del maestro por excelencia” (188).

Alfredo Colmo, en su obra póstuma, *La Justicia* (189) en un capítulo —p. 221— al tratar “Proyecto Bibiloni” de un modo genérico y sin entrar a las particularidades del Proyecto, dice: “sin entrar a discutir cuáles son las facultades de la Comisión y sin entrometerme así a averiguar si ésta debe realizar una coordinación de leyes; Proyectos o una reforma para poner al día el código o para formular un código nuevo, *declaro que en principio el proyecto nos va a dar prácticamente un código nuevo. Tan alteradas van a quedar su estructura; metodología; sea cual fuere el alcance de las reformas que se introduzca en los preceptos aislados* (destacado nuestro).

(187) Cfr. LAFAILLE, Héctor, “La Reforma del Código Civil y el Anteproyecto Bibiloni”, JA 42-6.

(188) LAFAILLE, ob. cit., p. 7.

(189) Abeledo Perrot, Buenos Aires, editada recién en 1957.

2) *Proyecto del año 1936*

Como se anticipó, se designó una Comisión de juristas notables, conocida como la Comisión Redactora del Proyecto de Reformas de 1936 a la que el doctor Bibiloni presentaba el resultado de sus trabajos.

Es del caso señalar dos notas sobresalientes —entre tantas— que adoptaran los integrantes de la citada Comisión, en la nota de elevación al Poder Ejecutivo.

En primer lugar, se dice: “El Código de Vélez Sársfield fue un exponente de altísimo valor jurídico para su época. No es exagerado decir que si el país logró alcanzar un progreso extraordinario, fue, en gran parte, porque halló en las normas de aquél, reglas adecuadas que lo estimularon”. Y luego se lee: “...los Códigos no son monumentos eternos. Los preceptos que ellos contienen están destinados a regir una sociedad que cambia sin cesar... Es de lamentar —por cierto— que la vida del código no puede prolongarse, en parte porque el individualismo que lo inspiró y el respeto excesivo a la libertad de las convenciones, impidieron se infiltrara el espíritu nuevo, en parte por los restos derivados de las normas teóricas con que Vélez encabezara sus títulos, y a las que fuera tan afecto, siguiendo, ciertos es, la inclinación de su época...” (190).

En segundo término, y, más adelante, relacionado con el presente trabajo, se expone “...De ahí que hayamos conservado a menudo los textos del viejo Código... si bien remozando su doctrina o desenvolviéndola, para adecuarla a las circunstancias de la hora actual y al espíritu de la época, que nos reclama menos individualismo y más preocupación por el derecho de terceros” (191).

“Por fin, la falta de una jurisprudencia que diera unidad a la interpretación del derecho común, ha influido perjudicialmente en la duración y eficacia del Código...”

Luego, se lee: “La primera (etapa) corresponde al encargo conferido al Dr. Bibiloni, en uso de la facultad del decreto del 16 de julio de 1926; la segunda etapa corresponde al examen del Anteproyecto en su contenido jurídico...”

Apropiado es recordar dos significativos pensamientos que trazan un perfil del profesor Lafaille (192) —miembro de la comisión Redactora del

(190) Reforma del Código Civil, Buenos Aires, 1936, I, p. XVI.

(191) Reforma, cit. p. XVIII.

(192) ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J. en “La unificación del Derecho Civil y Comercial, Estudios en homenaje a Héctor Lafaille, Buenos Aires, 1968, p. 759.

proyecto Bibiloni—, “La división entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial no es una cosa tan absoluta. En las mismas actividades hermanas ¿hasta dónde un negocio cualquiera, una empresa, se puede llamar civil, y hasta donde se la puede denominar comercial. Esta división entre lo civil y comercial no está tanto en la realidad de las cosas como en el cerebro de los hombres...”

Asimismo, el autor citado (193), ¿admitía que el nuevo Código era tal o indagaba si era una reforma del existente?

El distingo era sutil y decía que era difícil trazar el deslinde entre una y otra categoría.

A raíz de lo cual agregaba Orgaz (194) que todo consiste en ponerse previamente de acuerdo sobre las palabras: absolutamente, ningún Código es nuevo con respecto al que reemplaza, puesto que no se trata de una obra de imaginación sino “dada” por la historia y las relaciones sociales.

El Primer Congreso de Derecho Civil (195) declaró: “El método o estructura del Código, en la revisión a practicarse, no debe ser modificado sino en cuanto así lo exijan la claridad de los preceptos y la recta aplicación de los mismos”. Y Alfredo Colmo acotaba (196): “Todo cuanto se requiere es mejorarlo (Código) en lo existente e integrarlo con lo que le falta, sin destruirlo en su fisonomía y características esenciales”.

Se advierte pues una valoración objetiva de quienes emprendieran la reforma del Código, señalando las inconveniencias (197) y la trascendencia de los postulados que propiciaban (198).

La obra del jurista Bibiloni mereció el elogio de notables tratadistas como Capitant y Ripert, mas sobre su trabajo nunca se pronunció la Comisión.

(193) Hacia el nuevo Código Civil, Instituto Popular de Conferencias, Buenos Aires, 1937. p.7.

(194) “El futuro del Código Civil”, LL 135-1320.

(195) Córdoba, Argentina, 1928, p. 39.

(196) “La Reforma del Código Civil”, Revista de Derecho Civil, Buenos Aires, t. I, p. 57.

(197) Cfr. RÉBORA Juan Carlos, “La Reforma del Código Civil”, La Ley 5-66, hay separata, Buenos Aires, 1937, p. 8 y ss., donde dice que la transformación hubiera preferido que fuere más parsimoniosa, pues necesita ser preparada por ser tan vasta y compleja; del mismo autor: El saldo de la Reforma del Código Civil, Córdoba, 1941.

(198) SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, “Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General”, Buenos Aires, 1964, t. I., p. 213, nro. 211.

El primero, en carta fechada en París el 6-II-1932, lo felicita cálidamente por el envío de los dos primeros tomos del Anteproyecto de Reformas del Código Civil, anticipándole que “Francia tendrá que proceder en breve a la revisión de su Código y los que se encarguen de ese trabajo encontrarán una ayuda de valor inestimable en los estudios tan sabios realizados por usted...” Y concluye, “¿quiere usted, si se le presenta la ocasión, transmitir mis saludos a mi amigo el doctor Colmo?”

En otra carta, fechada el 1-VIII-32, reitera sus agradecimientos por la remesa de los tomos pendientes de la reforma aludida, reconociéndole por las reiteradas citas de las “Lecciones de Derecho Civil” de su autoría, publicado en colaboración, —dice— “con mi querido amigo y lamentado Ambroise Colin...”

Mientras que el texto de Ripert, del 23/X/32, agradece el envío del Anteproyecto referido y dice “es un esfuerzo formidable el que usted realiza y su obra presenta para mí el mayor interés...”

Esta correspondencia, puede ser consultada en JA 6, p. 7 y 8.

Decía Rébora acerca de Bibiloni (199) y su Anteproyecto que “es un esfuerzo de sistematización realizado en estrecha concordancia con un magnífico despliegue de doctrinas, del que surge el panorama de todas las instituciones civiles; es el sazonado fruto de una extraordinaria cultura individual, honra de la cultura jurídica argentina...”

Aun cuando el Proyecto Bibiloni y Anteproyecto de 1936 no hubieren merecido sanción legislativa, tuvieron amplia difusión pública y fueron motivo de distintas consideraciones y análisis jurídicos. Inclusive, en el ámbito de esta última, existieron distintos pareceres (200) y al académico Rébora fundamentó públicamente las razones por las que no suscribía el respectivo despacho, entre otras razones por “modos personales de considerar la cuestión, —se refiere a la tarea encomendada— y también al procedimiento seguido en el desarrollo de los trabajos...”

Considera que la misión asumida no era la de redactar un proyecto de reformas, de emprender la substitución del Código de Vélez por uno nuevo, sino preparar un proyecto de reformas. Dice que el malogrado doctor Bibiloni, “redactó un anteproyecto que nos habría dado una ley civil más

(199) “El saldo”, cit. p. 25.

(200) Cfr. RÉBORA Juan Carlos, Nota e Informe presentados al H. Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, con motivo de su actuación dentro de la Comisión de Reformas del Código Civil, LL 5-66.

extensa que la reformada...”; en tanto, que el doctor Rébora, consideraba que debía “efectuarse una revisión ilustrada y serena de nuestra gran ley civil para su mejor armonía con las nuevas condiciones de la vida argentina”; entendió, “que la transformación de dicho código, con vistas a la elaboración de una nueva estructura, sólo debería intentarse por vía de un esfuerzo paciente, prudente y gradual...”

Al no compartir una reforma integral, sugirió “una declaración relativa a si se conserva o modifica el método o estructura del Código... y votaba por la conservación mientras no se determinase la materia de la reforma, mientras no se supiese que instituciones iban a ser reformadas, en que medida y con qué orientación...debió ser objeto de previa y especial consideración”. Dice, que, “sólo en el caso de haberse acordado reformas fundamentales habría aceptado, un plan que transformase el método o estructura del Código Civil”.

Para cierre, brevemente, se citan algunos comentarios que no comparten en lo integral, la gran obra de Bibiloni y de la respectiva Comisión. Se argumenta, en efecto, si el Código debe ser solamente “reformado” o si debe ser “sustituido”, empleando esta última palabra en el único sentido en que razonablemente puede hablarse de sustitución de un Código por otro (201).

Abel Chaneton, uno de los grandes biógrafos de Vélez Sársfield en Conferencia pronunciada el 18 de agosto de 1938 (202), anticipa, entre otros conceptos, que la reforma en cuestión, no es un problema exclusivamente jurídico plantea “que sólo los grandes cambios de civilización, los grandes cambios sociales, justifican el hecho de que se someta a un pueblo a la peligrosa experiencia de reemplazar en su totalidad una legislación.

Y más adelante agrega: “A pesar de todo ello, la Comisión revisora de 1926, no ha vacilado en afrontar, por primera vez en la historia del derecho occidental la peligrosa experiencia referida...”

Señala (203) “...que la Comisión ha entendido, en efecto, que el decreto de 1926 al propugnar en el preámbulo la conveniencia de una *revisión ilustrada y serena* de nuestra gran ley civil, para su mejor armonía con las nuevas condiciones de la vida argentina, importaba el mandato no sólo de aconsejar las reformas y coordinación con otras leyes que se juzguen pertinentes, según las palabras del decreto, sino también de *sustituir el Código de Vélez Sarsfield por un Código nuevo*; y, luego dice: “La tenden-

(201) ORGAZ, La Reforma, cit. p. 222.

(202) La Ley, 11-68, “Problemas que plantea la Reforma del Código Civil”.

(203) Ob. cit., p. 69.

cia a desmesurar las proporciones de su intervención, ha sido una característica de cuantas —comisiones o individuos— tuvieron, por una u otra razón, derecho a poner sus manos en el Código...”

Luego de un extenso inventario, Chaneton subraya que lo que se ha presentado como una reforma al Código Civil, es en rigor una abrogación del Código existente.

Y el muy buen biógrafo de nuestro Codificador, quien con un magnífico estilo y lucida pluma, narrara su vida y obra, en una crítica encendida y altura ponderable, observó los resultados arriba dos por la Comisión Reformadora de 1936, corroborando lo antes dicho, Chaneton, concluye su exposición señalando: “Según mi costumbre, he dicho todo lo que pienso, sin reservas mentales y sin reatos de expresión; sin que me cohibiera tampoco la cordial amistad que me vincula con algunos de los autores de la reforma, ni el altísimo respeto intelectual que todos merecen” (204).

Alfredo Orgaz, comentando la Reforma proyectada (205), dice que la opinión jurídica del país pareció coincidir en la necesidad de una revisión del Código vigente que respetara en lo esencial su método o estructura. A su juicio, el Proyecto importa la sustitución del Código vigente, un Código nuevo o, a lo menos, a redactar de nuevo el Código. No se niega —dice— desde luego, que el Código requiere una revisión ilustrada; tampoco se discute que esa revisión debe extenderse a todo lo que sea necesario para acomodar la ley a las actuales condiciones de la vida argentina.

Siempre sentido, agrega, se hablara de reforma integral, no habría, seguramente, razón de disputa. Mas no es ése, así limitado y concreto, el alcance que tiene la reforma Proyectada por la Comisión; ni es ése, tampoco, el sentido que se otorga al calificativo por la mayor parte de los que auspician la reforma integral del Código Civil.

Uno de los co-redactores del referido Proyecto, académico Héctor Lafaille, en un interesante estudio, “Hacia el nuevo Código Civil” (206), trata distintos aspectos de la Reforma proyectada y destaca que “la longevidad de los Códigos está sujeta a múltiples factores, con prescindencia del tiempo transcurrido desde su promulgación. Desde 1871, el Código Civil, y muchas de las reglas que consagra, lo fueron en su día a título transitorio y a raíz del trabajo

(204) En contra: véase Dassen Julio, “La Reforma del Código Civil”, La Ley 11-76 y Rayces Alejandro La Ley 11-90.

(205) Ob. cit., p. 233.

(206) JA 58-23.

encomendado, es muy sutil deslindar entre un nuevo Código o reforma del existente.

Se inclina por la primer variante, si bien en cuanto a su presentación y su estructura conserva en gran medida, las soluciones de Vélez, sin perjuicio de corregirlas cuando las exigencias lo imponían, y hasta de agregar figuras nuevas, con arreglo a los adelantos de la ciencia jurídica.

Es que en esencia, lo que puede presentarse como nuevo en el Derecho Civil son, en principio, sólo técnicas nuevas para perfeccionar lo que ya ínsitamente contenía.

Agrega, que a menudo se ha conservado los textos del viejo Código Civil, si bien remozando su doctrina o desarrollándola para adecuarla a las circunstancias actuales y al espíritu de la época. Y, continúa: “si un nuevo Código significa separarse de la tradición argentina, romper con el actual, incorporar principios exóticos, ceder a un prurito de cambio y de innovación inmoderados, el proyecto no es por cierto, un Código nuevo”.

Asimismo, se lee que: “el Proyecto es una obra meditada y coherente, que sólo debe reformarse con extrema prudencia, porque —el símil, es viejo, pero muy exacto— sería como cortar en un organismo vivo”.

Por último, dice: “que el Proyecto de Vélez —tan admirable todavía— sufrió muy acerbos ataques de los hombres superiores del país, y que hubiera fracasado, sin el tenaz empeño de su amigo Sarmiento, que confió en la ciencia y en la sagacidad del autor, con la intuición de que al promulgarlo, tendríamos por muchos años, una de las primeras legislaciones del mundo...”.

El académico Lafaille en fecha 22 de junio de 1936, en la Academia Nacional de Derecho (207), pronunció una conferencia sobre “El libro general en la reforma del Código Civil”, discurso que en razón de su extensión fue esquemático “prescindiendo de mayores comentarios”.

Señala Lafaille que “con frecuencia nos apartábamos de las opiniones contenidas en el anteproyecto, para preferir a veces, las que sustentara Vélez. En cuanto a la forma y al ordenamiento, un subcomité, especialmente designado, los modificó por completo, refundiendo en su definitivo molde, los preceptos aprobados y los nuevamente introducidos, todo con la mayor claridad y concisión posibles. Diez años de labor han permitido re-

(207) Publicación de la Revista del Notariado, 1936-año XXXVIII, septiembre 1936-463.

juvenecer nuestro Código sin alterar sus caracteres fundamentales y hasta resumir en unos 2200 artículos los 4085 existentes...”

Más adelante dice “...antes de recorrer ligeramente las diferencias que dividen nuestra ley civil, el anteproyecto y el trabajo de la Comisión, debo manifestar que tan sólo habré de referirme a los problemas de fondo. Por lo que hace a la forma, el cambio es absoluto...Hasta nos hemos valido de fuentes diversas de las que inspiraron a Babiloni, prefiriendo los Códigos Suizos, el español, el del Brasil, el franco-italiano de las obligaciones, sin excluir el viejo Código de Napoleón y el de Chile, porque todos ellos se recomiendan por la nitidez de su estilo, que torna accesibles sus preceptos. Cuando, por su alto valor jurídico, seguimos a la ley alemana o a su doctrina, hemos tenido especial esmero en traducirlas de manera adecuada para nuestra mentalidad y en evitar la crítica que les fuera dirigida por exagerado “cientifismo”, aun dentro del país de su origen...”

De cualquier modo, el Anteproyecto y el Proyecto suponen el más serio intento de renovación legislativa llevados en aquellas épocas en la República, y cabe desentenderse del aporte que significaron.

3) *Anteproyecto del año 1954*

Esta obra que consistió en una reforma integral del Código Civil, nunca mereció consideración legislativa y permaneció inédito hasta el año 1968, si bien su difusión no fue notoria.

Como rasgos destacados, deben señalarse: claridad y precisión en el lenguaje empleado; adecuada técnica, evitando reiteraciones; brevedad y concisión; consistía en un articulado de 1839 artículos.

4) *Ley 17.711*

El 22 de abril de 1968, se sancionó la ley 17.711 con vigencia a partir del 1 de julio de tal año. Aun cuando consistió en una enmienda parcial, tal acto jurídico —calificación que le atribuye Bielsa a una ley, según su contenido— (208), modificó, sustituyó, derogó o bien incorporó, aproximadamente 200 artículos, configurando una reforma, en rigor, sustancial y nivel trascendente.

Cito, a propósito de la ley 17.711, dos opiniones más que valiosas y autorizadas.

(208) “Sobre el concepto de ley”, LL 116-971.

Orgaz (209) observaba la índole parcial de la reforma operada, remarcando que en aras del objetivo propuesto, no se habían hecho todas las modificaciones necesarias; sostenía el autor citado (210) que la referida reforma debía ser todo lo integral que razonablemente se quiera, conservándose todos aquellos preceptos que no hubieren motivado dificultades en la práctica y mantuvieren una doctrina valedera también en ése campo, aunque en el puramente teórico pudieran preferirse otras soluciones.

En segundo lugar, Llambías (211) en desacuerdo con el contenido de la ley 17.711, sostuvo la necesidad de un texto ordenado en atención a los artículos del Código de Vélez que quedaran derogados tácitamente por la repercusión, dentro del articulado, de las nuevas ideas que han sustituido a las del Codificador.

El autor antes citado (212) señala que la técnica legislativa de la ley 17.711 “desemboca inexorablemente en un desajuste de los textos que obliga al intérprete a distintas soluciones”; que “la eventual desarmonía lógica entre los viejos y nuevos textos de un mismo cuerpo legal que ha sido reformado plantea una cuestión de interpretación” (213).

Cabe, asimismo, destacar que hoy nadie controvierte que, en orden a las instituciones que contemplara el Código de Vélez, cumplieran más que satisfactoriamente sus finalidades, según las premisas y las motivaciones de su tiempo.

El muy distinguido jurista Borda (214), mentor de lo que fuera la ley 17.711, decía: “debemos decir la verdad: no son las ideas esenciales de Vélez las que hoy vertebran nuestra legislación civil; agregando, luego: “...si, por el contrario, conservamos toda su armazón jurídica, si mantenemos en pie casi todo su articulado, las nuevas leyes vienen a remozar el viejo edificio, conservando la prolija regulación de las instituciones que con todos sus defectos tiene admirables aciertos y está incorporada a nuestro Derecho de manera entrañable”.

(209) “El futuro del Código Civil”, LL 135-1319.

(210) Ob. cit., p. 1321.

(211) “La derogación tácita del Código Civil”, JA, Doctrina, 1971-409.

(212) “La derogación tácita del Código Civil”, JA Doctrina 1971-412.

(213) LLAMBÍAS, “La derogación”, cit., p. 410.

(214) La Reforma del Código Civil, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 14.

Agrega Borda (215) “y es así como el liberal Vélez organiza la familia sobre severas normas inspiradas en la concepción católica tradicional de nuestro pueblo. En el Código, el matrimonio tiene carácter religioso; la familia se estructura férreamente sobre la base de la autoridad marital...”

Concluye el autor, “la reforma encarna el nuevo espíritu del derecho; y el mejor homenaje que ha podido hacerse al gran codificador, es respetar la arquitectura general del Código y conservar el articulado pleno de soluciones sensatas, que revelan el seguro criterio jurídico del autor, sin perjuicio de renovar su filosofía e incorporar al Código las instituciones jurídicas que los tiempos nuevos están pidiendo”.

Es que el Derecho —agregamos— no puede desatender aspectos espirituales o ideales, pues no cabe al jurista ése pensamiento abstracto que conduce a la despersonalización en las relaciones humanas.

De más está decir que la ley 17.711, aun cuando fuere calificada o bien se resaltara que era una reforma parcial, por su propio contenido legisferante, tuvo una repercusión necesaria en la esfera de las personas físicas o jurídicas —aun comerciantes— y en las instituciones o cosas.

No cabe en la oportunidad, realizar un inventario minucioso de supuestos de amplia extensión, pero mencionamos, entre otros, la hipótesis de separación conyugal por mutuo consentimiento; régimen de la mora; estipulación societaria para el caso del socio sobreviviente —art. 1654 inc. 3—; consagración legal del abuso del derecho; el amplio panorama de los derechos reales y, en especial, “que es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular” —art. 2513—; etc.

5) *Ley 23.264, año 1985 y ley 23.515, año 1987*

Ordenamientos ambos específicos que modificaran sustancialmente, todas las previsiones del régimen de familia.

XIX. Proyectos legislativos de unificación del Derecho Civil y Comercial

ANTECEDENTES

37. La unidad legislativa en materia de obligaciones y contratos civiles y comerciales, de hecho y derecho existe en nuestro medio de manera par-

(215) “Vélez Sarsfield, legislador político”, LL 135-1270.

cial, mientras que el régimen de la teoría general de los contratos y obligaciones es prácticamente único, en razón de la normativa de ellos de manera casi exclusiva en el Código Civil y la expresa remisión a éste que formula el art. 207 del Código Comercio y su Título Preliminar.

Revisando la historia de nuestras instituciones, se advertirá que al sancionarse el primer Código de Comercio —año 1859— para la provincia de Buenos Aires, luego ley nacional en 1862, carecíamos de un régimen civil. De allí pues que Vélez y Acevedo, interpretando que la materia mercantil era de excepción respecto del Derecho Civil, incluyeron en el ámbito del Código de Comercio los contratos y obligaciones, limitados a la esfera comercial.

Tal ordenamiento constaba de 1748 artículos y era eminentemente obligacional.

En la respectiva Exposición de Motivos, anotan los coautores antes citados: “En el estado actual de nuestros Códigos Civiles era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes mercantiles suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas, y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común. No podíamos hablar, por ejemplo, de consignaciones, sino suponiendo completa la legislación civil sobre el mandato; era inútil caracterizar muchas de las obligaciones mercantiles como solidarias, si no existían leyes que determinasen el alcance y las consecuencias de ese género de obligaciones. Pero éstas y otras diversas materias no estaban tratadas en los Códigos Civiles; o la legislación era absolutamente deficiente respecto de ellas, guiándose los tribunales solamente por la jurisprudencia general. Hemos tomado, entonces, el camino de suplir todos los títulos del derecho civil, que a nuestro juicio, faltaban, para poder componer el Código de Comercio”.

“Hemos trabajado por esto treinta capítulos del derecho común, los cuales van intercalados en el Código en los lugares que lo exigía la naturaleza de la materia. Llenando esa necesidad se ha hecho menos difícil la formación de un Código Civil en armonía con las necesidades del país”.

“Podemos decir que en esta parte hemos innovado en el derecho recibido de Buenos Aires. La jurisprudencia era uniforme en todas las naciones respecto a las materias legisladas en esos treinta capítulos, y no hemos hecho sino formular como ley el derecho que ya existe”.

Vigente el Código Civil, correspondía reformar y adaptar el Código de Comercio —año 1889— de manera que en esa época concluyó la unificación “de facto” que hasta entonces existiera.

Por resultar de marcado interés a nuestra finalidad, la Exposición de Motivos que acompañara a la reforma de 1889, citamos algunos párrafos del referido mensaje: “La falta de un Código Civil obligó a los autores del Código de Comercio a introducir en éste numerosos títulos y disposiciones sobre materia civil, que era forzoso suprimir después de la sanción de aquel Código”.

“Queda sí el Código Civil como la regla general que rige al comercio mismo en los casos no previstos especialmente por la legislación comercial”.

“En el estado actual de la evolución jurídica, no creemos conveniente independizar por completo la legislación mercantil”.

“La legislación civil rige relaciones generales que comprenden a todas las personas, incluso los comerciantes, y a todos los bienes, sean o no objetos de comercio”.

“Los tipos generales de contratos y obligaciones, como los referentes a la adquisición y transmisión de los bienes, comprenden en sus contornos a las relaciones análogas del derecho comercial”.

“El derecho racional y la utilidad general, que son las fuentes y razones de las leyes civiles, lo son al mismo tiempo de las comerciales; de donde resulta que sus prescripciones tienen que coincidir e identificarse, cuando se trata de relaciones jurídicas cuya naturaleza permanece la misma, sean civiles o comerciales”.

“La separación completa del Código de Comercio obligaría a repetir en su texto una gran parte de las prescripciones del Código Civil, introduciendo una confusión desastrosa en sus aplicaciones”.

“No hemos vacilado, pues, en establecer de la manera más general y terminante, que las leyes civiles suplen a las comerciales en los casos no previstos por éstas”.

“Hemos tenido también que modificar algunas disposiciones del Código de Comercio para concordarlas con las respectivas del Código Civil”.

PROYECTOS LEGALES

A partir del año 1987, se proyectaron distintas iniciativas tendientes a la unidad legislativa civil y comercial que en aras de una armonización adoptaron diversas nominaciones, aun cuando la metodología no fue análoga.

1) *Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de La Nación*

También conocido como Proyecto de Código Civil o bien Proyecto de Código Único de 1987, responde a la labor de una Comisión Especial Honoraria, creada en 1986 por la Cámara de Diputados de la Nación (216).

Dicha Comisión definió un criterio para la unificación y propuso una actualización del sistema vigente, concluyendo su tarea la que fuera sancionada como Proyecto el 15 de julio de 1987.

En el año 1988, el Senado de la Nación creó una Comisión Técnica Jurídica que debía asesorar a su Comisión de Legislación General, respecto del referido Proyecto, trabajo que no alcanzara difusión pública. Ulteriormente y sin enmienda alguna, en fecha 27 de noviembre de 1991, se sanciona como ley, aquél Proyecto, en más conocido como Código Único Civil y Comercial, y llevó el número de ley 24.032. Fue, luego, vetado totalmente por el Poder Ejecutivo, según decreto 2719/91.

El trabajo realizado por una destacada Comisión de juristas atendió, en particular, a la unificación del régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, mediante las disposiciones establecidas en un Anexo I, denominado “Reformas al Código Civil” —art. 1— y Anexo II, llamado “Reformas a la legislación complementaria” —art. 2—; asimismo, se derogaba el Código de Comercio —art. 3— y “toda alusión al Código de Comercio contenida en la legislación debía entenderse como referencia al Código Civil en las materias legisladas en éste o, según el caso, a la legislación que, habiendo estado incorporada al Código de Comercio, mantenía su vigencia conforme lo dispuesto por el art. 2º”.

La ley en cuestión —y sin agotar los contenidos— estaba precedida de “Notas Explicativas”, de donde sintetizamos —ap. II “Reformas al Código Civil” — y su apartado A), bajo el nombre “Intención y Método”.

En este último acápite, señalase que “en muchos casos se adoptó la técnica de sustituir a un Título entero del Código (Civil) por otro de nueva redacción...” y, “en ocasiones esta técnica fue impuesta por la profundidad y extensión de los cambios...en otras, fue elegida para evitar las imprecisiones que inevitablemente resultan de insertar nuevas redacciones en un contexto escrito en un estilo tan personal como el de Vélez Sársfield, que la Reforma no intentó imitar (párrafo 4); “en otros casos, por el contrario, se utilizó la técnica de la glosa, con sustituciones parciales, intercaladuras y transposiciones” (párrafo 5).

(216) Cfr. LÓPEZ CABANA Roberto M., “La Unificación del Derecho Privado en la Argentina: el Proyecto de Código único de 1987”, ED 136-929 y “El Proyecto de Unificación legislativa civil y comercial”, LL 1987-D-846.

En el informe de la Comisión Especial que acompaña el Proyecto, se destacan entre otros conceptos, "...la originalidad del método empleado que tiene el mérito de mantener la estructura del Código Civil..."; "...modernidad de las cuestiones incorporadas o resueltas por el Proyecto..."; "...original incorporación de la temática de las relaciones entre la empresa y de éstas con el público en la estructura de un Código de Derecho Privado..."; "...mantenimiento de la estructura y de la mayor parte de las disposiciones específicas de la legislación complementaria, en particular la de la ley de sociedades..."; "...preocupación constante por la utilización de la lengua... y puntuaciones con las gramáticas de mayor autoridad..."

La propuesta legislativa precedente fue observada por el académico Cámara (217), pues señala que con el trabajo que comenta, se pretende llegar a la unidad formal del Derecho Privado, excediendo el propósito de unificar las obligaciones civiles y comerciales; señala, textualmente "la idea, aunque no bien plasmada, importa en definitiva que el Código Civil —desdoblado en dos anexos— constituya el "Código de Derecho Privado..." (218), aclarando al concluir su estudio analítico sobre el Proyecto de 1987 "que, no se opone a la revisión ni a los textos propuestos, que se deben leer, así como a la derogación del Código de Comercio que perdura en los anexos..."

En las Notas Explicativas, ap. I, "El proyecto de Ley", se destaca que "la tendencia anticodificatoria... con la proliferación de denominaciones, legislaciones especiales y autonomías, respondió a diversas causas, pero la tarea actual, y la de los próximos tiempos, consiste en incorporar sistemáticamente al tronco del Derecho Privado cuanto pueda hacer de realmente novedoso en los nombres nuevos..."

En el ap. II, "Intención y Método", se lee que "en muchos casos se adoptó la técnica de sustituir a un Título entero del Código por otro de nueva redacción, aunque no todas las soluciones incorporadas difieran de las anteriores"

"En casos...se utilizó la técnica de la glosa, con sustituciones parciales, intercaladuras y transposiciones"

"En los trabajos preparatorios se consultaron...el valioso Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de Reforma de 1936 y el Anteproyecto de 1954...Códigos Civiles alemán, francés, italiano, y suizo e iberoamericanos, y se tuvo

(217) CÁMARA, Héctor, "Una aproximación al Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial", R.D.C.O. junio 1987-403.

(218) Ob. cit., p. 403, ap. 5.

presente el derecho anglo-estadounidense, particularmente las partes receptadas por la llamada “*Nueva Lex Mercatoria*”.

“De la consulta al derecho comparado resultó una frecuente utilización del Código Civil italiano, que mostró en mayor cantidad de casos proximidad con nuestro ambiente y pensamientos jurídicos”.

Asimismo, se dice que se incorporan normas del Código Civil —el que se mantiene: libros, secciones, títulos y capítulos—, ubicadas en el de Comercio, manteniéndose el método del aquél ordenamiento, y la numeración de sus artículos.

El origen de la resolución que fuera sancionada en la Cámara de Diputados de la Nación, se indica con la presentación del diputado Alberto A. Natale, en mayo de 1986, en el que sólo proponía declarar la necesidad de la unificación del régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, legislados en el Libro Segundo del Código Civil y, también, en el Libro II del Código de Comercio y leyes complementarias y modificatorias y, agregaba que *la unificación se efectuaría por medio de la sanción de un Código único de Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales* (destacado nuestro).

Sin embargo, el diputado Natale sostuvo que alguna vez se deberá llegar a la unificación total de la legislación Civil y Comercial, y que aun otras ramas del orden jurídico deberán incluirse dentro del proceso de síntesis del Derecho privado. Sin embargo, agregaba que “teniendo en cuenta las disputas conceptuales que existen, tanto en lo que hace a la incorporación de otras ramas que no sean la civil y comercial, como dentro de éstas su propuesta”. Sin embargo, se decidió ir mucho más lejos pues se extendió, en la resolución que aprobó la materia a proyectar, a la unificación de la legislación civil y comercial.

El Proyecto de 1987 fue sometido en 1988, a la Comisión Revisora Técnica del Senado de la Nación y, en palabras del académico Palmero, que integrara aquél organismo, asevera que abundaron las palabras de elogio para los autores del referido Proyecto que “ *fueron capaces de llevar adelante la unificación, sin haber incurrido en la tentación del cambio total, preservándose de esta manera, la obra colectiva de diversas generaciones elaborada alrededor del centenario ordenamiento nacional*” (destacado nuestro) (219).

(219) PALMERO, Juan Carlos, “Proyecto de Código Civil”, Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000-I-306.

La Comisión Técnica por mayoría opinó que el Proyecto era un instrumento básico de labor, por lo que aconsejan sea aprobado en general, y sin que ello implique aprobación específica de sus textos y contenidos, a cuyo respecto cabrá proponer modificaciones en todo cuanto se estime necesario.

En minoría, se sostuvo que el instrumento de trabajo ha sido aceptado al inicio de su examen en particular, sin prejuzgar sobre una aprobación en general, que resultaría prematura, máxime cuando del análisis en particular hasta ahora cumplido se ha constatado la necesidad de reelaborar todos los textos examinados.

El texto que finalmente aprobó el Senado fue, sin modificación alguna, el que elabora la Comisión Especial Honoraria.

2) *Resolución Ministerio Educación y Justicia, nro. 403/90 y otras*

Esta decisión administrativa tuvo por objeto erigir una Comisión para la reforma integral al Código Civil.

En fecha 5/IX/91, en la esfera de dicha cartera —según Resolución 578/91—, se crea una Comisión con el propósito de modificar el Libro Tercero del Código Civil, la que fuera ampliada para el análisis de todo el Derecho Patrimonial (Resol. 1105/91) y, además, llevar a cabo la unificación legislativa civil y comercial.

Los resultados de estos trabajos no han sido publicitados, excepto el articulado de los contenidos que anteceden, insertos en lo pertinente en el cometido de la llamada “Comisión Federal”.

3) *Comisión Federal*

Reconoce su origen en una Resolución de la Cámara de Diputados de la Nación (Orden Día 503/92) —5-VIII-92—, la que propuso al citado organismo un texto de Código Único Civil y Comercial, el que fuera aprobado el 3/XI/93 y enviado en revisión al Senado de la Nación. Nunca fue tratado. Su método era similar al Proyecto de unificación de 1987:

a) Independencia del Código de Comercio toda la legislación que tiene incorporada.

b) Deroga dicho Código.

c) Modifica el Código Civil para suplir tal derogación.

d) Reforma parcialmente el Código Civil y algunas leyes especiales.

e) Mantiene la estructura del Código Civil y respeta en la mayor medida posible la numeración de sus artículos.

La modificación también se refiere a los derechos reales, se incorpora el derecho de superficie y propiedad horizontal, legislándose sobre “otras propiedades”, etc.

Se unifica contratos y obligaciones, el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual, se modifica la publicidad registral y se enmiendan preceptos del régimen sucesorio.

4) *Comisión designada según decreto 468/92*

La nota de elevación de la Comisión respectiva (220) alude que se remite un Proyecto de Reformas al Código Civil, si bien se aclara (ap. II) “en el contexto de una legislación que unifica los hoy separados Códigos Civil y Comercio —y que, por ende, deroga este último sin perjuicio de la vigencia de las leyes especiales que en su día se incorporaran al él— se ha tratado de traducir normativamente la realidad negocial y las necesidades que debe atender un Código único”. Y, se agrega, “...hemos circunscripto la labor al propósito de proyectar la puesta al día y unificación del régimen de obligaciones civiles y comerciales...”.

La tarea consistió en la reforma —y adecuación—, en suma “reelaboración del Libro Segundo (del Código Civil) lo que exigiera incorporar reformas a otras disposiciones del Código”, incluyéndose en el Proyecto, “al pie de cada una de las normas proyectadas, notas explicativas y las fuentes de que se ha valido para su elaboración” (ap. VII).

Dicha Comisión presentó el 26.III.93 un Proyecto de Reformas al Código Civil —no tratado— con el objetivo ya referido y, luego, configurada la Comisión se analizó la reelaboración integral del libro Segundo del Código Civil, incorporando las normas que se estimaran pertinentes del Código de Comercio y adaptándose otros artículos del Libro Primero, por razones de concordancia o compatibilidad. Las propuestas de reforma eran:

- Sustitución del Libro Segundo, manteniendo muchas disposiciones convenientes o que consagren principios que no se justifica modificar.

- En aras de la unificación, se incorporan diversas soluciones del Código de Comercio —que se propicia derogar, no así leyes especiales—, tratándose de “traducir normativamente la realidad negocial y las necesidades que debe atender un Código único”.

(220) Reformas al Código Civil, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 17/21.

- Adecuación del Libro Segundo a las exigencias de esa realidad, negocial, a la luz de las tendencias del Derecho comparado que el tráfico ha incorporado a sus prácticas (*leasing*, etc.), que pueden constituir un medio apto para dar satisfacción a intereses que no han sido debidamente atendidos en la legislación tradicional.

- Reelaboración de la responsabilidad civil, unificándose los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, con la enmienda de la prescripción.

- Por razones metodológicas, se trasladan al Libro Primero disposiciones relativas a los derechos de la personalidad —hoy, dentro de las normas de los hechos ilícitos—, incorporándose normas modernas de tutela de los derechos personalísimos.

- Se propicia un doble régimen de sociedad conyugal: comunidad de bienes, separación o el de participación, siendo el primero supletorio, a falta de convención.

- Inclusión de notas explicativas y referencias a las fuentes, teniendo en cuenta —entre muchos, Proyecto de unificación de 1987, Bibiloni, de 1936, de 1954, etc.—.

5) *Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio (decreto 685/95)*

El dispositivo citado está precedido de una extensa “Nota de Elevación”, con importantes aspectos que dan cuenta del criterio que adoptara la Comisión.

Hemos tratado en otra oportunidad ciertos temas relativos al trabajo en cuestión (221) y releendo distintas anotaciones, surgen nuevas consideraciones.

En la Nota de Elevación, entre otros conceptos, se lee: “...elevar el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio...”, que distintas reuniones científicas y académicas enumeradas concluyen que “no existen diferencias sustanciales entre contratos civiles y comerciales” y “...el proyecto...asume el fenómeno de la unificación del Derecho Civil y

(221) GAGLIARDO, Mariano, “Presente y futuro de la Sociedad Civil y Comercial. (A propósito del proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, decreto 685/95)”, ED 182-1703; Regulación del contrato en la economía globalizada, trabajo en el que se trata el contrato según estas reformas, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N° 15, 2001.

el Derecho Comercial, lo cual no significa, en definitiva, ni la absorción de éste por aquél, sino tan sólo la unificación de ambos exigida por la vida negocial moderna”.

También se consignó que el decreto del Poder Ejecutivo nacional 685/95 encomendó a la Comisión “el estudio de las reformas que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal, a cuyo fin encargó “proyectar la unificación del derecho privado” y “su reforma y actualización de manera integral”. Respecto de la no inclusión de notas en el Proyecto, se dice que a tal conclusión, se llega “porque no las trae ninguno de los códigos civiles del mundo...”; “...porque sólo han sido tenidas por relevantes (en el Código Civil) cuando coinciden con el texto de la ley, no obstante lo cual es bien frecuente el caso de discordancias entre tales notas y la disposición legal...”.

Y dentro del Proyecto de sanción —art. 8— se “derogaba el Código de Comercio”.

El referido Proyecto dedica a los “Fundamentos” 334 extensos apartados, explicitando los sucesivos contenidos, 2352 artículos, además, de una pormenorizada “Legislación Complementaria”.

En un importante y fundado estudio, Alicia Josefina Stratta realiza una aguda observación de los grandes lineamientos de la propuesta legislativa, dedicando, luego su atención a la influencia que tiene el proyecto aludido, en materia contractual.

Con la seriedad y versación de la autora, analiza los sucesivos ítems y capítulos y con acopio de antecedentes trasluce su preocupación —como jurista y ciudadana— respecto de las innovaciones sugeridas.

Con pragmatismo y criterio de realidad, señala que las materias propias de lo comercial, “elípticamente” de futuro, se denominaran “actividades especiales”. Por tanto, dice Stratta, “*el Proyecto no es un Código unificado con el de Comercio, sino un Código Civil que tiene un anexo de leyes que están hoy incorporadas al Código de Comercio*” (destacado nuestro).

Demás está decir que en los últimos años, más de una vez se ha escrito acerca de “la publicización del Derecho Privado”, o bien la “comercialización del Derecho Civil” y cuando no, “la civilización del Derecho mercantil”.

En esta oportunidad, se rememora esta última afirmación, argumentándose que no hay razones para sostener una autonomía legislativa entre

ambas disciplinas, por lo que es hora de llegar a una unificación formal que se aproxime todo lo posible a una unidad sustancial (o material).

Sin embargo, a pesar de una visión preocupante que desarrolla la autora no sin razones.

Ello, no obstante, como lo afirma y desarrolla en su estudio, “el derecho mercantil subsistirá con especificidad propia” . Páginas después de sus reflexiones, dice “... que históricamente el derecho comercial proviene de fuente privada, tanto en los usos y costumbres como en la jurisprudencia, lo que llevó a la existencia de tribunales específicos y un procedimiento fundado en la informalidad; por su carácter cosmopolita surge su aspiración a la uniformidad internacional.

Sus rasgos han sido “la libertad de cambios y de iniciativa negocial; el aligeramiento de las formalidades contractuales; el refuerzo y la seguridad del crédito; la tutela de la confianza; el rigor frente a los incumplimientos; la rapidez de las operaciones; la simplicidad en la configuración de la mora; la solidaridad pasiva; los procedimientos concursales o colectivos en sustitución de las persecuciones individuales como contrapeso y garantía frente a la flexibilidad negocial, técnicas para amparar la calidad de la producción, la tutela del consumidor, etc.”

Y, sigue diciendo, como “conclusión de la cuestión” lo cierto es que se ha eliminado, al derecho comercial como sistema, pero subsiste como apéndice en la legislación correspondiente”.

Como no sería razonable tan loable esfuerzo que a todos actualiza en una serie de conceptos y nos posibilita una amplia gimnasia intelectual en variedad de figuras e institutos jurídicos, la doctora Stratta, también dedica páginas a resaltar contenidos del Proyecto dignos de elogio en el modo de su análisis, cuya inserción hubiera sido aconsejable, nos parece, sin necesidad de sustituir totalmente los Códigos respectivos.

En cuanto al método, sus autores se apartan de la metodología utilizada en los otros Proyectos y se propuso: independizar la legislación, especial incorporada al Código de Comercio y llevar ésa legislación como anexa, al nuevo Código Civil, proponiéndose la derogación de los Códigos Civil y de Comercio, para reemplazarlos por un Código Civil íntegramente nuevo.

6) *Código Civil y Comercial de La Nación*

El 23 de febrero de 2011, se dictó el decreto 191/11, mediante el cual se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Los dos primeros apartados del referido decreto se refieren a distintos aspectos históricos, propios de los orígenes de la sanción del Código Civil y, las previsiones actualizadoras de la obra que en su día contemplara Vélez.

Ello así, pues el insigne codificador nunca legisló para petrificar un orden jurídico; por el contrario, era bien conciente de la importancia de adaptar las normas a las realidades, aspecto que siempre estuviera en la mente de los sucesivos comentaristas y anotadores del Código Civil, a raíz de la lectura de los varios pensamientos de Vélez.

De manera que parece sobreabundante traer a colación (textual) “que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran”. Inserta —o no— tal afirmación, la decisión operativa ya estaba adoptada por las autoridades, siendo innecesario evocar para tal cometido a Vélez.

En el tercer apartado, se lee “que durante muchos años, esta proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”.

Aquí, luego de lo precedente, surgen dos derivaciones necesarias, que pudieron omitir lo expuesto: primero, que aludir a la descodificación hubiere sido suficiente, destacando sí, que tal proceso no ha incidido en la unidad ni en el espíritu del Código Civil; en segundo término, está de más la alusión reformista que se hace de Vélez.

En el cuarto apartado, se dice “que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial —para nosotros descodificación—, *produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos*” (destacado nuestro).

Las grandes enmiendas de nuestro Código resultaron, a juicio de la doctrina calificada: la ley de matrimonio civil, la ley 11.357 respecto de las deudas de la sociedad conyugal o *rectius*, de los cónyuges, vigente aquella y ciertos institutos modificados por la ley 17.711 y otros menores.

Estamos en condiciones de observar, las afirmaciones que anteceden del decreto (“...modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas...”), éstas como causales de reforma del Código Civil.

A raíz de las reformas citadas y sin desconocer lo delicado de una enmienda parcial, no cabe sostener que se hubiere afectado la indispensable unidad del Código, aspecto este que suele acontecer. La experiencia y la práctica, no obstante, se han ocupado de desvirtuar las referidas

conjeturas. Tampoco se introdujeron en la ley principios o reglas distintas y ni se afectó la conexidad integral de las disposiciones: subsistió la orientación y espíritu de Vélez, sin delicadas y consabidas desarmonías lógicas.

A partir de los considerandos que hemos numerado idealmente como en los mismos 5, 6, 11 y 12 —que en lo pertinente transcribiremos—, se inserta y condensa en los mismos el objetivo de “*sustituir*” el Código Civil. Mientras que las referencias, también al citar los considerandos 8, 9 y 10, rememoran tareas de la unificación legislativa bien logradas y desechadas.

Con relación a lo último señalado, es del caso señalar que los intentos de reforma vía unificación como bien se dice “integradas por diversas personalidades del ámbito jurídico”, sino llegaron a cumplimentar el objetivo para el que fueron creadas, no es por razones atribuidas a las respectivas Comisiones. Es que, en efecto, no existió de parte de las autoridades pertinentes, la firme vocación de concretar los proyectos para las que aquellas fueran creadas.

En rigor, en el considerando 12, se lee “que en los últimos años, se ha generalizado la idea de que resulta necesaria la unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, a fin de generar un marco normativo adecuado al derecho privado comprensivo de ambas ramas del derecho”.

Entendemos que existen dos desatinos, seguramente desapercibidos: el primero es de ubicuidad, pues este motivo debió por su propia esencia, encabezar el decreto; en segundo término, la finalidad aludida era un anhelo que se remonta a Segovia en el siglo XIX, año 1892.

Por su parte, el art. 2 del decreto comentado dispone que “*La Comisión...creada...tendrá a su cargo el estudio de la reforma de Código Civil y al Código de Comercio que considere necesarias, a fin de producir el texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo*” (destacado nuestro).

Un matiz a ponderar es que “tomar a cargo el estudio”, parece limitado o bien sobreabundante: en el primer sentido, la opinión pública tomó cuenta del llamado “estudio” en el texto muy prolijo de La Ley en el mes de junio de 2012, cuando el decreto dispositivo lleva fecha 23 de febrero de 2011; en el segundo aspecto, y a estar al resultado producido, la decisión del poder ordenador en el plano de la lógica, estaba ya tomada. Ello así, pues la alusión “a las reformas que considere necesarias...”, sólo aspiraban a paliar eventuales inquietudes, ante una decisión ya adoptada que la realidad se ocupó de corroborar.

Con relación a la afirmación del derecho “que se procura elaborar una obra que sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios ordenadores”.

Surgen los siguientes interrogantes, a raíz de lo que antecede: ¿qué se entiende por principios ordenadores?; ¿cuál es el enunciado de los principios ordenadores?; ¿se incluyen pautas rectoras civiles y comerciales?; ¿cuáles son sus contenidos?; ¿cuáles son las mentadas leyes especiales?

En otro plano, se crea la Comisión (reformadora) *que lleve a cabo con mayor eficacia y eficiencia el objeto de actualización y unificación de la legislación nacional en materia de derecho privado* (destacado nuestro).

He aquí un cabal desconcierto: renglones antes, se elogió a los miembros que integraran las anteriores Comisiones como “diversas personalidades del ámbito jurídico” y, renglones después, se formulan propósitos calificadores de las tareas a realizar de los nuevos co-redactores de la unificación legislativa.

Nunca concluirá la gratitud que cabe reconocer a las inspiraciones, esfuerzos y dedicaciones de los juristas de las diversas Comisiones en los trabajos antes concretados.

Seguidamente, el decreto de marras, argumenta el intento de unificación de 1987 “preparado por una comisión honoraria integrada por diversas personalidades del ámbito jurídico”; que “en el año 1993 la Comisión Federal, elaboró a su vez otro Proyecto de Unificación, integrada también por juristas de renombre”; “que mediante decretos 468/92 y 685/95, idénticas Comisiones creadas, no lograron el propósito unificador y reformador de la Legislación Civil y Comercial, al igual que las Comisiones mencionadas anteriormente”.

“Que atento lo expuesto, resulta necesario *la creación de una Comisión que lleve a cabo con mayor eficacia y eficiencia el objetivo de actualización y unificación de la legislación nacional en materia de derecho privado...*” (destacado nuestro).

“Que la unificación...se inscribe dentro del compromiso político asumido por el Gobierno Nacional para consolidar la institucionalización y la seguridad jurídica para el presente y las futuras generaciones de argentinos...”

Y, en virtud de lo dicho, se decretó: “*La Comisión creada...tendrá a su cargo el estudio de la reforma al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación que considere necesarias, a fin de producir el texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo*” (destacado nuestro).

La redacción de las partes esenciales del decreto antes transcrito, el estilo que utiliza, las observaciones, a nuestro juicio innecesarias en que incurre, la referencia hacia anteriores Proyectos de unificación que expresamente se mencionan, alude a sus valiosos autores, son todas notas que llaman nuestra atención.

La tendencia del decreto observado, dista de lo que fuera el decreto-ley 9311/58, relativo al Anteproyecto de Ley General de Sociedades, el que se pronunciara a favor de la unidad del derecho privado, pero como dicha tarea requeriría forzosamente por su importancia, complejidad y trascendencia un lapso de estudio y concreción muy prolongado y no sería mucho menor el exigido por una reforma de “toda la legislación vigente”, limita la pretensión a la ley general de sociedades.

El decreto 191/2011, como se verá, en nuestra opinión se presta a un nudo de oscuridades y equívocos, que en su momento verán la luz del día, si es que llegara el amanecer para la legislación a que se refiere.

Un matiz a considerar es que la referida Comisión, “tendrá a su estudio las reformas que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo...”.

Tal la formulación y el resultado producido, demás está decir que la decisión en el plano de la lógica, estaba ya tomada: la Comisión iba por el todo; la alusión a las “reformas que se considere necesarias” sólo aspiraban a paliar inquietudes contestatarias, que como ya quedó dicho, la realidad de los hechos se ocupó de corroborar.

Respecto de la afirmación del decreto en el sentido que se “procura elaborar una obra que sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios ordenadores”.

El interrogante es, como se señaló: ¿cuál es el enunciado de los principios ordenadores?; ¿son pautas rectoras civiles o mercantiles?; ¿cuál es el enunciado de la mentada ley especial?; ¿y sus contenidos?

No resulta nada aventurado afirmar que de las tantas “leyes especiales” que quedan al margen del enfático enunciado como “Código Comercial”, quedan fuera La Ley de Sociedades Comerciales —t.o. 841/8—; Ley de Navegación; Ley de Concursos y Quiebras; Ley de Obligaciones; Ley de Warrants; ley 22.415. Código Aduanero; ley 17.419 de Seguros; ley 20.091 De los Aseguradores y su Control; ley 22.400 de Productores de Seguros y tantas otras más. Ello, sin pasar revista a la probable legislación civil omitida.

Lo que no deja de causar asombro, es que uno de los considerandos del decreto “ordenador”, erija una Comisión que lleve a cabo con “eficiencia” y “eficacia” el objetivo de actualización y unificación de la legislación en materia de derecho privado, al que renglones antes se excediera en elogios de contenidos y de autorías.

Convengamos que la terminología, legal cuando se utiliza y, en particular, en un instrumento del gobierno nacional, debe trasuntar claramente, y en forma invariable, la o las correspondientes ideas. No es imaginable en un documento tan significativo, la existencia de contradicciones relevantes.

“Eficacia” terminológicamente alude a “virtud” (222); mientras que “eficiencia” es la virtud y facultad para lograr un efecto determinado.

Aquí, en el presente, la orden del poder administrador, se apartó, del cauce. Es la expresión de una voluntad decidida y concluyente, observando meritorios trabajos realizados, con numerosas horas de estudio, ponderación y dedicación, sin mengua de las calificadas idoneidades científicas de sus autores.

No podemos soslayar que uno de los objetivos primordiales del referido decreto, apunta a “consolidar la institucionalización” y “seguridad jurídica” para el presente y futuras generaciones.

Respecto de la primer proposición, —consolidar la institucionalización— entendemos que en la hora actual es un anhelo que dista de la realidad actual y lo que la ciudadanía aspira es la firmeza de una República con seriedad en su acción de gobierno, entre otras tantas pautas prioritarias.

Son múltiples las señales de insatisfacción ciudadana debidas a la ausencia de seguridad jurídica (223).

La seguridad jurídica, supone una diversa perspectiva: una da cuenta de un resultado mediante la utilización del orden jurídico; el otro aspecto es la seguridad en cuanto certeza del derecho y, finalmente, la seguridad en cuanto estabilidad y permanencia del Derecho.

Dicho en otros términos: los fines del Derecho se nuclean en el logro de distintos valores: justicia y seguridad jurídica, para lo cual resulta medular

(222) Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 1992, 21^o ed. t. I, p. 792.

(223) Cfr. CUETO RÚA, Julio C., “Seguridad Jurídica”, La Ley, 1994-A-746.

la certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas, como opuestos al desorden, caos e imprevisibilidad.

Sin seguridad jurídica no hay probabilidad de progreso de ninguna índole. Tampoco se podría promover el bienestar general ni sería fácil lograr o mantener la paz interior contenidos de la Ley Suprema. La seguridad jurídica es la plataforma de todos los propósitos de bienestar general.

La codificación vía unificada como método constitutivo del orden jurídico no se sustenta en meras razones de exposición jurídica, sino en las funciones culturales que cumplen los códigos al simplificar y racionalizar el Derecho. Reténgase que con la paz también se coordina la seguridad jurídica.

No es acertado, a nuestro juicio, sustentar como objetivos anticipados de un determinado orden jurídico la concreción de un o sistema jurídico, pues las reformas legales inadecuadamente utilizadas por las partes o mal aplicadas por los sentenciantes pueden en miras de la justicia resultar fuentes de inseguridad jurídica (224).

El título de una magnífica comunicación del académico Jorge Horacio Alterini (225) nos ilustra para concluir este apartado, en cuanto al objetivo que debiera lograrse en una revisión de nuestro Código Civil: “De la certeza de las palabras a la majestad de la ley”.

ALGUNAS OPINIONES DOCTRINARIAS RELEVANTES

38. Nada más importante en una materia tan delicada y de múltiples proyecciones como la considerada, reseñar ciertas opiniones de calificados juristas, expuestas a lo largo del tiempo.

1. *Académico Leopoldo Melo*. Profesor universitario y académico nacional de Derecho, a principios del siglo XX —año 1906—, en la clase inaugural de su curso, expuso acerca de su preferencia por un Código único para las obligaciones y contratos y las instituciones consideradas esencialmente civiles, así como para las que se estimara comerciales, pues la tendencia dominante en el Derecho es la integración objetiva (226).

(224) Cfr. GUASTAVINO, Sistema, cit. p. 1054.

(225) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, diciembre 2010, Separata.

(226) La cita corresponde a la Revista de Derecho, Historia y Letras, agosto de 1906, ap. 7º p. 230, también citado por Carlos C., Malagarriga, “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, Tea, Buenos Aires, 1963, 3º ed. t. I, p. 34.

2. *Académico Maruricio L. Yadarola*. Profesor universitario, académico de Derecho y tratadista jurídico, en el año 1940, en oportunidad del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial (227), expuso que la división del Derecho privado en sus dos ramas, civil y comercial, sólo obedece a una razón histórica. La ciencia jurídica —entiende— denota el inconveniente que el régimen de las obligaciones y contratos, tan estrechamente vinculado a las relaciones económicas, se encuentre incorporado a la parte estática del derecho, en vez de estarlo en la dinámica. Al sostener la unificación de las obligaciones y contratos, lo hace Yadarola sosteniendo la comercialización en esa parte del Derecho civil. Demuestra en su opinión Yadarola que ni la materia propia del Derecho comercial, ni su método de investigación y de elaboración científica, ofrecen caracteres de tal exclusividad que no puedan extenderse a todas las relaciones jurídicas de contenido predominantemente económico. Entiende que el distingo entre, actos civiles y comerciales está determinada, en la legislación y en casi todos los países de habla latina, por razón de la forma del acto y a veces por razón de la persona que lo realiza, pero no por su contenido. Es que a su juicio, el Derecho comercial, que ha demostrado su especial aptitud para el gobierno de las relaciones económicas, lejos de desaparecer en el nuevo Código ha de servir justamente de cimiento a la codificación: si el Derecho comercial es esencialmente obligacional, a su vez las obligaciones son esencialmente económicas, y como el contenido de la relación es lo que determina la naturaleza de la norma que debe regirla, el proceso lógico de la unificación nos conduce necesariamente a refundir el Derecho privado de contenido económico en un Código único de las relaciones económicas.

3. *Académico Carlos C. Malagarriaga*. Académico de Derecho, profesor universitario y tratadista de Derecho Comercial, expuso su opinión favorable a la sanción de un Código Único, en oportunidad del Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial (228) y, su valiosa concepción acerca del tema consta en su valioso Tratado (229).

Y, en su calidad de Diputado nacional, en sesión del 14-IX-50 sostuvo que desde hace muchos años viene sosteniendo la necesidad de unificar todo el derecho privado civil y comercial en la rama de las obligaciones y contratos. Dijo: “En realidad, todo ese conjunto de normas que reglan relaciones económicas de Derecho Privado tiene una materia análoga sobre la cual versa y a la cual se aplica la legislación. No existe diferencia

(227) Actas, abril 1940, t. I, p. 133 y ss.

(228) Actas, cit. p. 20.

(229) Ob. cit. p. 30/48, ap. 8.

esencial entre lo que se llama la materia comercial propia de la legislación mercantil y lo que se llama la materia puramente civil”.

Con la agudeza propia del autor, dice “El Código Civil, como el de comercio, no se han hecho para los ángeles, que no lo necesitan, sino para los hombres, que si se mueven muchas veces por el amor o en general, el afecto, actúan también con frecuencia por intereses económicos...”. “En este sentido, para demostrar que el Derecho Comercial no es el derecho del lucro, precisamente existen actos conceptuales mercantiles en los que falta la finalidad lucrativa: por caso, documentos de favor, seguro mutual, etc...”

Postula, en suma, un “Código Único del Patrimonio” o “del Derecho Patrimonial” o bien “Código Único de las Obligaciones y de los Derechos Reales”.

4. *Académico Jaime Luis Anaya*. Académico de Derecho, profesor universitario y tratadista de Derecho Comercial, en comunicación privada realizada en nuestra corporación (230) dijo, luego de amplia y fundada exposición que “la unidad del Derecho privado carece actualmente de interés. No puede alcanzarse sino en un plazo formal y no se advierten razones que militen a favor de la conveniencia de propiciar la unificación con tal alcance”.

5. *Académico Héctor Cámara*. Miembro de la Academia de Derecho de Córdoba y correspondiente en Buenos Aires, catedrático, jurisconsulto y tratadista. En distintas oportunidades emitió opinión acerca de la unidad legislativa civil y comercial.

Hemos citado sus comentarios extensos y fundados respecto del Proyecto de Unificación de 1987, así como sus respectivos reparos jurídicos.

Señala, en particular proposiciones sólo enunciativas que se transcriben: “Poniendo fin a este estudio, donde dejamos constancia de no nos oponemos a la revisión ni a los textos propuestos, que debemos leer y releer, así como a la derogación del Código de Comercio, que perdura en los anexos, como repetimos, formulamos alguna sugerencias que resultan de interés, a guisa de ejemplo y sin pretender agotar el tema.

¿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 corriente en

(230) Separata, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXIV, N° 28, “La Unificación del Derecho Privado; un replanteo necesario”.

los cuerpos legales? ¿No conviene unificar la redacción de los es ane-
xos I y II, donde hay leyes —algunas viejas— con diversa estructura y
pensamiento, quizá carentes de homogeneidad? Los antiguos precep-
tos del Código Civil, con sus notas doctrinales —muy justificadas en la
época—, ¿no pierden armonía con los nuevos breves y concisos? ¿No
es mejor que la legislación especial de los títulos-valores vaya luego de
las “normas generales” incluidas en los arts. 2292 a 2305, extirpando la
“factura conformada”, que nunca tuvo vigencia en la realidad? ¿No de-
ben reglarse los títulos-valores, conforme al Proyecto Centroamericano
redactado por Cervantes Ahumada, que fue tratado ampliamente en el
INTAL, para prepararnos a la unificación, como ha hecho el Uruguay
por ley 14.701, del 12 de setiembre de 1977? ¿No es mejor que la ley lla-
mada de compraventa de casas de comercio 11.867 se enmarque en la
“compra y venta”? Igual interrogante para la “prenda con registro”, que
debió insertarse dentro del título “De la prenda”, reformado, ¿no cabe
apartar del derecho privado el Código de la Navegación, como sostiene
Garrigues? ¿No es posible abandonar en la ley concursal el esquema ya
caduco del concordato-queiebra, y reemplazarlo por la reconstrucción-
liquidación, como entienden todas las legislaciones y proyectos de los
países de avanzada, siguiendo las huellas de la ley norteamericana?
¿Hay que extirpar del código de derecho privado la ley de contrato de
trabajo, que responde a otro espíritu y características? Etc.”

6. *Académico Elías P. Guastavino*. Académico de Derecho, ex profesor
universitario, tratadista de Derecho privado y ex Ministro de la Corte Su-
prema de Justicia.

Este destacado jurista, a raíz del tema de la unificación y desde el án-
gulo “lo posible y conveniente”, señala que existe cierto gradualismo para
apreciar las propuestas de unificación. En atención a que advierte que se
trata de un proceso evolutivo jurídico, cabría precisar lo que sería viable o
conveniente después.

En una etapa inmediata, cabría aceptar —o no— “*un Código único de
derecho privado y la unificación del derecho privado*” (destacado nuestro).

Otra perspectiva ya de materia o contenido, es a partir de la delimita-
ción de las nociones de derecho civil y comercial, *balanceando los resul-
tados de una eventual unión con los resultados de una subsistente división
en una provechosa simbiosis* (destacado nuestro).

Es decir; utiliza una útil simbiosis con dos salvedades: eliminar aquellas
normas o instituciones susceptibles de integración y, dejar subsistentes
sólo aquellas pautas particulares de las respectivas disciplinas.

Concluye (231) argumentando que lo importante es atender a los reclamos reales en objeciones serias que puedan originar la división del derecho civil y comercial, evitar la dualidad de regímenes legales en todo lo que sea factible con oportunas remisiones, sin alterar la incidencia de los rasgos especiales de una y otra rama, y estimar que en este plano la técnica jurídica del legislador puede contribuir a la paz social con soluciones que al clarificar las normas impidan las controversias originadas en duplicidades superables. Y cierra su exposición: “aunque muy difícil y probablemente incompleta no es imposible para la técnica jurídica aproximarse a la unificación de los códigos civil y comercial, pero sí es hartamente improbable la unificación sustancial de los derechos respectivos”.

7. *Académico Juan Carlos Palmero*. Profesor universitario, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2014), coreactor de la Ley de Reforma Societaria, 22.903, coautor de la Comisión Técnica revisora del Senado de la Nación (año 1988), respecto del Proyecto de unificación aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación del año 1987 (232).

Este distinguido jurista expuso por escrito en dos oportunidades respecto del tema central, señalando en una primera ocasión que el Código de Vélez demostró hasta la fecha estar dotado de una estructura lo suficientemente elástica como para asimilar las mutaciones sociales y económicas experimentadas a través de su larga existencia, *como así para absorber técnicamente diversas reformas parciales, incluida la unificación*.

“En consecuencia —dijo—, el método o técnica legislativa a utilizar en el futuro debe ser el de la reforma parcial, es decir preservando la estructura básica histórica.

“Los Códigos históricos —dijo—, lejos de envejecer, se rejuvenecen... y sobre estas premisas la tarea de actualización del derecho privado argentino y de unificación de la legislación civil y comercial continúa... utilizando la técnica de la reforma parcial de modo que se evite la desaparición de nuestro histórico ordenamiento...”

(231) Ob. cit., p. 163.

(232) Anales, Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000-I-303; ídem, “Cuestiones metodológicas con relación a la posible reforma argentina”, Separata, cit. Córdoba, Argentina, 1996, 19 y s.s.

En otra reunión académica (233) recuerda que “opiniones jurídicas de mayor relevancia hasta mediados de la década del noventa, estuvieron contestes en sostener que la reforma tenía que ser de alcances parciales, para preservar la continuidad histórica y jurídica del país... estamos en condiciones de aseverar que nunca hubo opiniones que cuestionaron la permanencia del Código Civil, y al contrario, ... abundaron elogios para los autores del Proyecto de 1987, que fueron capaces de llevar adelante la unificación, sin haber incurrido en la tentación del cambio total, preservándose de esta manera, la obra colectiva de diversas generaciones elaborada alrededor del centenario ordenamiento nacional... se sostuvo que debía efectuarse sobre el Código Civil...”

8. *Académico Félix A. Trigo Represas*. Profesor universitario, jurisconsulto tratadista de Derecho privado y coreactor de la “Comisión Federal” del Proyecto de unificación legislativa, creado, por Cámara de Diputados de la Nación, según Orden del Día 503/92.

El distinguido académico, ha elaborado numerosos trabajos e investigaciones, en oportunidad de la difusión de los distintos Proyectos de unificación, aportando valiosas consideraciones (234).

Con relación a la unificación de los regímenes de responsabilidad (235), dice que es conveniente y posible, asignando un mismo término de prescripción a las acciones de reparación de daños por incumplimiento contractual y responsabilidad civil extracontractual, comprensivo también en forma expresa de las acciones indemnizatorias derivadas del incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros, superando así “el verdadero óbice, para el logro de esa tan ansiada unidad” (legal).

Respecto del Proyecto de reformas de 1995 (236) “el cual —dice— en general repite o reitera principios que en su mayoría ya se encuentran en

(233) Anales, cit. p. 306.

(234) Entre otros: Unificación de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Conveniencia. Posibilidad, Unificación civil y comercial: lo posible y conveniente Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1996, p. 113 y s.s.; La responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades en el Proyecto de reforma del Código Civil, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, n° 6. Buenos Aires, 2000, p. 159 y ss.; El régimen de las obligaciones en general, en el Proyecto de reformas de 1998.

(235) “Unificación”, cit. p. 132, ap. 6.

(236) “El régimen”, cit., p. 199.

el articulado de nuestro vigente Código Civil, aunque en ocasiones los mismos aparezcan remozados y hasta veces mejorados”.

De otra parte —dice—, “esa misma circunstancia hace dudar sobre la necesidad de una reforma integral en esta materia...”.

En este breve inventario de trabajos acerca de los distintos Proyectos de unificación, el académico Trigo Represas, trata el art. 1661 del Proyecto de 1998, acápíte que se refiere de manera genérica a perjuicios producidos “con intervención de cosas” o “por la “realización de actividades”, sin calificar a las mismas de ninguna manera.

9. *Académico Jorge Horacio Alterini*. Catedrático, ex magistrado Civil, tratadista, juriconsulto y coautor de distintos Proyectos de unificación legislativa, dedicó algunas reflexiones a la disciplina de su especialidad (237). Con respecto a su primer estudio, destaca como valiosa la metodología utilizada que, reitera las pautas del Proyecto de 1998.

Sin embargo, comenta algunas observaciones en el sentido que se dice haber computado el Proyecto citado, si bien no se advierten las matizaciones del Dictamen unánime de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación del 1-XI-01. Entiende como observable la redacción que, entre otras, se atribuye al objeto del derecho real y, en particular, respecto de la enumeración de los derechos reales y otros demás matices de los derechos reales.

En su segunda presentación, referida al Proyecto de 1998, del que fuera uno de sus coreactores, concluye en que es difícil comprender el “quietismo” en actualizar la legislación, ante la existencia de varios Proyectos que no han despertado ecos totales parlamentarios.

Y cierra su exposición, señalando que “tengo la profunda convicción de que a veces leyes vigentes viejas desalientan la fe en el derecho, que es la llama viva del progreso de los pueblos en seguridad jurídica y justicia”.

XX. Casos interesantes y reales que propician la unidad legislativa

39. A) Hemos considerado en nuestra exposición una de las caras de Jano: aquélla que controvierte la unidad legislativa.

(237) “Primeras consideraciones”, cit. y “Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial”, Fascículo Nº 5, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Prospectiva de las acciones reales.

Sin embargo, no siempre las opiniones suelen ser adversas al planteo precedente y en un enfoque dogmático y otro pragmático, se presentan asuntos de interés, que indican que debe lograrse o concretarse la armonía legislativa.

Lo primero que expondremos es lo relativo a la “costumbre civil” y, su trayectoria en la esfera mercantil, lo que no puede soslayar ponderar los antecedentes históricos de la citada figura.

La noción del instituto, da cuenta del constante y uniforme comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica (238).

Fontanarrosa (239) reconocía la costumbre como la primera y exclusiva fuente histórica del Derecho; es la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica.

Y en materia mercantil la trascendencia de la costumbre es una cuestión que no requiere demostración y existen supuestos en que surgen costumbres *contra legem* y donde es prevalente la incidencia de la costumbre referida, es en la forma de contratación internacional (240).

Téngase en cuenta que la Comisión Reformadora del Código de Comercio de 1889 en sus arts. II y V, motiva a que Fontanarrosa sostenga que su observancia no está impuesta por la *opinio necessitatis*, y las partes pueden separarse libremente, de ellos, si bien la falta de convención o de prueba en contrario, se entiende que los contratantes se sujetaron a dichos usos, aun cuando no los conocieran detalladamente. Dice Fontanarrosa, en que la ley remite a los usos y costumbres, ella señala una norma jurídica en blanco, una norma cuyo contenido es indeterminado y cuya precisión confía tales usos y prácticas, como en otros casos lo remite al propio criterio judicial (241).

Avanzando en nuestras proposiciones existen tres clases de costumbres: 1) aquella a la cual la se refiere y por tanto, le atribuye fundamento de aplicación (*secundum legem*); 2) aquella que se aplica a las materias

(238) Cfr. DEL CARRIL Enrique V. y Mariano Gagliardo, “La costumbre como fuente del Derecho”, *El Derecho*, 56-803.

(239) *Derecho Comercial Argentino*, Zavalía, Buenos Aires, 3º ed. p. 52.

(240) Así, CÁMARA, Héctor, “La Ley 17.711 y algunas de sus proyecciones”, *RDCO*, 1968-387.

(241) *Ob. cit.*, p. 58 y ss.

en que la ley no se ha pronunciado (*praeter legem*); y 3) aquella que va en contra de ley (*contra legem*).

Secundum legem. Complementa las disposiciones de la ley que a veces delega en ella las soluciones de los casos (art. 950, 1424, etc. Código Civil).

Praeter legem. Se trata de supuestos no previstos expresamente por la ley, lo que ha sido resuelto por la nueva formulación del art. 17 Código Civil.

Contra legem. Existe cuando una ley no se aplica por su desuso o por existir costumbre contraria a ella, diferenciándose entre “consuetudo abrogatoria” y “desuetudo”, Si bien en ambas hipótesis hay desuso de la ley, pues, siempre que una ley no se aplique sin habérsela derogado, la costumbre es *contra legem* cualquiera sea la forma de manifestarse (242).

En cuanto a la legislación —el art. 17 derogado— excluyó la costumbre *contra legem* las leyes —decía— no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes.

La reforma sólo admite que la costumbre *opere praeter* y *secundum legem*. Si bien la génesis de la costumbre *contra legem* es el derecho a la resistencia a las leyes injustas. Y cuando se presenta la costumbre *contra legem*, aun cuando resulte una manifestación del derecho positivo, recepta su validez o legitimidad directamente del Derecho natural o, aun en su caso, de necesidades prácticas de la sociedad que lo impone (243).

Es así que Héctor Cámara (244) concluye su aporte diciendo que la nueva formulación del art. 17 Cód. cit. valida los usos y costumbres *praeter legem* como también los *contra legem*, en el último caso, mientras no se tratare de materias de orden público.

Dice el autor que la reforma del art. 17 Cód. Civ. que modifica los arts. II y V del Título Preliminar del Código de Comercio y sus correlativos, tiene trascendencia en el Derecho mercantil por la importancia que tienen los usos y costumbres.

De allí, la necesidad de conciliar ciertas especies de costumbre.

B) Un caso judicial que conocemos en sus detalles por haber participado en la referida causa: “Saénz Valiente y otros c. Zimermann de Lanuse

(242) DEL CARRIL-GAGLIARDO, ob. cit., 806.

(243) DEL CARRIL-GAGLIARDO, ob. cit., p. 807.

(244) “La Ley 17.711 y algunas de sus proyecciones,” cit. p. 390.

y otros s/simulación y acción de reducción” (245), releyendo aspectos de la citada sentencia, se advierten cuestiones que aconsejan la unidad legislativa.

No analizaremos los detalles de la sentencia —reténgase— dictada en sede civil, pero, a modo de síntesis, diremos que: “el propietario de una estancia vendió dicho bien a un precio vil a favor de una sociedad anónima cuyo paquete accionario pertenecía en un 90% a su cónyuge en segundas nupcias. Los herederos forzosos del causante interpusieron demanda de simulación y reducción. El juez de primera instancia hizo lugar a ambas acciones.

La Cámara de Apelaciones Civil confirmó la sentencia apealada” (246).

En lo que al tema propuesto se refiere, tanto en primera instancia como ante el Tribunal apelado, se admitió la superación de la personalidad jurídica de la sociedad codemandada sobre la base del art. 54, ley 19.550, en su versión de la ley 22.903 (T.O.D.L. 814/84) y, sin invocar para ello el art. 7 del Código de Comercio (“si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil...”).

En segundo lugar, el plazo de prescripción de la simulación computado, fue de (3) tres años, tal la previsión del art. 848 del Código de Comercio y no el de (2) dos años (art. 4030 Código Civil).

De todo lo cual se infiere que ante un Tribunal con sólo competencia —exclusiva y excluyente— civil, la solución sustancial fue sobre la base de preceptos civiles y de la ley mercantil.

C) Otro supuesto que aconseja la unidad legislativa resulta de la formulación del art. 509 del Código Civil, según texto de la ley 17.711, el que puede resultar, según las versiones de los sucesivos Proyectos unificadores, más en definitiva —salvo algún supuesto en particular—, cabe su vigencia para las obligaciones civil y mercantiles.

D) La hipótesis de resolución contractual implícita contemplada en el art. 1204 Código Civil —reforma ley 17.711— fue prevista por el art. 216 del Código de Comercio, y se incorporó a nuestro medio en el año 1963, siendo ambos textos idénticos.

(245) LL 2008-C-283.

(246) Cfr. GAGLIARDO Mariano (hijo), “Simulación y superación de la forma societaria, precio inadecuado y reclamo no prescripto”.

E) En el contrato de sociedad —los artículos 1654 y 1788 bis.—, integran la parte general del régimen de sociedades mercantiles y, salvo previsión derogatoria, resultan aplicables a estas entidades en función de: a) no afectar la legítima de los herederos forzosos y b) que en cualquier caso podrá invocarse el derecho que acuerda el art. 1198, Cód. cit. respecto de las circunstancias imprevistas sobrevinientes.

XXI. Propositiones finales

40. Un enfoque retrospectivo del Derecho denota distintos momentos en su evolución que resultan etapas de su desarrollo. Sin embargo, a lo largo del tiempo y transcurso de la historia, existe una sustantividad del orden jurídico que hace a su permanencia. Subsisten los principios, las esencias, los valores, la tradición, mezclándose lo nuevo con lo antiguo. Porque no siempre lo novedoso es censurable y lo pretérito reprochable. Útil es la experiencia del pasado sus buenas enseñanzas y lo conocido; mientras que nada propicio es el experimento de lo probable.

Las buenas leyes se deben a la razonable vivencia y no al ímpetu del ensayo.

El tiempo da la razón a los que saben prever, aunque en rigor esa razón siempre la hayan tenido y el tiempo no haya hecho otra cosa que confirmarla.

Y así como en una fugaz visión del mundo, observando, además, un panorama del Derecho, surgen ciertas estructuras jurídicas, a veces rígidas y otras flexibles y se escucha a Jean Carbonier (247) para quien el Derecho se debe ajustar a los hechos aun cuando en lo cotidiano aparezca lo empírico. Y dirá el autor citado que más allá de lo formal, cabe en la norma jurídica su realización y aplicación: la solución adecuada ante la diversidad de conductas humanas (248).

Y ante los cambios tecnológicos y científicos, el Derecho en cuanto orden de convivencia no puede estar prescindente y, no debe sorprendernos que, ante el desafío de los nuevos hechos, el mundo jurídico, acompañe a tales acontecimientos. Debe señalarse que estos sucesos, pueden resultar una creación espontánea, proveniente de actos de la colectividad o bien tratarse de una elaboración científica del Derecho con motivo de la

(247) Derecho flexibles, Tecnos, Madrid, 1974, p. 261.

(248) SARAVIA, José Manuel, "El Derecho ante la aceleración de la historia", Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1960, Año V, Segunda Época, nro. 5 p. 177.

vigencia de la técnica jurídica. Procedimiento este último, que conforma la aplicación de ciertos principios a situaciones de hecho, en la actividad dirigida a encuadrar preceptos naturales en moldes artificiales jurídicos.

Es que hace ya tiempo que los hechos suelen no corresponderse con las palabras de la ley. Las fórmulas legales persisten, pero por bajo de ellas y quizás con la ayuda de la jurisprudencia y la doctrina, va el cauce de las nuevas realidades minando la construcción legal.

A propósito de lo cual, Vélez, recordando ideas de Rousset sobre la codificación decía (249): “La codificación no puede jamás ser la última palabra de la perfección legislativa ni el término de un progreso. La prudencia humana tiene sus límites, y los Códigos de una generación serán siempre reformados por los mejores de una generación nueva y porque el porvenir no puede encadenarse a una letra inmutable; no debe exigir de los legisladores sino los beneficios de una legislación temporaria”.

Las precedentes consideraciones necesariamente nos conducen a otras afirmaciones en un contexto donde existe una evidente transformación de las instituciones del Derecho privado, coherente con las exigencias de la hora que se traduce en la relatividad y la orientación finalista de los derechos, el imperio de la regla moral, la preeminencia que se atribuye a la buena fe y, dentro de cierto ámbito, la tendencia a la publicización del Derecho Civil.

Jacques Lambert (250) señala cuanto ha evolucionado la regulación de las relaciones económicas en lo que atañe al papel de la voluntad individual, que ha venido a sufrir los embates de los nuevos tiempos: “el lugar reservado a la actividad de las partes ha tendido sin cesar a restringirse, mientras que se ampliaba el de la intervención legislativa”. Antes el legislador no elaboraba el estatuto de las relaciones económicas sino que establecía únicamente los principios generales destinados a canalizar las voluntades particulares en las directivas compatibles con un orden público liberal. Hoy, el ámbito de esas voluntades se restringe, correspondiendo al derecho público la principal tarea, observándose, así, la decadencia de la soberanía de las voluntades particulares, dominadas y dirigidas por la voluntad general y reglamentaria.

La segunda observación, quizás en las antípodas de lo que se viene señalando, es que dar por letra inamovible o bien que el legislador es la única y eficaz fuente creadora del derecho, rendir culto a la omnipotencia legislativa, es una curiosa manera de pagar tributo a nociones o situaciones que hoy en día debieran estar superadas.

(249) Cabral Texo, “Historia del Código Civil Argentino”, Buenos Aires, 1920, p. 93.

(250) “La ‘publicisation’ del contrato y la delegación de poderes”, LL 12-82.

En su día, la escuela histórica del derecho daba pautas concretas de cómo la vida del derecho, predetermina, ciertamente a la ley; por el contrario, cuando ésta se aparta de aquél, el derecho atribuye a la ley otro contenido o bien otro sentido. Y ello sucede; no es infrecuente.

Dato también válido de la realidad es que el derecho vivo no puede cristalizarse en un código. Si esta fuera la pauta de solución, las relaciones jurídicas entre personas, deberían o —deben— adaptarse a las quizás insuficientes o inadecuadas previsiones del legislador.

Ballot Beaupré, primer presidente de la Corte de casación francesa, a raíz del centenario del *Code Civil* —año 1904— con pleno criterio de realidad y actualidad, reteniendo que el presente —el hoy— suele ser rebelde y contestatario al más previsior de los hombres, consideraba con razón más que suficientes que la ley no puede ser interpretada —y menos aun aplicada— ocupándose y preocupándose de asignar a los hechos de hoy, razones o motivos de años pasados para así lograr soluciones legales.

El citado magistrado (251) sostenía que la judicatura francesa ha sabido aplicar la ley no sólo cuando es oscura, sino completarla cuando resulta insuficiente y suplirla cuando calla, sin detenerse obstinadamente en cual ha sido, hace cien años, el pensamiento de los autores del Código al redactar tal o cual artículo. Señala que el derecho debe seguir a los hechos y no viceversa, siendo los conceptos los que han de adaptarse a la vida, y no la vida la que ha de ceder su lugar a los conceptos.

Mediante una adecuada interpretación, la jurisprudencia judicial, en aras de mantener la armonía y logro de la justicia, se esforzará para que la vigencia del Derecho esté conteste con la realidad cultural y la que atraviesa la sociedad.

No puede negarse ni prescindirse de la realidad y ésta como factor de trascendente importancia, no autoriza a desbordar los límites y opciones legítimas que los textos legales permiten.

Es que el Derecho es vida y se mantiene en constante e interrumpida evolución: la vida del Derecho, no ha sido la lógica; es la experiencia. El Derecho significa y encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos. Y si el Derecho es vida y evoluciona sin cesar, la interpretación de sus preceptos ha de ser esencialmente dinámica y constructiva, y seguir simultáneamente el cambio de las condiciones sociales,

(251) LARNAUDE F. y otros, "Le Droit Public. Sa conception. Sa méthode, en les méthodes juridiques", 1910, p. 29 y ss.

políticas y económicas, que acaecen inexorablemente en el devenir de la humanidad (252).

Acorde a las precedentes premisas, impregnadas de un contexto de realidad, se dirá de manera preliminar que si queremos ser fieles al legado de Vélez, se deberá tener en cuenta que el codificador “tuvo el genio de la adaptación y el sentido de la realidad” (253). De ahí “que su Código contenga lo más selecto de la doctrina y de las leyes de su época ajustadas cuidadosamente a lo que era entonces el país” (254).

Son estas palabras agudas afirmaciones de uno de los redactores del Anteproyecto de 1936, para luego señalar “si un nuevo Código significa separarse de la tradición argentina, romper con el actual, incorporar principios exóticos, ceder a un prurito de cambio y de innovación inmoderados, el proyecto que nos ocupa no es por cierto, un Código nuevo” (textual) (255).

Ante el primer interrogante planteado —reforma o sustitución del Código Civil—, no desconocemos que la pujante realidad aconseja la actualización jurídica. Negar ello, parece contradecir lo palmario y notorio.

De manera que ante la indagación de si el Código debe ser “reformado” o “sustituido”, entendida esta palabra en el único sentido en que de manera cabal puede hablarse de sustitución de un Código por otro, nos pronunciamos por la revisión del Código que respete en lo sustancial su método, esquema, estructura, principios, esencias y valores. En su caso, se debe conservar todo lo conservable y reunir, preservando todas las excelencias que hacen valioso y ponderable al Código.

Es que tras la experiencia respecto de la vigencia del Código Civil, los debates teóricos acerca de ciertos temas a enmendar, se convirtieron en la confrontación de resultados.

Sin extremar demasiado la reforma del Código, dijo Colmo (256) “todo cuanto se requiere es mejorarlo en lo existente e integrarlo con lo que le falta, sin destruirlo en su fisonomía y características esenciales”.

(252) FRIEDRICH, C. J., “La Nueva Imagen del Hombre Común”, Buenos Aires, 1957, p. 16 y ss.

(253) LAFAILLE Héctor, “Hacia el nuevo Código Civil”, JA 58-22.

(254) LAFAILLE, ob. cit.

(255) LAFAILLE, ob. cit.

(256) La reforma del Código Civil, Revista de Derecho Civil, Buenos Aires, t. I, p. 57.

En cuanto al segundo interrogante, si la modificación de los códigos se efectuara y la política legislativa aconsejara la unificación legislativa, en función de lo vigente del Código de Comercio, todo parece indicar que la enmienda debe efectuarse tomando las pautas del Código Civil.

En esta respuesta se impone la cautela de ponderar el continente y el contenido, la apariencia por la realidad. Y si fuera posible reducir el interrogante a términos simples, diría que las pautas de los Proyectos de 1987 y 1995, configuran modelos de buen análisis, sin perjuicio de las adaptaciones de la hora y, hasta agregar los adelantos que aconseje la ciencia jurídica, más allá que esta alternativa significaría la penetración de lo mercantil en el ámbito del Derecho privado o civil.

Los interrogantes 3, 4 y 6 caben en nuestra opinión unificarlos (257).

En cuanto al parecer de nuestra sociedad y las alternativas de los puntos citados ante la eventualidad de una enmienda reformista jurídica el sentir —hoj— de la comunidad, es absolutamente irrelevante.

El meridiano de las preocupaciones nacionales y de los habitantes del país, precisamente, no pasa por el futuro del Código Civil. El ciudadano es indiferente a lo novedoso. Existe un descreimiento moral, en general, a lo que provenga de lo gubernativo. Hay más consternación que esperanza.

No se advierte un reclamo general de que se llegue a la unificación de ambos derechos, lo que hace pensar que se trata de una aspiración alentada por principios más teóricos que prácticos, y no parece que el régimen jurídico vigente hoy traiga perturbaciones de trascendencia como para justificar una modificación legislativa de tal envergadura, que lleve a la subestimación de una tradición nacional más que centenaria.

En cuanto al clima cultural, demás está decir que una reforma no propicia a aquélla.

(257) Cfr. ap. 3, núm. 3'; ¿La sociedad civil y política de nuestros días, reclama una reforma legislativa que lleve a la unidad del Derecho Privado?; ap. 4'; "¿Está en su caso, preparada nuestra sociedad civil para las definiciones que pudieran surgir del precedente postulado? ¿Cuál es el clima cultural que impera en nuestra sociedad?"; ap. 6'; "¿Prevalece alguna ideología u otros enigmas que sobre la marcha de la cuestión central puedan surgir?".

Por el contrario: advertía Colmo en el cincuentenario del Código Civil (258), “...Me refiero a lo cultural...aludo a la cultura, porque quiero mostrar dos cosas: que el Código no es puramente económico, como lo acredita, desde la época romana, la legislación de la familia, del matrimonio, de los hijos, de la patria potestad y de todo lo demás; y que es la cultura, el grado y forma del desenvolvimiento espiritual, lo que va sacando de la penumbra de lo incidental o vago una serie de aspectos institucionales que se hacen más y más exigibles en cualquier campo de actividad, que se infiltran en la conciencia colectiva, que se incorporan al patrimonio social, y que, convirtiéndose en un valor y así en capital, reclaman protección legislativa”.

A lo dicho, agrega Orgaz (259) “no somos, en cultura jurídica, un país rico para desprendernos pródigamente de lo que ya poseemos...”

Caben proyectar soluciones al planteo 5 (260).

Todo cambio o modificación legal suscita inconvenientes, reparos, críticas, enmiendas sobrevinientes y, a veces, ecos de bienvenida.

Los comentarios a los Proyectos de 1987 y 1995 ya se han hecho oír.

Los que corresponden al Proyecto del año 2011 han motivado —y causan— variedad de comentarios escritos en publicaciones jurídicas, habiendo recibido aquél cuerpo normativo aprobación legislativa por el Senado de la Nación.

Ha quedado precisado que todas las tentativas de actualizar el Código Civil han fracasado, excepto la citada que se encuentra en trámite, desconociéndose su futuro.

La Comisión especial que elaboró la “reforma” transformada en “creación”, vía sustitución, es tan calificada como numerosa, lo que incide en la unidad de pensamiento y ello, también se advierte, en la metodología y ubicuidad de ciertas figuras jurídicas, aparte del grave inconveniente de adoptar fórmulas legales sin un maduro estudio y ponderación de las mismas.

De más está decir que estas observaciones no desconocen —ni soslayan— una aguda reflexión de Alfredo Colmo (261), en cuanto señalara

(258) Lecciones y Ensayos, 1959, n° 12, p. 59 y ss., reproducción de su discurso en oportunidad de inaugurarse los cursos en la Facultad de Derecho en 1921, p. 66.

(259) La Reforma, cit. p. 177.

(260) “¿Es de temer la advertencia de Chabot, en el sentido que el tránsito de una legislación a otra estará erizado de graves dificultades?”

(261) “El Código Civil”, cit. p. 66.

“..el Código no sólo no ha trabado las diversas actividades, sino que ha llegado a fomentarlas...el Código es atrasado en no contados supuestos, como es errado en una fuerte cantidad de otros, y resulta muy deficiente en aspectos de toda importancia...”

En suma: ya en 1921, Colmo reclamaba una actualización de nuestro Código Civil; el *quid* era y es, su extensión o cometido.

Más allá de los postulados que se insertan en el decreto nro. 191/2011, existe una verdad incontrastable bien mantenida por Orgaz (262): así como en 1936, se pretendía redactar un nuevo Código Civil, vía sustitución del entonces vigente, idéntico es el propósito actual respecto de la normativa en trámite parlamentario.

Orgaz expone acertados motivos, pues la extensión de la tarea está en la psicología del reformador; una inercia, es decir una inclinación constante a ir ampliando cada vez más, el círculo de su actividad: se comienza siempre con lo “necesario”, se continúa con lo “útil”, se concluye con lo “conveniente”.

Y dice (263) la revisión del Código Civil, auspiciada con claro sentido por la opinión responsable del país, cobró la magnitud de una reforma total y no se pudo conocer el vuelco que se estaba operando en la enmienda respectiva, ni la Comisión suministró —entonces— informe alguno de las conclusiones parciales de su estudio.

El resultado fue la sustitución del Código vigente y la elaboración de un Código nuevo.

En cuanto a otro de los temores del Sr. Chabot cabe reflexionar que la enmienda —parcial o unificación legislativa— comprometerá profundamente la utilidad que significa contar con un muy importante aporte de obras doctrinarias y una valiosa jurisprudencia elaborada por una magistratura que ha fijado pautas interpretativas que contribuyen a afianzar la seguridad jurídica.

En lo que hace al interrogante 8 (264), caben varios postulados: no parece que la reforma haya sido suficientemente debatida por todas las instituciones con interés en el tema y si bien se incorporan preceptos plausibles existen otros que merecen reparos y realizarse rectificaciones.

(262) “La Reforma del Código Civil”, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1938, n° 5 p. 161 y ss.

(263) Ob. cit., p. 161.

(264) “¿Es prudente y aconsejable la reforma propuesta?”

Segundo, nos parece de buena senda que se establezca, previamente, los límites de la reforma —objetivos— y subjetivos que guían estos, al propósito de todo reformador: en otros términos, “puntos esenciales de la reforma”.

Todo ello bajo el prisma de la prudencia (265) en sus dos rostros, uno de los cuales se encara con la realidad objetiva, mientras el otro mira a la realización del bien.

XXII. Final

41. Brevemente, he recorrido el ya largo tiempo —desde 1926 a la fecha de (88) ochenta y ocho años— de intentos reformistas de nuestro Código Civil, obra ésta más que centenaria.

Cada Proyecto reconoce el denodado esfuerzo de sus coautores y la historia —seguramente plagada de contramarchas— de su trajinar.

Respetemos los prolíferos y meditados trabajos y bienes venidos a la Historia del Derecho.

Y así como al inicio citamos la leyenda de Jano, donde las dos caras miraban en direcciones opuestas, no podemos dar la espalda al presente, negando los nuevos problemas y las exigencias que sobrevendrán en el futuro que ya se va instalando. Ello, ante el ya eterno problema de si se reforma de manera parcial o bien se sustituye el Código, aun con las observaciones que en el presente efectuáramos, aunadas a otros extendidos reparos.

En la difícil decisión, entendemos que los Proyectos de reformas de los años 1987 y 1995, debidamente adaptados a los planteos que a dichos cuerpos se concretaran, en cuanto fueren viable y otras soluciones que se contemplaran, son una vía de nueva ponderación y solución.

La otra cara de Jano, es aguardar ante razones que no sólo resultan del mundo jurídico, sino que provienen de nuestra indestructible e innegable realidad.

En efecto: el Derecho no transita por un cauce disímil a la política y no cabe desatender a las mutuas interdependencias de estas disciplinas. Los delicados avatares que en todos los niveles desbordan lo que debiera ser un gobierno normal y adecuado del país, imponen no innovar en el nivel

(265) PIEPER, Josef, Rialp, Madrid, 1969, p. 56.

de lo jurídico, más allá de las alteraciones que desde la esfera gubernamental impactan a diario la convivencia.

El realismo pragmático, el sentido común y lo creativo indican que este momento histórico nos aconseja no alterar nuestro real Código de vida —Código Civil— cuya sabiduría y grandeza, han posibilitado el digno pasar de los argentinos, en el que pareciera difícil encontrar motivos válidos para el optimismo.

Una vez que la Nación defina sus aspiraciones, y como país emergente decidamos el cauce de emerger, sólo así vendrán los tiempos de cambios, no imposible de acontecer. En un sentido figurado —pero sin dudas—; cuando se avizore la luz en el túnel.

Hoy, afrontar o pensar, subrayo el pensar, en una profunda reforma legislativa civil y comercial como la que tiene trámite parlamentario, puede generar reacciones imprevistas e imprevisibles a nivel sociológico, jurídico y un etcétera prolongado mucho mas profundas de lo que imaginamos.

No sumemos más desatinos.

A propósito del “pensar”, en estos momentos, como pedía Foucault “antes de ponernos a pensar habrá que pensar si podemos pensar de forma distinta a como pensamos”.

Por ahí debieran ir nuestros pasos para mirar el futuro con tranquilidad.

Post scriptum

Era inimaginable que luego de un largo letargo, la Cámara de Diputados acometiera con el Proyecto de sustitución del Código Civil, lo que hacía suponer —no sabemos si por bien o mal pensados— que lo actuado quedaría como nos decía un antiguo profesor, en “el mar del papel con tinta. Por el contrario, la actitud dócil de la citada cámara, en línea con el gobierno, al aprobar —sin deliberación— nada menos que un nuevo Código Civil y prescindir de la llamada “oposición”, en un trámite fugaz plagado de anomalías, corrobora que los hoy gobernantes parecen más dispuestos a levantar barreras que a establecer cauces de diálogo. La reforma del Código Civil —o su sustitución— resultaron un improvisado concurso de mala oratoria con seguidores desaprensivos.

Lo que fuera júbilo a raíz de la promulgación del citado ordenamiento, corroboró la absoluta intolerancia con quienes piensan distinto, cerce-

nando la libre discusión e imponiendo una visión unilateral de la sociedad que se inscribe en la dialéctica amigo-enemigo. Irracionalidad que traduce, en suma, la mejor manera de imponerse sobre la razón.

Por último, debo decir que ciertos temas del nuevo Código, por información cultural, jurídica y por el Derecho mercantil, que tanto sostuvo Vélez y al que me adscribo, me resultan inaceptables. En Derecho no siempre los intentos de conciliación entre tesis o puestas eclécticas constituyen la mejor salida, pues en numerosas ocasiones la *natura rerum* impone una formulación conceptual en sentido unitario, exclusivo y excluyente. ♦

INCERTIDUMBRES GENERADAS POR EL PROYECTO DE “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2012”

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

I. Introito

La reciente y casi inesperada sanción “exprés” del nuevo Código Civil y Comercial unificado de la Nación sin duda ha venido a incidir en el temario de la convocatoria de estas Jornadas conjuntas de las Academias Nacionales de Derecho de Córdoba y de Buenos Aires, sobre la “conveniencia” de la sustitución de nuestro Código Civil. Pero todavía puede ser, sin embargo, que en definitiva no sea tan así.

En efecto, ante todo según noticia aparecida en el diario *La Nación* del pasado 16 del mes de octubre (p. 15: “Investigan la sanción del Código Civil”), existen dos denuncias: una de la diputada Elisa Carrió contra el presidente de la Cámara de Diputados Julián Domínguez, y otra casi simultánea de legisladores del radicalismo, de la Coalición Cívica y del massismo, por la forma exprés e ilegal en que se habría realizado tal aprobación, que según lo manifestara el diputado Fernando Sánchez de Colación Cívica, uno de los promotores de la denuncia: “nunca se había violentado de semejante modo el sistema de sanción de una ley”. En dichas actuaciones, a pedido del fiscal federal Gerardo Di Masi, el juez Sebastián Casanello ya pidió los antecedentes legislativos de la sanción del proyecto de Código Civil y Comercial, llevada a cabo con total ausencia de los diputados de la oposición, que se retiraron del recinto legislativo antes de la votación.

Pero además debe tenerse en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial recién habría de entrar en vigencia el primero de enero del año

(*) Disertación pronunciada por el Académico en la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014.

2016; cuando, después de las elecciones de 2015, tenga ya el país nuevas autoridades. Lo cual abre la posibilidad, a lo menos, de un “oportuno” nuevo estudio, replanteo o reconsideración de dicho nuevo Código Civil y Comercial. El cual importa, sin duda, nada más y nada menos que la unificación del Código Civil y el de Comercio, que hasta ahora coexisten aunque separadamente, y por sobre todo un sustancial cambio del régimen jurídico de nuestro derecho privado, del que somos futuros destinatarios todos los habitantes de la Argentina.

Por otra parte, lo cierto es que una labor de tal trascendencia se llevó a cabo inicialmente con excesiva celeridad. Pues la Comisión de Reformas creada por el Decreto del P. E. Nacional 191/2011, presentó su trabajo en el plazo fijado de un año, el 24 de febrero de 2012; previéndose además en el Proyecto de Ley de Aprobación y Derogaciones, la creación para su estudio en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación de una “Comisión Bicameral”, que debía expedirse “dentro de los noventa (90) días de su conformación” (art. 10), vencido el cual “el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación quedará en situación de ser tratado en el plenario, aun sin despacho de la comisión” (art. 11). Todo lo cual era trasunto de una llamativa celeridad por el logro de la sanción del nuevo ordenamiento; que no se compadecía con una reforma de tal trascendencia y nada sencilla, merecedora por cierto de mayor tiempo para su elaboración, consideración y adecuado tratamiento, en procura de la mejor manera de optimizar dicha labor.

Es más, luego de que tal Proyecto mereciera su aprobación por el Senado de la Nación a fines del pasado año 2013; en este año 2014 no se volvió a saber más nada del mismo hasta fines del pasado mes de septiembre, en que repentinamente y con urgencia (“exprés”) se trató y aprobó el mismo en la Cámara de Diputados, como es sabido con total ausencia de los diputados de la oposición, quienes se retiraron del recinto.

Entrando al fondo de la cuestión, debo ante todo aclarar que por mi parte siempre he sido contrario a la idea de una reforma integral de nuestro Código Civil. Soy un confeso admirador de la magnífica obra de nuestro codificador Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, máxime si nos ubicamos en el lugar, tiempo y circunstancias en que se redactara nuestro Código Civil. Amén de seguir creyendo que una buena parte de esa obra puede todavía proseguir rigiéndonos perfectamente, al margen de alguna que otra corrección o actualización. Tal como sucede en mi parecer con el régimen de: las “obligaciones en general”; los “hechos y actos jurídicos”, a pesar de su desacertada ubicación metodológica; la mayoría de los contratos legislados en el Código Civil y en el de Comercio; en general con el sistema de los derechos reales; y básicamente con los principios del derecho sucesorio.

rio. Aunque obviamente ello no implica desconocer, ni mucho menos, que el paso de los años y los sucesivos avances científicos y tecnológicos, han ido imponiendo la necesidad de varias e inevitables modificaciones, muchas de las cuales ya han sido llevadas a cabo; algunas además correctamente introducidas en el propio articulado del vigente Código Civil, como sucediera con las leyes 17.711, 23.264 y 23.515, y otras muchas mediante leyes complementarias del Código Civil, especialmente a partir de la ya derogada ley 2393 de Matrimonio Civil, la 11.723 de Propiedad Intelectual y la 13.512 de Propiedad Horizontal. Y sin perjuicio de que en un futuro siempre puedan resultar indispensables otras nuevas actualizaciones.

II. El nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código tiene 2.671 artículos, por cierto bastante menos, aproximadamente una tercera parte, de los 4051 de nuestro Código Civil; a los que hay que sumar asimismo los más de 500 artículos del Código de Comercio que igualmente habrán de desaparecer. Todo lo cual ya está de por sí evidenciando la trascendencia de tamaña reforma y poniendo de resalto la necesidad de una cuidada lectura y relectura, que posibilite ir evaluando y, de ser necesario, en su caso corrigiendo los profundos cambios que se introducen a nuestro derecho privado; regimentación, nada más y nada menos, que de nuestro propio ordinario *modus vivendi*.

Debe además señalarse que si bien el Proyecto del nuevo Código sancionado, se habría elaborado con la colaboración de numerosos destacados juristas; la verdad es que se lo hizo agrupándolos en pequeñas comisiones independientes entre sí, cada una de ellas circunscripta en su labor a específicos temas concretos, a veces de solo unos pocos artículos, y sin ningún contacto ni vinculación entre ellas. O sea que se trató en definitiva de una suma de distintas labores entre sí separadas e inconexas; al margen de su ulterior recopilación y encuadre en el total del Proyecto, que obviamente hubo de pasar por otras manos.

Buena prueba de lo dicho es, por ejemplo, lo que sucede con la errónea subsistencia en el pago "por (no 'con' como dice el Código Civil) subrogación legal" —art. 915 inc. d)—, de un supuesto que en rigor ha desaparecido en el nuevo Código Civil y Comercial sancionado; al acordárselo, como también se lo hace en el art. 768 inciso 5º del Código aún vigente, a favor "del heredero aceptante con beneficio de inventario que paga con fondos propios" deudas de la sucesión o legados. Lo cual se repite otra vez al tratarse de la "suspensión" del curso de la prescripción liberatoria en el art. 2.543 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, en cuyo inciso e) se la establece a favor y en contra del heredero "beneficiario" mientras dura su calidad de tal,

respecto de los reclamos que tienen por causa la defensa de derechos sobre bienes del acervo hereditario, supuesto ya contemplado en el art. 3.972 del todavía vigente Código Civil. Todo lo cual constituye sin duda un craso error, en razón de que en el nuevo Código Civil y Comercial sancionado ya no existe el régimen de “aceptación de herencia con beneficio de inventario”; disponiéndose en cambio en su art. 2.317, que en principio todos los herederos aceptantes de una sucesión sólo responderán por las deudas y legados dejados por el causante con los bienes sucesorios. Exceptuándose después a los casos mencionados en el art. 2.321, en los que se hace responder a los herederos incluso con sus bienes propios, como sanción por: no haber hecho el inventario de los bienes sucesorios en el plazo de tres meses, desde que acreedores o legatarios de la sucesión lo hubiesen intimado judicialmente a su realización; o haber ocultado fraudulentamente bienes de la sucesión, omitiendo su inclusión en el inventario; o haber exagerado dolosamente el pasivo sucesorio; o haber enajenado bienes de la sucesión, salvo que ello hubiese sido conveniente y su precio hubiese ingresado al haber sucesorio.

Y lo cierto es que como aquéllas, existen otras cuestiones en el nuevo Código Civil y Comercial sancionado que se pueden mencionar como generadoras de incertidumbres y a veces de verdaderas inquietudes; y ello nada menos que en la regulación de todo nuestro derecho privado, que habrá de regirnos a todos los habitantes de nuestro país. Amén de que el mismo Dr. Lorenzetti, presidente de la Corte Suprema Nacional y también de la Comisión de Reformas a los Códigos Civil y Comercial, ha reconocido públicamente que el nuevo Código sancionado, necesita de algunas reformas.

Así se pueden citar entre otros, a título meramente ejemplificativo, los temas que se mencionan a continuación.

III. La “codificación” de nuevos diferentes contratos comerciales

1) En el nuevo Código Civil y Comercial sancionado se legisla sobre varios diferentes contratos comerciales que no existen en nuestro actual Código de Comercio y a veces ni siquiera en alguna otra legislación complementaria del mismo. Así el propio Dr. Lorenzetti, ha señalado sobre el respecto que: “Se regulan los contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas” (1).

(1) Punto XII, N° 4 de “Presentación del Proyecto” en “Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 7.

Lo cual por sí solo constituye un llamado de atención o toque de alerta por la trascendencia de esos temas; muchos de los cuales admito no son de mi especial conocimiento.

IV. El comienzo de la existencia de la persona humana

2) Conforme al art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial, la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Y aunque no agregue que tal concepción ha de serlo "en el seno materno" como lo hace el art. 63 del aún vigente Código Civil; no quedan dudas de que ello es así, por cuanto el subsiguiente art. 20 dice que: "*Época de la concepción es el lapso ente el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo*".

Sin embargo al aludirse a las técnicas de reproducción humana asistida, ya se contempla en el párrafo final del art. 575 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que: "*Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no genera vínculo jurídico alguno con éstos...*". De lo cual resulta implícitamente que el embrión concebido en forma extracorpórea no es considerado todavía "persona", mientras no sea implantado en la mujer; todo lo cual luego se reitera con el nuevo proyecto de ley en trámite ante el Senado de la Nación sobre las "Técnicas de reproducción humana asistida". En tanto que las ciencias biológicas permiten afirmar hoy en día que el embrión es un "ser humano", se haya concebido en el "seno materno" o formado mediante las técnicas de fecundación *in vitro*; o sea que en ambos casos tiene la misma "sustantividad humana", la "condición de humanidad".

Complejo tema éste sobre el que recomiendo el trabajo del nuestro compañero académico Dr. José W. Tobías, casualmente uno de los tantos colaboradores mencionados en el Anexo de Agradecimiento y Colaboración del Proyecto, intitulado "La persona humana en el Proyecto" y publicado en La Ley 2012-D, ps. 743 y siguientes.

V. El derecho de familia

3) Esta parte del derecho civil es probablemente la más modificada en el nuevo Código Civil y Comercial sancionado, que entre otras cosas propicia: a) un sistema de divorcio incausado a partir de la exclusiva voluntad de uno solo, cualquiera, de los esposos (arts. 437 y sigte.), aunque por supuesto también puede serlo por mutuo acuerdo entre ambos; b) un nuevo régimen de filiación para los supuestos de reproducción humana asistida, fundado en la llamada "voluntad procreacional" —art.

562— (arts. 560 y siguientes); y c) en fin, la regulación de las varias distintas formas de las denominadas “uniones convivenciales” (arts. 509 y ss.). Sobre todo lo cual, a su turno, recomiendo leer el trabajo del Dr. Alejandro Borda, también otro de los tantos “colaboradores” del Proyecto, publicado en La Ley 2012-E, ps. 1.345 y ss., bajo el título: “Matrimonio y familia”.

VI. Incorporación de la categoría de las obligaciones “concurrentes”

4) Se ha incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial sancionado, en sus arts. 850 a 852 un nuevo supuesto de obligaciones de sujeto plural: el de las denominadas obligaciones “concurrentes” (o “conexas” o “indistintas”), que nuestra doctrina y jurisprudencia hacía tiempo venían aceptando; con un regimen bastante similar, aunque no idéntico, al de las obligaciones solidarias. Amén de que coincidentemente se tratan y regulan algunos supuestos concretos de tales obligaciones: como el de la responsabilidad del principal y su dependiente por el daño causado por este último en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 1.753); o la del dueño y el guardián de la cosa que causa un daño por su riesgo o vicio (art. 1.758).

Pero entre los muchos efectos de tales obligaciones detallados pormenorizadamente en el art. 851, en general coincidentes con lo propiciado por la doctrina y algunos anteriores proyectos de reforma, aparecen sin embargo algunos puntos dudosos y cuestionables.

Así se dispone en su inciso c), sin ninguna explicación aclaratoria, que: “la dación en pago, la transacción, la novación y la compensación realizadas con uno de los deudores concurrentes, en tanto satisfagan íntegramente el interés del acreedor, extinguen la obligación de los otros obligados concurrentes o, en su caso, las extinguen parcialmente en la medida de lo satisfecho”. Aunque en cambio nuestra doctrina se había expedido en general en sentido contrario de lo ahora dispuesto, como puede verse especialmente en el “Tratado de derecho civil. Obligaciones” de Guillermo A. Borda (2) y en el “Tratado de derecho civil. Obligaciones” de Jorge Joaquín Llambías (3); e igualmente en el Proyecto de 1993 de la Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo, que establecía todo lo contrario en punto a la novación y la compensación (art. 776 inc. 1).

(2) 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, Tº I, ps. 458 y ss., nº 580.

(3) Buenos Aires, Perrot, 1970, Tº II, p. 598, nº 1289 y nota 242.

Y a mayor abundamiento, el efecto extintivo total acordado a la "transacción" realizada con uno de los deudores concurrentes, que extingue la de todos los otros obligados (art. 851 inc. c); resulta ser un efecto aun más pleno o extenso que el que rige para las mismas obligaciones solidarias, cuyos principios sin embargo serán aplicables "subsidiariamente a las obligaciones concurrentes" (art. 852 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado); puesto que en éstas la transacción hecha con uno de los codeudores solidarios aprovecha a los otros pero no puede serles opuesta, según reza el art. 835 inc. d) del nuevo Código Civil y Comercial sancionado y es también la misma solución del art. 853 del todavía vigente Código Civil.

Todo ello nos lleva a pensar, si no hubiese sido quizá preferible tratar como de responsabilidad "solidaria" no sólo a los de "responsabilidad colectiva y anónima" de la Sección 8ª del Capítulo 1, Título V del nuevo Código Civil y Comercial sancionado: daños causados por cosas caídas o arrojadas de un edificio con pluralidad de dueños u ocupantes, pero sin saberse de que parte cayeron (art. 1.760); daño provocado por un miembro no identificado de un grupo determinado (art. 1.761); y daño ocasionado por uno o más de los integrantes, no individualizados, de un conjunto que realiza actividades peligrosas para terceros (art. 1.762). Sino por el contrario haber extendido también esa misma responsabilidad solidaria a todas las obligaciones expresamente catalogadas como "concurrentes" de los arts. 1.751 segundo párrafo, 1.753 y 1.758; con simultánea supresión de toda la Sección 8ª, Capítulo 3, Título I del Libro Tercero (arts. 850 a 852) sobre "Obligaciones concurrentes".

Lo cual era por otra parte perfectamente factible, teniendo en cuenta que como la "solidaridad" ha de resultar "de la ley" o del título constitutivo de la obligación (arts. 699 del Código Civil vigente y 838 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado); se lo pudo establecer así perfectamente en este último. Aunque también hubiese habido que modificar el art. 827 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, suprimiendo de él la parte que dice que las obligaciones solidarias han de estar: "y originadas en una causa única"; lo cual pareciera que solo se ha agregado para establecer una diferencia concreta con el régimen de las "Obligaciones concurrentes o indistintas"; eliminándose además, lisa y llanamente, al art. 1.751 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado.

Pudiendo recordarse sobre el respecto que con anterioridad a la reforma de la ley 17.711, dado que no estaba expresamente prevista la "solidaridad" en materia de cuasidelitos o hechos ilícitos "culposos" (arts. 1.081 y 1.109 del Código Civil), algunos autores recurrieron al concepto de las obligaciones *in solidum* (o "concurrentes"), para sostener que ésta

era la que existía en aquéllos entre sus distintos copartícipes (4). Aunque después de dicha reforma, con el disimulado agregado introducido al art. 1.109 del Código Civil —“*Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro*” —; ya no quedaron dudas de que todos esos copartícipes también responderían solidariamente (5), y que, consecuentemente, había quedado a la vez excluido por completo tal supuesto del ámbito de las obligaciones “concurrentes”.

Por lo demás, unificando como de “solidaridad pasiva” a todos los supuestos de obligaciones concurrentes del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, sin duda se habrían obviado asimismo los problemas que podrían generar algunos de los “efectos” atribuidas a éstas últimas en el extenso art. 851 de dicho nuevo Código Civil y Comercial, que difieren con los de las obligaciones solidarias; lo que a futuro podría dar lugar a posibles conflictivas controversias hermenéuticas.

VII. La mora del deudor en las obligaciones a plazo indeterminado

5) En punto a las obligaciones sujetas a “plazo indeterminado propiamente dicho”, se dispone en el inc. b) del art. 887 de nuevo Código Civil y

(4) SAFONTÁS “Cuasidelitos. Responsabilidad *in totum*” cit. en el N° 3 de la revista “Jus”, La Plata, Ed. Platense, ps. 24 y ss.; León, Pedro “Responsabilidad solidaria en los cuasidelitos” en el N° 2 de la “Revista Jurídica de Córdoba”, abril-junio de 1947, sección Jurisprudencia, p. 302.

(5) ALTERINI, Atilio Aníbal “Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, ps. 238 y ss., n° 296 y nota 379; Boffi Boggero, Luis María “Tratado de las obligaciones”, Buenos Aires, Astrea, 1981, T° 5, ps. 567 y ss., § 1975; Borda, Guillermo A. “Reforma del Código Civil. Responsabilidad extracontractual”, en E.D. 30, p. 820; idem “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T° II, ps. 279 y sigte., n° 1.363; Bustamante Alsina, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 576, n° 1.581; Goldenberg, Isidoro H. “La solidaridad en materia de cuasidelitos” en “Enciclopedia Jurídica Omeba. Apéndice”, Buenos Aires, ed. Ancalo, 1974, T° I, ps. 718 y ss., n° II; Kemelmajer de Carlucci, Aida comentario al art. 1109 del Código Civil en “Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado, y concordado”, Director Augusto C. Belluscio y Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, T° 5, ps. 375 y ss., § 26; Llambías “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T° IV-A, ps. 200 y ss., n° 2428; Mosset Iturraspe, Jorge “Responsabilidad por daños”, Buenos Aires, Ediar, 1971, T° I, p. 307 y nota 48; Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A. “Derecho de las obligaciones”, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2010, t. IV, ps. 710 y ss., n° 2.507; etc.

Comercial sancionado, que: "si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo tiene que fijar mediante el procedimiento más breve..." etc.

Y esto constituye un verdadero absurdo, puesto que si no existe plazo la obligación resulta ser inmediatamente exigible desde su nacimiento (art. 871 inc. a) del nuevo Código Civil y Comercial sancionado) y por ende la mora se produce automáticamente en ese mismo momento "de... nacimiento" de la obligación. Amén de que, a mayor abundamiento, en el inciso d) del mismo art. 871 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado ya se contempla adecuadamente que: "si el plazo es indeterminado (o sea **NO "si no hay plazo"**), en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local". De manera que todo este problema se solucionaría derogando el incorrecto e innecesario inciso b) del citado art. 887 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado.

Aunque cabe reconocer que un error similar ya se advierte en el texto actual del art. 509 del Código Civil, después de su reforma por la ley 17.711, referido en general a la mora "*en las obligaciones a plazo*", y que en su tercer párrafo también dice: "**Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario...**".

VIII. La inclusión de nuevos supuestos de "derechos reales"

6) Se incorporan en el nuevo Código Civil y Comercial sancionado, como nuevas figuras en la nómina de los derechos reales, a: los "conjuntos habitacionales" —clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, etc. (arts. 2.073 a 2.086)—; el "tiempo compartido" (arts. 2.087 a 2.102) y los "cementeros privados" (arts. 2.103 a 2.113). Todos los cuales son en rigor solo posibles objetos sobre los que pueden recaer los derechos reales.

Y de tal manera en verdad se está apuntando al objeto, con olvido de que la enunciación y posterior regulación ha de ser de los "derechos" y no del "asiento" de los mismos.

También tenemos el caso de la Propiedad Comunitaria Indígena (arts. 2.028 a 2.036 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado), con olvido o prescindencia de lo aconsejado por unanimidad en las "XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (Buenos Aires, 2001), en el sentido de que: "La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, hace

innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente”.

Y en fin, existen algunas otras inconsistencias y contradicciones, como la de que el plazo de los derechos reales de garantía “no puede exceder de diez (10) años” (art. 2.189, último párrafo del nuevo Código Civil y Comercial sancionado); pese a que “los efectos del registro de la hipoteca”, obviamente un derecho real de garantía, “se conservan por el término de Veinte (20) años, si antes no se renueva” (art. 2.210 del mismo nuevo Código Civil y Comercial sancionado); etc.

Sobre todo lo cual y otras tantas cuestiones referentes a los derechos reales, remito al excelente trabajo del académico Dr. Jorge Horacio Alterini “Primeras Consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, publicado en La Ley 2012-E, ps. 898 y ss.

IX. Unificación del régimen de la responsabilidad civil por hechos ilícitos y por incumplimiento contractual

7) Los arts. 1.716 a 1.736 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, apuntan a la tan auspiciada unificación del régimen de la responsabilidad civil por hechos ilícitos y por incumplimiento contractual.

No obstante lo cual, lo cierto es que en verdad no se unifican, y que incluso se diversifican aún más que en el Código Civil aún vigente, los plazos de prescripción liberatoria; precisamente una de las cuestiones más importantes de la diferenciación entre ambos regímenes. Pues en efecto, conforme al nuevo Código Civil y Comercial sancionado tenemos: 1º) un plazo de tres años para la prescripción de “la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil” (art. 2.561 in fine), obviamente referido a los supuestos de hechos ilícitos, aunque cabe dudar sobre si rige o no también para perjuicios resultantes de un incumplimiento contractual; 2º) pues no habrá de regir al menos para para “los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas”, para los que se aplica el plazo de dos años (art. 2.562 inc. d); 3º) ni tampoco para “el reclamo por vicios redhibitorios” y “contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial... de obras destinadas a larga duración”, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, cuyos plazos de prescripción son de un año (art. 2.564 incisos a) y c), respectivamente); 4º) ni para el “resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces”, que prescribe a los 10 años desde que cesara la incapacidad (art. 2.561 primer párrafo); 5º) ni, quizá, para muchos supuestos de incumplimiento contractual, para los

que podría llegar a regir el plazo genérico de prescripción de cinco años, si no estuviese previsto otro específico diferente (art. 2.560).

X. Cuestiones en el derecho sucesorio

8) En el derecho sucesorio, ya se señaló la desconexión existente entre el “pago por subrogación legal” (art. 915 inc. d) y la “suspensión” del curso de la prescripción liberatoria (art. 2543 inc. e), dispuestos en favor de “herederos beneficiarios” que hubiesen pagado deudas de la sucesión o legados con bienes suyos propios; y la desaparición e inexistencia en el nuevo Código Civil y Comercial sancionado del instituto de la “aceptación de herencia con beneficio de inventario” (arts. 2.317 y concordantes).

Y asimismo se generan dudas por ejemplo en cuanto a los temas de la “porción disponible” del causante y el correlativo de la o las “mejoras” o “legados”; teniendo en cuenta que la primera se incrementa de una quinta parte de todos los bienes —art. 3.593 Código Civil— a una tercera parte de los mismos si hay descendientes y hasta la mitad del haber si sólo heredan ascendientes y/o el cónyuge —art. 2.445 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado—; amén de que además el causante puede incluso llegar a utilizar hasta un tercio (1/3) de las porciones legítimas de sus herederos, para mejorar a descendientes o ascendientes suyos con alguna discapacidad —art. 2.448 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado—; etc.

XI. Reformas introducidos al Anteproyecto por el Poder Ejecutivo Nacional

Al margen de todo lo ya dicho, añadimos que tampoco se puede olvidar que el Anteproyecto preparado por la Comisión de Reformas designada por decreto del P. E. nacional 191/2011, sufrió además algunas importantes modificaciones en ciertos temas puntuales, que le fueron efectuadas por el propio Poder Ejecutivo Nacional. Tal como por ejemplo sucediera concretamente en punto a:

1) El régimen de las obligaciones dinerarias. En efecto en la última parte del art. 765 del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, se ha preferido reimplantar lo que disponía el primigenio art. 617 del Código Civil velezano hasta su reforma por la ley 23.928, en el sentido de que: *“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”; a lo que además se le ha agregado un nuevo texto para aventar toda duda, que dice: “y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.*

Sobre ello cabe señalar ante todo como crítica de fondo, que en este artículo del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, cuando ahora se alude al régimen de “obligaciones de dar cantidades de cosas”, se está efectuando una remisión a un “vacío” legal; puesto que estas obligaciones que existen en el vigente Código Civil (arts. 606 a 615), en cambio no han sido contempladas sino por el contrario eliminadas del texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que nos ocupa.

Además dicho último párrafo del art. 765 del Proyecto, acto seguido se contradice abiertamente con lo dispuesto por el subsiguiente art. 766 (también modificado por el P.E. nacional), que reza: “*Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada*”; del cual se suprimiera un agregado más terminante aún contenido en el mismo texto del Anteproyecto que decía: “... *tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene*”. Incongruencia que de todas formas resulta palmaria, dado que mientras el art. 766 establece que la “*obligación del deudor*” es la de “*entregar la cantidad correspondiente de la especie designada*”; inmediatamente antes se ha dicho en cambio en el in fine del art. 765 que: “*Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, ...el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*”.

Amén de que por otra parte, todo ello implica sin lugar a dudas la “*pesificación*” de las obligaciones en moneda extranjera, pese a las desmentidas oficiales del Ministro de Justicia Dr. Alak del día 12 de junio del año 2012, y las reiteradas manifestaciones en igual sentido del propio Presidente de la Corte Suprema Nacional y de la Comisión reformadora. Puesto que a la postre, con el sistema corregido por el P. E. nacional del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, las obligaciones pactadas en moneda que no tenga curso legal en el país siempre podrán pagarse, por la sola voluntad del deudor, en moneda nacional, y con ajuste a la “*cotización oficial*”; única que formal y legalmente existe en el país, y que como es bien sabido resulta ser bastante inferior, y en diferencia que cada vez se va incrementando más, con relación al verdadero tipo de cambio existente en la realidad actual de nuestro país: el del mercado negro o “*blue*”, donde casi únicamente se pueden adquirir dólares u otras monedas extranjeras (aunque en rigor ello implique un obrar antijurídico), desde que el gobierno nacional instalara el año 2012 el cerrojo o cepo cambiario que todos conocemos. Si bien desde principios del año en curso ello ha sufrido algunas pequeñas atenuaciones con la Resolución General n° 3583 de la A.F.I.P. (B.O. del 27/01/2014), sobre compra de moneda extranjera para atesoramiento, que ha venido a convivir con la ya preexistente Resolución

General N° 3450 también de la A.F.I.P., sobre ayuda familiar, gastos turísticos en el exterior, etc.

Por el contrario, la redacción originaria del Anteproyecto de la Comisión había propuesto el mantenimiento del criterio de la ley 23.928, luego ratificado por el art. 4° de la ley 25.561, cuando diera al art. 617 del Código Civil su texto todavía vigente: "*Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero*".

Empero, como excepciones al régimen establecido en el art. 765 del nuevo Código Civil Comercial sancionado, tenemos: a) lo dispuesto en el art. 1.525 del mismo nuevo Código Civil y Comercial sobre el contrato de mutuo, que puede consistir en préstamos de dinero —art. 1.527, segundo párrafo—, cuando reza que el mutuuario "se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie", a la que le fuera prestada; y b) su art. 1.390, referido a la restitución de depósitos bancarios, que dispone: "Depósito en dinero. Hay depósito en dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en **moneda de la misma especie**, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto" (6). Constituyendo todo ello sin duda, una muy importante excepción a la regla general del precitado art. 765, de convertibilidad de oficio a "*moneda de curso legal*" por la sola voluntad del deudor, de cualquier obligación contraída en "*moneda que no sea de curso legal en la República*"; por cuanto aquellas preceptivas "especiales" del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, sin duda prevalecen por sobre el principio general opuesto de su citado art. 765, conforme al axioma *lex specialis per generalem non derogatur* (7).

(6) VENTURA, Adrián "El cepo cambiario - Buscan despejar la incertidumbre. Promete el Gobierno respetar contratos y pagos en dólares" en diario *La Nación* del 13/06/2012, Sección "Economía & Negocios", p. 1.

(7) ARAUZ CASTEX, Manuel "Derecho Civil. Parte general", Buenos Aires, Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, T° I, p. 85, n° 128; Busso, Eduardo B. "Código Civil anotado", Buenos Aires, Ediar, 1944, T° I, p. 164, n° 8; Llambías, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil. Parte general", 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1978, T° I, ps. 62 y ss., n° 61; Goldenberg, Isidoro H. "La solidaridad en materia de cuasidelitos" en "Enciclopedia Jurídica Omeba, 'Apéndice' cit., T° I, p. 721, n° III; Aubry, C. - Rau, C. "Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae", 5ª ed., Paris, Marchal et Billard, 1902, T° I, p. 98, § 29; Carbonnier, Jean "Derecho civil", trad. de Manuel M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, T° I, vol. I, p. 116; C.S.N., 10/9/37, "Taccari c/ F.C. Oeste"; La Ley 7-1122; Cám. Comercial Cap. Fed., 7/2/40, "Gob. Nac. c/ Ponce y Cía.", La Ley 17-456; etc.

De tal manera la aplicabilidad del art. 765 del del nuevo Código Civil y Comercial sancionado, quedaría reducida prácticamente nada más que al pago del precio en dinero en los contratos de compraventa (sus arts. 1.123, 1.133 a 1.136, 1.141 inciso a), 1.143, 1.144 y concordantes); lo que empero, por cierto no es poco.

2) Los daños a los derechos de incidencia colectiva. Algo parecido también ha ocurrido con las modificaciones hechas por el Poder Ejecutivo a los arts. 14 y 240 y la supresión lisa y llana de la originaria Sección 5ª del Capítulo 1, Título V del Libro III del Anteproyecto, sobre los “Daños a los derechos de incidencia colectiva”.

3) La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos. Y asimismo tenemos, lo cual es de tanta mayor importancia y gravedad, la modificación de los arts. 1.764 a 1.766, en un tema que si bien ha sido muy controvertido doctrinariamente, conlleva la posibilidad de que se sustraiga la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos del régimen originario del Proyecto, con remisión a normas y principios “del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Lo cual por otra parte, de hecho ya ha derivado prácticamente en la “irresponsabilidad” del Estado y de los funcionarios públicos, con la reciente sanción de la ley 26.944, paradójicamente denominada de Responsabilidad civil del Estado.

Sobre ello, creo, no puedo dejar de recomendar el trabajo de Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez “*El nuevo régimen de Responsabilidad Civil del Estado. Todo un tema en conflicto*”, publicado en el diario La Ley del 25 de agosto de 2014.

XII. Conclusiones

O sea, en fin, que tenemos un nuevo Código Civil y Comercial sancionado pero que no habrá de regir hasta el primero de enero de 2016; que presenta muchos aspectos cuestionables y concretas contradicciones internas no salvadas, no todas de igual relevancia, pero sin duda existentes.

Todo lo cual todavía puede evitarse en el interregno que resta hasta su entrada en vigor, mediante una oportuna y adecuada labor legislativa de reparación y mejora del mismo, vía modificación o modificaciones parciales. O quizá, *a outrance*, con una lisa y llana derogación de este nuevo Código antes de su entrada en vigencia, para que nos continúe rigiendo la excelsa obra del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield. ♦

V

HOMENAJES

Buenos Aires, 3 de enero de 2014

VISTO que el día 2 de enero ha fallecido el académico titular doctor Horacio Pedro Fargosi,

CONSIDERANDO que el doctor Horacio Pedro Fargosi ha sido académico titular desde el año 2006, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del viernes 3 de enero, por el que se participa el fallecimiento del doctor Horacio Pedro Fargosi.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Horacio Pedro Fargosi en la Asamblea Anual Ordinaria a realizarse el día 27 de marzo, y en un acto público en la fecha que oportunamente resuelva el plenario.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Roberto E. Luqui
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 1 / 2014

FARGOSI

POR JAIME LUIS ANAYA (*)

A poco de comenzar el 2014 nos conmovió el fallecimiento de Horacio Pedro Fargosi, acontecimiento muy penoso para los miembros de esta Academia y de una manera particularmente intensa, creo poderlo afirmar, para quienes tuvimos, como nuestro evocado colega, la oportunidad de cursar los estudios de grado en esa añorada sede que hasta 1949 tuvo la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la Avenida Las Heras.

Al margen de las varias actividades que cumplió en la función pública, el sector empresario privado, el ámbito bursátil y otros por los que transitó a lo largo de su existencia, Fargosi fue vocacionalmente un jurista. No resistiré a la tentación de decir, como se dijera de Sarmiento, que Fargosi fue indivisible; porque así como el gran sanjuanino fue periodista y lo siguió siendo hasta cuando fue embajador y aun presidente de la República, toda la personalidad de Fargosi estuvo embebida por el derecho, para estudiarlo, para cultivarlo, para defenderlo, para difundirlo. Esta Academia le hará justicia a esa honda vocación próximamente, dedicándole una sesión destinada a poner de relieve los importantes aportes que realizó al derecho y a su enseñanza.

Por mi parte he de realizar en ésta, que es nuestra primera reunión tras su fallecimiento, una breve evocación de su personalidad y su trayectoria, inevitablemente impregnada del afecto y el respeto mutuo que creció con las incontables horas compartidas al servicio de la cátedra universitaria a lo largo de muchos años.

Tras la turbulencia de esos años estudiantiles en aquella Universidad *ofendida y ultrajada* —tales las palabras con que el Rector Horacio Rivarola describió su situación en 1945— se siguieron años conflictivos que

(*) Palabras del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Asamblea Anual Ordinaria del 27 de marzo de 2014, al rendirse homenaje al académico doctor Horacio P. Fargosi, con motivo de su fallecimiento.

condujeron al penoso egreso de ilustrados profesores. La Revolución de 1955 marcó un hito para la enseñanza del Derecho Comercial con el retorno del veterano Carlos C. Malagarriga y la incorporación del talentoso Enrique Aztiria, acompañados por prestigiosos profesores de la talla de Halperin, Zavala Rodríguez y Michelson, entre otros. Con ellos se iniciaron en la cátedra algunos jóvenes que con el transcurso de los años se distinguirían entre los grandes maestros de la materia. Uno de los que más tempranamente lo lograría fue Horacio Fargosi, que en aquel convulsionado año publicara su celebrada tesis doctoral sobre "La affectio societatis".

Adjunto de la cátedra de Derecho Comercial I que, tras el fallecimiento de Aztiria, quedó a cargo del doctor Carlos Juan Zavala Rodríguez, Fargosi pronto se destacó por sus dotes para la docencia. Parecía nacido para ella. Con una sólida formación sazónada en la más actualizada doctrina, exponía desde la cátedra las nuevas corrientes del pensamiento europeo y en especial del italiano. De pie en el estrado, con aplomo y fluidez discursiva, tenía para los estudiantes el magnetismo que fluía de la gestualidad, acompañada por el énfasis, la convicción y la firmeza de una enseñanza abierta a los desafíos de la nueva problemática mercantil, aun de la que se hallaba en el estadio de la búsqueda de su apropiado cauce jurídico.

Llegó con la presidencia de Frondizi y fue continuado por su sucesor Guido, el amplio plan de reformas de la legislación que, en lo concerniente al derecho comercial, tuvo una encomiable fertilidad. Y llegó para Fargosi el inicio de lo que sería su vasta participación en la elaboración de las leyes, integrando las comisiones que elaboraron con pulcritud algunos de los regímenes troncales de la materia comercial sancionados en 1963.

En 1972, durante su desempeño como Subsecretario de Justicia de la Nación, reactivó la tarea que había quedado inconclusa en la ejecución del plan de 1958. Fue así que con la integración de las respectivas comisiones, que contaron ambas con su personal participación, alcanzaron sus textos definitivos dos leyes fundamentales del derecho comercial: la de Sociedades Comerciales nro. 19.550 y la de Concursos nro. 19.551. Contaba ya la primera con una excelente base, que era el Anteproyecto de 1959 redactado por los profesores Malagarriga y Aztiria. Y me permitiré, a este respecto, relatar una anécdota menor pero que fue para mí una expresiva muestra de la consideración que me dispensó Fargosi. El Proyecto de Ley había recorrido ya todas las instancias para su sanción, pero ingresó en un punto muerto, trabado por el enconado cuestionamiento que se hacía a la exclusión de la escritura pública como el instrumento necesario para la constitución de las sociedades anónimas. Recibí entonces un llamado

de Fargosi para pedir mi opinión a este respecto y mi lacónica respuesta brotó espontánea, diría que irreflexivamente. Le dije: "París bien vale una misa". De esta suerte y seguramente con el resultado de otras consultas, se resolvió el entuerto: los notarios tuvieron la escritura pública y la Argentina ganó una excelente ley de sociedades.

También Fargosi fue partícipe en la elaboración del texto de la Ley de Defensa de la Competencia nro. 22.262 y miembro de la Comisión, que tuve el privilegio de integrar, redactora del texto de Reforma de la Ley de Sociedades nro. 22.903, en 1983.

Toda esta importante labor no desplazó, sin embargo, la primacía que otorgaba a la docencia, a la formación jurídica en grados y posgrados, disertaciones, seminarios, conferencias, congresos. Siempre dispuesto para esas tareas, alcanzó la titularidad de la cátedra en la Universidad de Buenos Aires, como también en las universidades del Salvador, Católica Argentina y Argentina de la Empresa.

Pero no todo fue miel sobre hojuelas. Llegaron esos años que el actual relato oficial denomina "los años de plomo". La prepotencia y otras variadas formas de violencia se instalaron en los claustros. Invasión de las aulas, desplazamiento del profesor de su cátedra para pronunciar una arenga o la interrupción de su clase para distribuir literatura apologética del terrorismo.

Con ese clima en vísperas de la instalación del nuevo gobierno universitario, Fargosi convocó a todos los integrantes de la cátedra para decidir la actitud a seguir, dando por sentada la continuidad de la agresión que la había precedido. Se planteó la alternativa: renuncia masiva en repudio a una situación equiparable o quizá peor a la denostada por el Rector Rivarola en 1945 o mantenimiento de los cargos para evitar que las cátedras fuesen a quedar en manos sectarias. Fue ésta última la posición ampliamente apoyada y con esta disposición anímica se aguardaron las novedades.

Cuando asumieron las nuevas autoridades en la Facultad y se hizo cargo del decanato un joven abogado carente de antecedentes jurídicos, la asunción del cargo se hizo en un ambiente bullicioso y agresivo, en el que los asistentes, acompañados y estimulados por militantes, daban grotescos saltitos en la Sala de Profesores mientras clamaban:

A la lata, al latero

Tenemos un decano

Que es un flor de montonero.

Este inicio fue un anticipo para diluir la ingenuidad de quienes supusieron que la cátedra podría mantener continuidad en su integración y gozar la libertad de cátedra.

Para cuando Fargosi debía reiniciar el curso de la cátedra a su cargo, ya circulaban trascendidos sobre la agresiva recepción que se le preparaba en el aula. Fue una hora de lealtades y deslealtades. No faltaron propuestas de colaboradores que se ofrecieron para sustituirlo ese día en la clase. Pero Fargosi no rehuía el deber que en ese día fue un desafío; con entereza declinó la sustitución sugerida y se dirigió a exponer la lección. Apenas ubicado en el estrado, una voz desde el fondo del aula le gritó “enemigo del pueblo”. Fue o actuó como una consigna para el inicio de esa vileza que el vocabulario argentino ha incorporado con el nombre de *escrache*.

Epílogo de este episodio: días después recibí la sorpresiva visita de un pequeño grupo de colaboradores de la cátedra que, sin invocar representación de nadie, me ofreció la titularidad de la cátedra, lo que rechacé de plano. Ignoro la motivación de la iniciativa. Pero preferí no comentar este episodio a Fargosi para no acrecentar su malestar. Tengo la convicción de que llegó a conocer el nombre de algunos de los incursos en estos manejos solo comprensibles por el estado de ebullición y la intensa pasión política que en esos días se había adueñado de la Universidad, pero no recuerdo haberle escuchado nunca reproches ni expresiones de rencor.

Cuando las aguas volvieron a su cauce, Fargosi retornó a la cátedra. En 1983 alcanzó en la Universidad de Buenos Aires la titularidad por concurso y unos años después se le otorgó el merecido lauro de profesor emérito. Y cuando en 2006 ingresó como miembro de esta Academia llegó, lo diré con sus propias palabras, su momento de orgullo. Bien pudo sentirlo porque bien lo había ganado.

Con su larga trayectoria, con su entrega a la cátedra que no conoció claudicaciones, Fargosi nos ha dejado el ejemplo de lo que es servir a los valores de la Universidad y el sentido que adquiere una vida colmada por el amor al derecho y la pasión por su enseñanza. ♦

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires rinde un justo homenaje al doctor Horacio Fargosi. Cumplimos el ineludible deber de expresar nuestro profundo agradecimiento por su destacada actividad académica que estuvo determinada por la sabiduría y experiencia recogidas a lo largo de su relevante trayectoria como docente universitario, publicista y en el ejercicio de la función pública, así como también en el arte de abogar.

Con motivo de su fallecimiento, en la sesión privada del 27 de marzo se refirió, a su inteligente y sensata personalidad, su amigo el académico doctor Jaime Anaya, describiendo los ideales que expuso en su extensa, tenaz y provechosa vida. En esta oportunidad harán lo propio los académicos doctores Héctor Alegria y Rafael Manóvil, dos distinguidos miembros de nuestra Corporación con los cuales tuvimos la fortuna de disfrutar y compartir la labor académica de nuestro ilustre homenajeado. ♦

(*) Palabras del Académico Presidente en el acto público de homenaje al académico Horacio P. Fargosi, el 3 de abril de 2014.

HOMENAJE A LA MEMORIA DEL ACADÉMICO DR. HORACIO P. FARGOSI

POR HÉCTOR ALEGRIA (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales me ha conferido el honor de usar de la palabra en este acto en memoria y homenaje al Académico Dr. Horacio Pedro Fargosi. Como resumen de mi exposición me permitiré transcribir el primer párrafo de una nota publicada en el diario *La Ley*, donde expresé: “Horacio P. Fargosi fue una estrella rutilante del firmamento jurídico. Como ciertos astros, de los que se dice que aún finalizada su existencia su luz sigue brillando largo tiempo y quizás por siempre, su desaparición física no apaga ni empalidece su estela”.

Con el Académico Dr. Rafael Manóvil hemos acordado que él se referiría a la obra jurídica del maestro a quien recordamos, y que yo abarcaría otros aspectos de su trayectoria y de su personalidad.

En este último cometido me ha parecido oportuno comenzar recordando sus primeros años y los peldaños iniciales de su gran carrera, en algunos de los muchos aspectos en los que descolló.

Fargosi era descendiente de italianos, siendo su abuelo Carlo, quien llegó a Argentina en la segunda mitad del siglo XIX, originario de Torraza Coste, localidad cercana a Milán. Su padre Armando Fargosi casó con Delia Malugano, quien falleció cuando su hijo —único— tenía diez años. Fargosi fue criado en casa de sus tíos, oficiando una prima de mayor edad como madre sustituta. Se llamaba Amneris (nombre de una de las protagonistas de la ópera *Aída* de Verdi), de lo cual se deduce la pasión operística de su familia.

(*) Disertación del Académico en el acto público de homenaje al académico Horacio P. Fargosi el 3 de abril de 2014.

Su educación secundaria la recibió en el Colegio Nacional Mariano Moreno, en aquella época uno de los mejores, lo que me permite destacar una de las coincidencias de nuestras vidas, pues tuve el honor de cursar en esa casa de estudios algunos años después.

Estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la que se recibió de abogado en 1947, entrando después al estudio de su tío Eduardo Padula Gallo, donde compartió labores con Alberto Lascano y Carlos Inconstante. Con los años quedó como titular de ese hoy acreditado estudio, del que participaron numerosos y destacados profesionales hasta su fallecimiento.

Fargosi se destacó como académico e investigador, profesor, legislador, abogado, empresario y hombre público.

Imposible es reseñar cada una de estas relevantes facetas, por lo que dedicaremos unas breves palabras a cada una de ellas.

Fargosi académico e investigador

El académico Manóvil tendrá oportunidad de referirse a la obra jurídica del maestro Fargosi a quién creemos que, con propiedad le corresponde ese honroso título. En este campo sólo puedo agregar que Fargosi recibió los lauros como Académico Titular de nuestra Corporación, a la que se incorporó el 27 de julio de 2006. Además de su actuación en nuestras reuniones plenarias, participó activamente en el Instituto de Derecho Empresarial.

Fargosi profesor

Después de su relevante tesis sobre “La affectio societatis” de 1955, que marcó un hito que trascendió las fronteras, fue llamado a desempeñarse en la cátedra dirigida por Enrique A. C. Aztiria en la que tuvo colegas como Carlos Juan Zavala Rodríguez, Gervasio Colombres, Carlos Odriozola y otros de la talla de éstos. Fue progresando en su carrera al ser designado profesor asociado y posteriormente profesor titular desde 1981, todo en la facultad en la que había hecho sus estudios. En ella también se desempeñó como Director del Departamento Económico Empresarial, por 10 años, y miembro del Consejo Académico. Coronó esta carrera al ser designado profesor Emérito en reconocimiento de sus relevantes títulos, en 1992. Esta designación lo llenó de gozo y legítimo orgullo.

También tuvo actividad docente como profesor en la Universidad Católica Argentina, en la Universidad de Salvador y en la Universidad Argentina de la Empresa.

Estos datos objetivos no llegan a traslucir la excelsa calidad de Fargosi como profesor. Nos consta que amaba a su facultad y al ejercicio docente, transmitía con claridad y profundidad su materia e interesaba a los alumnos no sólo en los textos quizás fríos de la ley, sino en la realidad viviente a la que se aplicaban. Formó en ese cometido una miríada de jóvenes profesores y alumnos que siguieron sus enseñanzas y abrevaron de su ciencia y dedicación.

Fargosi legislador

Como legislador puede decirse que Fargosi fue el mayor proyectista de legislación comercial efectivamente sancionada en el último medio siglo de nuestro país. Junto con otros importantes autores, intervino en la redacción de las leyes sobre “Régimen jurídico del cheque” (dec.-ley 4776/1963); reformas al Código de Comercio, contenidas en el dec.-ley 4777/1963, que abarcó distintos aspectos de ese cuerpo legal; Letra de Cambio y Pagaré (dec.-ley 5965/1963) y ley de la Inspección General de Personas Jurídicas (18.805).

El punto más alto de esta descollante actividad lo muestra como corredactor de la Ley de Sociedades Comerciales, nro. 19.950 y de la Ley de Concursos nro. 19.551. Puedo decir sin dudas, por vivencia personal, que la presencia y actividad de Fargosi no sólo como proyectista sino posteriormente como Secretario de Asuntos Legislativos le dio decisivo empuje a estas leyes, que junto con las demás en las que también participó nuestro recordado colega, son troncales en el derecho comercial actual.

También intervino en la reforma de la Ley de Sociedades Comerciales, nro. 22.903 y en la ley que regula el régimen de las fundaciones, nro.19.836.

No se agota en estos puntos concretos la actividad de proyectista de Fargosi, desde que era permanentemente llamado para consultarlo en normas vinculadas a su especialidad, como en el caso de la Ley de Procedimientos Administrativos, la de Defensa de la Competencia, el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1987 y en otras similares.

Como vemos, su contribución al progreso y modernización del derecho ha sido permanente y de primerísimo nivel, por lo que aquella caracterización como el mayor proyectista de la legislación comercial sancionada de estas últimas cinco décadas, es ampliamente justificada.

Fargosi abogado

Como abogado Fargosi desempeñó la profesión desde el momento mismo que se recibió y hasta su muerte. En su estudio formó profesionales destacados y llevó asuntos de los más relevantes de cada época.

Me permito una anécdota: de las pocas veces en que nos encontramos patrocinando partes diferentes, en una de ellas un integrante de su estudio redactó y presentó un escrito que Fargosi entendió que podría molestarte. Inmediatamente se comunicó conmigo y me envió una nota con sus explicaciones y disculpas, lo que nota su jerarquía moral y el respeto con el que ejercía su profesión.

Fargosi empresario

Como empresario presidió sociedades muy relevantes en la vida económica nacional. Siempre decía que el abogado no podía ignorar la vida real de las empresas sino que debía permanecer inmerso en su facticidad para hacer del derecho una experiencia vital. En el diario La Nación se dijo: “Y cada vez que los tiempos se lo permitían cumplía otro de sus ritos: pasar el día en los remates feria en los que se compra y se vende ganado en pie”. “Estudí todos los contratos comerciales que se pueda imaginar. Mi trabajo es pensar todas las maneras de perfeccionarlo mejor. Pero ¿sabe que es lo que más me atrae? —preguntó una tarde en su oficina a La Nación—. Apremiar cómo se perfecciona un contrato sin ningún papel. Uno levanta la mano, el otro baja el martillo y ese contrato no lo cambia nadie”.

Fargosi hombre público

Como hombre público, utilizando esta calificación de una manera genérica, recordamos su celebrado paso por la Secretaría de Asuntos Legislativos de la Nación, en la que tuvo descollante actividad en la sanción de numerosas leyes que mejoraron la estructura jurídica del país.

En otro costado de la misma vertiente, estuvo vinculado largamente a la actividad de los mercados de capitales como árbitro, miembro del Consejo Jurídico, miembro de la Comisión de Títulos y de la Mesa Directiva de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Llegando a su cenit tal vinculación al ser designado Presidente de esa más que centenaria institución, electo en dos oportunidades, cargo que se encontraba desempeñando al momento de su inesperada desaparición.

Como en toda trayectoria humana la vida de Fargosi tuvo momentos amargos como lo fue la muerte de su madre a tan temprana edad, la de su hija Adriana y la de Damián, hijo de Mónica, su cónyuge. Enfrentó con entereza tales momentos aciagos, acompañó a sus familiares, a los que sirvió de consuelo y apoyo con resignación ejemplar.

A veces los homenajes se quedan en los datos formales y la posteridad está limitada a remitirse a ellos. Podemos agregar a lo que llevamos dicho Fargosi era un hombre leal, muy creativo y un apasionado lector no sólo de obras jurídicas (las que conocía profundamente) sino también de otras ramas del saber y de la literatura general. En su trato personal tenía los atributos de un caballero, con natural simpatía y, como lo llamó el diario que hemos mencionado, era un componedor, sin pérdida de su firmeza y de sus convicciones, a las que no se aferraba como dogmas sino que debatía como modos de pensar.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha querido recordarlo desde los variados ángulos de su rica personalidad y legar a las futuras generaciones su homenaje, como ejemplo para la construcción de una patria plena de valores humanos, digna y justa. ♦

HORACIO PEDRO FARGOSI A TRAVÉS DE SU OBRA JURÍDICA

POR RAFAEL M. MANÓVIL (*)

Junto con el académico doctor Héctor Alegria he sido honrado por esta Corporación con la misión de rendir homenaje al académico Prof. Dr. Horacio Fargosi, merecido homenaje que, de verdad, siento que no hayamos alcanzado a tributarle en vida.

No son tantos los años cronológicos que me separan del ilustre maestro desaparecido. Sin embargo, siempre medió la distancia propia de quien, como temeroso alumno, debía optar por una de las cátedras de Derecho Comercial, la de Carlos C. Malagarriga o la de Carlos Juan Zavala Rodríguez. La bonhomía de ambos titulares contrastaba con la severidad de sus adjuntos, entre los que entonces se destacaban, Isaac Halperin, y el joven Horacio Fargosi respectivamente. En el imaginario estudiantil, este último superaba la media con creces. De modo que rendí con Malagarriga y Halperin.

Fargosi fue mi profesor solo unos años después, cuando fui parte de la primera camada de la Carrera de Especialización en Asesoramiento Jurídico de Empresas en la UBA. Descubrí entonces que, lejos de la fama que se le había hecho entre los alumnos, Fargosi era un profesor especial, que transmitía sabiduría profunda con buen humor. Lejos de la formalidad y de los esquemas, conversaba invitando al diálogo. Lejos de toda avaricia intelectual, abría surcos que sembraba generosamente con ideas para que sus oyentes las exploraran y, quien quisiera, las hiciera germinar y crecer, aún disintiendo de sus enseñanzas. Siempre decía lo que pensaba, sin guardarse nada porque no conviniera decirlo. En todo esto fue siempre igual a sí mismo, como pude comprobar muchas veces. Una de las que recuerdo fue cuando varios de nosotros, a principios de la década del

(*) Disertación del Académico en el acto público de homenaje al académico Horacio P. Fargosi el 3 de abril de 2014.

ochenta, todavía bajo el gobierno militar, hubimos de volver a concursar para permanecer o reingresar en la carrera docente. Que Fargosi como jurado hubiera interrumpido para hacer reflexionar a dos de los concursantes sobre su posición, no obstó a que el tribunal otorgara a ambos la máxima calificación y el cargo.

Esas características de esencial bonhomía y predisposición a la ayuda la demostró también prologando varios libros de autores más jóvenes, honor que también me hizo al prologar uno mío. Nunca fueron prólogos de compromiso: en todos contribuyó aportando discretamente alguna de sus propias ideas. Fui testigo de su entrega generosa en congresos, paneles, cursos, simposios y, en especial, durante años y casi hasta el fin de sus días, cuando aceptó una y otra vez, año tras año, ir a dictar clases en el posgrado de derecho societario, varias de las cuales compartí con él.

Así como hablaba, Fargosi escribía. Fue un autor exhaustivo. Sobre cada tema que trató supo elegir las referencias más valiosas, más profundas y más confiables, sin caer en el estéril enciclopedismo acumulativo al que en los tiempos modernos son tan adictos algunos autores o directores de obras colectivas.

Un ejemplo de ello es su juvenil trabajo sobre "*La affectio societatis*", que fue la tesis doctoral de Fargosi, presentada en 1953 y publicada por la Editorial Valerio Abeledo en 1955. El libro es pequeño y, si se descuenta la bibliografía, tiene apenas 90 páginas. Pero es una joya del derecho mercantil. Ya entonces nuestro homenajeado señalaba que esta famosa expresión, acuñada por Ulpiano, había sido abundantemente utilizada por los jueces para escrutar en la intención de las partes y diferenciar una sociedad de lo que no lo es. En esa obra desfilan las ideas de autores franceses como Hamel, Capitant, Guillouard, Pont, Rau, Thaller, Pic, Jossierand, Baudry-Lacantinerie, Planiol, Bonnacasse, Lacour, Bouteron, Copper-Royer, Houpin, Escarra, entre los principales; italianos como Rodino, Salvadori, Ascarelli, Manara, Palmieri, Navarrini, Pipia, Soprano, Brunetti, Gasperoni; españoles como Ponsa Gil, Gay de Montellá, Pedrol; brasileños como Carvalho de Mendonça, Martins Ferreria. En algunos de los franceses, particularmente en Hamel, se descubre el dato de la voluntad de crear una comunidad de riesgos y en Thaller se resalta la voluntad de colaboración activa del socio. Pic destaca el aspecto económico al ya definir este elemento como la "*colaboración activa, consciente e igualitaria de todos los contratantes, para realizar los beneficios a repartirse*". No omite, por cierto, el estudio de los negadores de la *affectio societatis* como elemento de la sociedad, entre varios otros, nada menos que Georges Ripert, Ascarelli, y Garrigues. De más está decir que el análisis de la producción jurisprudencial y doctrinaria nacional sobre el tema, no deja de

lado ninguna opinión de autoridad, sea de civilistas como de comercialistas, ni el voto de Aráuz Castex en *Rojas c. Carbone*, en el que, al negar la necesidad de este elemento, se lo asimiló a la *confianza* para la validez del mandato y al *amor* para la del matrimonio.

El juvenil manejo de tanto derecho comparado no se limita a lo clásico en cada uno de los países relevantes, sino que se extiende hasta la doctrina más reciente. Es el comienzo de la producción de un gran jurista, que pone un sello de seriedad y de respaldo científico a cuanto se decide dar a luz y ofrecer al público lector.

En su tesis, firme y bien sustentada (no importa hoy, seis décadas más tarde, si uno está o no de acuerdo con todos sus aspectos), con la humildad propia de un verdadero hombre de ciencia, desiste ex profeso de internarse en complejos problemas afines, como el de la *causa* de los negocios jurídicos en general, sin por ello dejar de reconocer de modo incipiente el vínculo de la noción que es tema de su disertación con la *causa* de la sociedad así como con aquella parte del interés que es común a todos y se subsume en el *interés social*.

Me he detenido en la obra recién comentada porque creo que fue la que instaló a Fargosi entre los juristas de nota, especialmente —pero no solo— entre los comercialistas, de lectura, consulta y cita obligada. No fue autor de tratados ni recopilaciones, sino de obras breves, de artículos de doctrina y contribuciones de todo tipo, que siempre dejaron lecciones, o presentaron ideas nuevas, o que sirvieron para divulgar novedades producidas en el derecho comparado. La sola lectura de los títulos de cuanto publicó consumiría un tiempo inadecuado para el homenaje académico que esta corporación desea brindar a su memoria. Su extensa e intensa labor en la proyección de leyes fundamentales del derecho privado, en la cual se destacó por sus agudos aportes, ya ha sido ponderada por el académico Héctor Alegria. Solo puede agregarse que, mucho más allá de cuanto nos legó como obra doctrinaria, esa labor es demostrativa de la vastedad y profundidad, casi omnicomprendiva, de su dominio de todo el derecho privado patrimonial. Como oí decir alguna vez sobre un célebre penalista, republicano español exiliado en nuestro país, si Fargosi hubiera solo sabido aquello sobre lo que escribió, hubiera sido considerado un sabio, pero sabía infinitamente más.

Poco después, en 1960, publicó “*Suspensión de administradores de sociedades comerciales*”. En aquel tiempo era ésta una construcción doctrinaria y jurisprudencial fundada en el art. 1684 del Código Civil, todavía distante doce años de su regulación en la Ley de Sociedades Comerciales. El valor de esta monografía radica en el planteo y la toma de posición, con

la versada autoridad que caracterizaba a Fargosi, de las diversas facetas de una problemática tan compleja como la inmiscución de la autoridad de la justicia en la administración de las sociedades. Entre ellas, la de que el interés tutelado es el de la sociedad, la de la necesaria atención a los remedios internos que permite cada tipo societario y la del ponderado cuidado con que debía hacerse uso de este instrumento excepcional, lejos del relajamiento pregonado en años más recientes, y de la aberración de permitir que este tipo de medidas pueda ser dispuesto por un organismo administrativo, hasta sin control o recurso judicial, como alguna normativa lo autoriza en el presente.

En sus primeras "*Cuestiones de Derecho Comercial*", de 1965, se reproducen diversos trabajos que Fargosi publicó en los años precedentes. Los temas son variados y transitan desde sus opiniones sobre el plan de reformas al Código de Comercio, sobre si los asientos en los libros de los comerciantes implican confesión, hasta su opinión sobre la especial caracterización del contrato de sociedad como un medio y no un fin en sí mismo, dando así pie a importantes desarrollos del pensamiento y de soluciones legislativas y jurisprudenciales. Transitó allí también algunas cuestiones superadas con la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales, como el abandono del sistema de la *autorización* para la constitución de sociedades anónimas, el régimen del control estatal sobre estas últimas y el ocultamiento del nombre de los socios comanditarios en el contrato social, así como otras que permanecen en la agenda de las eventuales innovaciones pendientes, como las acciones sin voto y, sobre todo, sin valor nominal.

Convencido como estaba Fargosi de la imprescindible necesidad de encontrar en las figuras mercantiles, en particular en las sociedades, su función y su funcionalidad económica, no solo fue éste un dato que se encuentra en toda su producción, sino que dedicó también sus estudios a institutos novedosos vinculados a la economía y las finanzas, como sus análisis, incluso críticos, a la entonces incipiente ley regulatoria de los Fondos Comunes de Inversión, sobre un proyecto de Máximo Bomchil. Recuérdese que en aquella época se debatía, entre otras cosas, la conveniencia de reglarlos como condominio o como sujeto societario.

También fue objeto de fundadas reflexiones la cuestión de la presunción de solidaridad en materia comercial (sobre lo que volvería en el marco de la obra dirigida por Héctor Alegria y Atilio Alterini en 2009) y la de la abreviación convencional de los plazos de prescripción. El cheque emitido con la fecha en blanco, la necesidad de una nueva regulación para las sociedades anónimas, el papel de la actuación de oficio en el marco de la entonces Ley de Quiebras 11.719 y un homenaje a los cien años de vigencia del Código de Comercio, cierran esta obra, plena de ideas, de consulta

imprescindible para encarar cualquier tarea de investigación jurídica sobre las materias tratadas.

No se hizo esperar una continuación. En 1971 aparecieron las “*Nuevas cuestiones de Derecho Comercial*”. Allí se interna una vez más en el espinoso tema de la *Naturaleza del acto constitutivo de las sociedades*, enrolándose decididamente en la doctrina contractualista. Plena de datos interesantes, como que ya Grocio había diferenciado contratos que enfrentan a las partes de los que generan una comunidad de intereses, sin olvidar a Ihering y su clasificación de los negocios jurídicos entre los que producen un intercambio de prestaciones y los que las fusionan para un objetivo común, se hace cargo de las doctrinas de la realidad de la persona jurídica (von Gierke) y de las institucionalistas (Hauriou y Renard), de las del acto colectivo y del acto complejo. Muestra, una vez más, una soltura notable en el análisis del derecho comparado, particularmente francés e italiano: queda aquí definido su particular estilo que, lejos de superponer o contraponer citas, va enhebrando la esencia de lo pensado por autor tras autor, tomando de cada uno lo que interesa a su propio discurso, que así se va hilvanando hasta delinear la posición propia. Ciertamente este estilo solo pudo adoptarlo quien, no solo ha leído mucho y bien, sino que también ha elaborado sus lecturas. Sostiene en este importante estudio que, no por haber comunidad de fines, deja de estar presente una contraposición de intereses entre los socios. Resalta, por fin, la diferencia entre un *contrato* plurilateral y un *negocio* plurilateral.

También se halla en este tomo un trabajo relevante para los intérpretes de la Ley de Sociedades Comerciales: en “*Lineamientos generales del anteproyecto de ley de sociedades. Régimen de minorías*”, no solo da su visión de coautor de esa notable pieza legislativa, sino que ilustra sobre sus fuentes. Escribe sobre la ubicación de la figura del accionista bursátil (¿socio o solo inversor?). Trata del reconocimiento de la personalidad como una categoría lógica, así como del modo en que el texto del art. 2º admite y abre la puerta a los límites a su reconocimiento. En este plano, se manifiesta en desacuerdo con el concepto de *abuso de la personalidad* porque, como escribe allí, este “*es un concepto de crisis, no un concepto de construcción*”. Ve el problema de la llamada *desestimación, penetración o inoponibilidad*, como el del “*condicionamiento de la personalidad jurídica a la verdadera función que ella debe cumplir en el ámbito del derecho*”. Agrega que “*la personalidad sería inidónea, sería originariamente inepta para provocar la propia violación del ordenamiento jurídico*”.

Hoy, en la era de la *información*, en tiempos en que uno de los papeles preponderantes de la actividad empresaria lo desempeña el ajuste a severas normas de exposición contable, llama la atención encontrarse con el

énfasis de la preocupación de nuestro homenajado por la incorporación legislativa de normas contables.

Explica algunas soluciones atípicas, como la indemnización tasada del art. 195 en caso de violación de un derecho fundamental del accionista, el de suscripción preferente, a la vez que otras que, en defensa del interés y de los derechos del socio y del accionista, se han convertido hoy en lugar común. Roza temas sensibles, como la constitución de reservas facultativas, la distribución de dividendos en especies que no sean dinero, etc. Al hablar de las minorías da a conocer el fenómeno de *la renuncia a la libertad por la seguridad*, la aparición del inversor institucional, así como la noción (que califica de *vaga y difusa*) del autofinanciamiento de la empresa en detrimento de la expectativa de renta del pequeño inversor. En el transcurso de estas reflexiones se hace cargo y rechaza la propuesta de que, a partir de una distinción entre *accionista empresario y accionista inversor*, se pretenda desposeer del poder de voto a este último, poder que sería transmitido al Estado, como si éste estuviera llamado a ejercer la representación promiscua del público inversor. Hago notar que esto fue escrito 45 años antes de nuestros días, cuando reverdecen en nuestro país doctrinas de esencia parecida.

Explica allí Fargosi también las normas sobre voto de los accionistas, el régimen de responsabilidad de los directores, la protección de los minoritarios por medio de la información y de la documentación social y el lugar que ocupa el interés público en la regulación entonces proyectada.

Asimismo aborda en ese libro el problema del voto abstenido en las asambleas de accionistas. También a este respecto Fargosi profundiza las soluciones del derecho comparado y de la doctrina tanto nacional como extranjera. A la luz de la letra del Código de Comercio y de lo que entonces era anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales, la solución no ofrece dudas en nuestro derecho, lo cual no obstó al aislado y justificado fallo de la sala D de la Cámara en lo Comercial en el caso de la asociación civil bajo forma de sociedad anónima *Altos de Los Polvorines*, cuyas circunstancias fueron excepcionales y, por equidad, fundaron una solución distinta.

Aparte de esos problemas de derecho societario, se encuentran en ese libro ilustradas tomas de posición *Sobre el Contrato de Descuento Bancario*, sobre la *Denominación en los títulos cambiarios*, sobre *El aval por documento separado y con firmas extravagantes*, así como sobre el cheque posdatado, institutos todos de la estricta y lógica disciplina de los títulos valores, que se remonta al origen mismo de la especialidad del Derecho Comercial.

De parecido estilo fue *Estudios de Derecho Societario*, aparecido en 1978. Se recogen allí varios trabajos ya publicados, con la adición de un prólogo en el que Fargosi desarrolla algunas líneas de su pensamiento, de gran valor para entender toda su producción. Condena allí el aferrarse “a una posición objetivista o neutralista en la aprehensión de los alcances de la ley y de los fenómenos jurídicos, ya que ello puede desacompasar la evolución del derecho y su función totalizadora”. Se opone así, como Galgano, a la segmentación del derecho, que le hace perder contacto con la realidad y, en cambio, con Ascarelli, brega por una “reconstrucción tipológica de la realidad” para mantener vivas las instituciones y soluciones del derecho. No quiere el sometimiento del derecho a la economía porque ello lo tornaría inútil. En otro plano, marca la clara diferencia entre los conceptos de *sociedad* y de *empresa*, sin desconocer su íntima vinculación. Ya entonces opina que la noción de sujeto de derecho societario no es uniforme y que varía según el tipo societario del cual se trate, tesis discutible, pero de indudable interés, sobre la que vuelve una y otra vez hasta época reciente. Ve a la normativa societaria, en suma, como un ordenamiento jurídico de segundo grado, que se inserta en el ordenamiento estatal con algunas pocas pero necesarias restricciones a la autonomía de la voluntad.

Los *Estudios* contienen dos muy valiosos aportes: uno sobre el *Objeto social*, elemento que ha sufrido una profunda evolución desde los tiempos en que la sociedad por acciones se constituía por concesión del Estado, hasta la época actual, en que, salvo actividades que requieren de tutela pública por estar en juego el ahorro, cuando la ley exige su precisa determinación, opera en protección de los propios socios. El otro trata de la delicada cuestión de la *Actividad ilícita*, de tan relevante como difícil delimitación, en primer término para diferenciar un acto, o varios actos, y hasta un conjunto de actos, de una *actividad*, que Fargosi caracteriza como “un comportamiento ... continuado y orientado”; y en segundo lugar, en cuanto a la calificación de la ilicitud: para él la antijuridicidad que puede dar lugar a la aplicación de la norma se mide “respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado”. Creo que Fargosi no se hubiera ofendido si me oyera decir que esta extensión, así formulada, aparece excesiva. Sobre este tema vuelve a profundizar en su capítulo del Tratado de la Empresa, dirigido por Ana Piaggi, intitulado “Aspectos de la teoría general del derecho y actividad”. Con cita de Halperin, sostiene aquí que “en la concatenación de actos, la existencia de uno claudicante no implica la invalidez de la actividad o, mejor dicho, su ilicitud”.

No menos ilustrativa en los *Estudios* de 1978 es la exposición de Fargosi sobre *La sociedad anónima como socia*, o sea, sobre el controvertido

art. 30 de la Ley de Sociedades. Ello sea dicho aunque, otra vez, los fundamentos que brinda para justificar esa norma, no hayan convencido a quien aquí le rinde homenaje. También en este libro dedica relevantes capítulos a la documentación, a la contabilidad, al balance, al estado de resultados y a la memoria de las sociedades. Se interna en el novedoso instituto de la *escisión*, el cual, aunque admitido en cierta práctica del derecho comparado, había sido de incorporación legislativa en Francia muy poco tiempo antes de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales. En el grupo de contribuciones explicativas de las nuevas normas societarias se inscribe también el análisis de Comité Ejecutivo y Consejo de Vigilancia, ambos optativos, y de *La asamblea unánime en la ley de sociedades comerciales*, enrolándose en la tesitura de que siempre debe mediar convocatoria por órgano legitimado al excusarse sólo la publicación de la convocatoria. Además de referirse a la autorización de funcionamiento de Entidades Financieras, el tomo se completa con la discusión, renovada hasta hoy por el plenario *Giallombardo*, por la nueva ley de mediación y fallos posteriores a ambos, sobre si el plazo del art. 251 para impugnar una resolución asamblearia es un plazo de prescripción, o de caducidad, como sostenía Fargosi.

Fargosi fue siempre fiel a su estilo. Hasta cuando se ocupó de cuestiones de predominante tipo práctico mantuvo la profundidad de análisis y la amplia ilustración doctrinaria y de derecho comparado. Me refiero a artículos como el relativo al *Pago por depósito judicial en materia cambiaria*, o al *Carácter contencioso de la convocatoria de acreedores*, comentario al plenario *Vila*, de febrero de 1965, sobre la improcedencia del desistimiento voluntario del deudor luego de la publicación de edictos; o al análisis de la comercialidad del martillero y sus consecuencias falenciales, con motivo de una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires; o al *Ejercicio del comercio y (la) habilitación de edad*, o a *La noción de actos ineficaces y el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*. En años posteriores se agregarían sus *Consideraciones sobre el ejercicio social*, reflexiones sobre el fraccionamiento arbitrario de la exposición contable de los negocios sociales, algo que en la cultura empresaria y económica parece un sobreentendido, pero cuyo sentido profundo ayuda a comprender su real alcance.

Esa fidelidad se mantiene cuando aborda el comentario de novedades en la legislación substancial, como la del *Régimen de contrato de seguro* y, más adelante, de la nueva *Ley de Defensa de la Competencia*, materia sobre la que volvería en un artículo sobre la responsabilidad civil en ese ámbito, escrito junto con Rubén Stiglitz. Lo mismo cuando comentó novedades del derecho comparado, como la normativa de *Los denominados*

grupos de interés económico de la legislación francesa. O al ocuparse, en 1971, de instrumentos de aparición entonces reciente, por lo menos en nuestro país, como las tarjetas de crédito, con la protección de los consumidores en primera línea. O al comentar el fallo *Flaiban*, de 1970, en el cual se discutía acerca de las facultades sancionatorias de la Comisión Nacional de Valores y de la responsabilidad de los directores (este fallo acuñó la precisa expresión del voto de Halperin que sentó el principio de que “*el cargo de director no es una sinecura*”). En la misma línea se inscribe su valiosa contribución *Sobre los contratos con cláusulas predispuestas*, en una época, 1976, en que el análisis de sus peculiaridades era solo incipiente en nuestro país. Más adelante vuelve a hacer gala de su comprensión integrada de los fenómenos modernos del derecho mercantil al ocuparse, ya en 1991, de la particular figura del *Lease back*, cuya licitud defiende inspirado en la enseñanza de Risolía en cuanto a que la historia del contrato es la historia de la libertad.

Desde temprano se ocupó también de cuestiones social o políticamente sensibles. Seguramente consecuencia de la entonces reciente reforma constitucional de 1957 y la incorporación del art. 14 bis, escribió, en colaboración con Enrique Aztiria, *La participación de los trabajadores en la gestión y los beneficios de la empresa*. En 1974, se internó en el tratamiento en el Código de Comercio y en la ley 19.550 del espinoso y debatido asunto de los *Intereses de la Nación* que pudieran estar comprometidos en la actuación de las sociedades. En este grupo cabe citar su contribución en el tomo de homenaje a Isaac Halperin con el título de “*La actividad financiera privada: ¿servicio público impropio?*”, donde tras un minucioso análisis de la doctrina administrativista y comercialista, defiende la posición contraria a la de Halperin para dar respuesta negativa al interrogante del título. Al tema volvería poco más tarde con motivo del análisis de *La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio público*.

Apenas sancionada la Ley de Sociedades Comerciales, fueron significativos los aportes de Fargosi a la comprensión de las innovaciones y a la desestimación de críticas muchas veces infundadas. Con modestia, como diciendo que no estaba agotando el tema, los llamó *Anotaciones*, que lo fueron sobre la sindicatura, sobre la responsabilidad civil de los directores y, nuevamente sobre la *escisión de sociedades*, como ya se señaló, instituto desconocido hasta entonces en nuestro derecho.

Otro tanto ocurrió con motivo de la reforma de esta ley en 1983. Se refirió a las innovaciones como *Cuestiones preliminares* o como *Notas*, en este caso sobre un tema tan relevante como la *inoponibilidad de la personalidad societaria*, introducida como norma explícita por primera vez

en todo el derecho comparado conocido por la comisión reformadora de la que Fargosi fue miembro destacado. Estas *Notas* son de enriquecedora lectura para profundizar en la compleja materia de la personalidad jurídica y en la de su desestimación en casos concretos. Varios de sus trabajos, siempre en razón de su leal reconocimiento de que no eran estudios definitivos, fueron llamadas *Apostillas*, como unas sobre *tres aspectos de los privilegios en la ley de concursos*. De hecho, no se limitó a producir para publicaciones nacionales. Llevó a Italia sus reflexiones sobre el extraño art. 30 de la Ley de Sociedades, y al mundo comparatista las ideas acerca de los *Takeovers* en los mercados de capitales.

Nunca en el correr de los años detuvo su producción sobre la Ley de Sociedades Comerciales. Algunos de sus trabajos comenzaron a presentar coautores, gesto que, sin desmerecer la calidad de estos últimos, demuestra su generosidad al compartir su nombre y prestigio con autores más jóvenes y menos consagrados. Así, merece mencionarse *Facultades gestorias y responsabilidad de los directores*, en el cual, junto con Eduardo Romanello toma partido en la discusión acerca de si la asamblea puede instruir al directorio en materia de negocios, si el directorio está obligado a seguir esas instrucciones, si el directorio es responsable de su eventual mala gestión pese a esas instrucciones, y si el directorio incurre en responsabilidad por no seguirlas. En la *Nota sobre los directores de hecho*, escrito con su hijo Alejandro, con abundante estudio de antecedentes, se pliegan a la doctrina de la validez de los actos efectuados por los administradores defectuosamente nombrados, y de la responsabilidad de todo aquél que de hecho ejerce la función. En esta línea se inscribe el artículo escrito con su hijo Diego, *El contrato de seguro zaleatorio, sin más?*, de 1999, en el cual se enfatiza que el seguro, explotado por empresa y sobre bases técnicas y actuariales, en su conjunto, no es aleatorio. También dejó inconclusa una obra de mayor envergadura de la que colaboraría su nieto Martín Berrotarán.

Anotaciones fue el título de su ampliamente documentada y fundada toma de posición *sobre la sociedad unipersonal* con motivo de su tratamiento en el primer Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, y la necesidad del sinceramiento que implicaba su admisión. Con criterio de realidad supera la contradicción teórica entre la noción de contrato y la unilateralidad del acto constitutivo de una sociedad. Para ello pone el acento en el nudo central de la *organización*, que fácilmente puede independizarse del número y de las personas de los socios. No hace todavía un año y medio volvió sobre este tema, esta vez en *Apuntes sobre las sociedades unipersonales* con motivo del Proyecto de códigos unificados hoy en trámite parlamentario. Pero en lugar de criticar solu-

ciones concretas, resalta la necesidad de su admisión con amplios fundamentos, entre ellos, el de que “*el paradigma de la estructura societaria se ha desplazado hacia la organización y la actividad*”.

La transparencia y el buen funcionamiento del mercado fueron el objeto de su preocupación cuando, como comentario al fallo de la Corte en el caso *Terrabusi*, publicó, con Mariana Russo *Consideraciones sobre las sanciones aplicables por la Comisión Nacional de Valores en materia de “insider trading”*.

Especial mención merece otro artículo publicado en colaboración con su socio y amigo Pedro Giraldi: *Nuevamente sobre la nulidad de asambleas de sociedades anónimas*. El título no sugiere nada y el artículo comienza por citar el fallo *Abrecht c. Cacique Camping* de la Sala D de la Cámara en lo Comercial y algunos de sus comentarios. Pero a poco que avance en su lectura, el lector advierte que está frente a un trabajo revulsivo, destinado a hacer repensar la validez de afirmaciones convertidas en dogmas comunes del saber jurídico. Además de reafirmar la especialidad de las nulidades societarias, en especial las de las decisiones de los órganos, como régimen diferenciado respecto de las del Código Civil, y sobre todo, porque embate, cada lector dirá si exitosamente o no, contra la idea de la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas. No es esta oportunidad para explicar sus argumentos, pero sí para destacar la profundidad con que los autores encarar el análisis y sostienen su punto de vista. Sobre este tema volvería en *De nuevo sobre nulidades de asambleas de sociedades anónimas*, donde profundiza la cuestión y presenta el resultado de sus indagaciones en autores y fallos antiguos, como Segovia y votos de De Tezanos Pinto y Tobal. Me permito proponer, sin estar muy seguro de lo que digo, que tal vez el *quid* del asunto esté en una apreciación muy estricta de los supuestos que dan lugar a una nulidad absoluta.

Con contenido a la vez concursal y societario, es de constructiva lectura para la comprensión del instituto, su *Apunte histórico sobre el mal llamado “cramdown”*. Sorprende allí no solo con su erudición, sino con el vínculo que establece entre el art. 34 de la antigua ley 4156 y el moderno art. 48 de la ley 24.522. Algunas veces más incursiona sobre temas concursales, como cuando con la colaboración de Mariana Russo, entre otros artículos que también cito, presenta *Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales*, cuestión ciertamente compleja con evoluciones diversas en esos años.

En 1999 Fargosi publica “*Releyendo el art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales*”. Rompe aquí con la postura clásica de, v.gr., Halperín, Odriozola y Zaldívar, conforme a la cual al resarcimiento de daños y perjuicios

por violación de la prohibición de voto en conflicto de interés agrega la sanción de nulidad del voto así emitido. Con profundo estudio de antecedentes, llega a la conclusión contraria y para avalarlo se introduce en la compleja cuestión de la distorsión de las mayorías a que puede dar lugar la nulidad del voto.

Con motivo del fallo de la Sala E de la Cámara en lo Comercial en *Crear Crédito Argentino c. Campos*, de marzo de 2000, Fargosi vuelve a ocuparse, esta vez en un *Esquicio*, de *la responsabilidad de los directores*. Analiza aquí el sensible tema de la solidaridad de esa responsabilidad y del alcance subjetivo de su imputación (mayor responsabilidad a mayor complejidad de la función para la que es elegido), haciéndose eco de los más modernos fenómenos a los que puede aplicarse, como en las Ofertas Públicas de Adquisición (OPAs) o en el marco de la división de facultades, poderes y contrapesos de las propuestas sobre *Gobierno Corporativo*.

También en el año 2000 se interna en una cuestión que durante años inquietó a la doctrina: *La reforma no inscripta del estatuto de sociedades anónimas*. En la disyuntiva entre su vigencia solo desde la inscripción, como sostenía Halperín y se resolvió en el antiguo caso *Riello*, o desde la propia asamblea, como en varios otros antecedentes, Fargosi adhiere a la primera con argumentos que, se compartan o no, en todo caso profundizan, una vez más, en la raíz de la persona jurídica.

En *El vínculo director-sociedad anónima* reflexiona acerca de su naturaleza, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, entre otros aspectos, en orden a la responsabilidad de los directores. Niega que se trate de una relación contractual y se inclina por la tesis funcional orgánica.

Poco más tarde, en 2003, se plantea una pregunta sorprendente: *El directorio, ¿aprueba el balance?* Ello fue a raíz de un caso en el que el Directorio, tal vez por razones políticas, en lugar de aprobarlo, resolvió *tomar razón* de aquél. Su conclusión fue que, efectivamente, la *aprobación* jurídicamente relevante es la de la asamblea a la cual el directorio solamente aprueba someterlo.

Balance y grupos se unen en una temática común en *El balance consolidado - ¿Legalmente inocuo?*, donde Fargosi explora el significado de la obligación de confeccionarlo para cumplir con el precepto de la veracidad informativa, así como la responsabilidad de los administradores sociales en su confección.

A esta altura es preciso reiterar que a lo largo de su producción Fargosi califica como un autor docente, de elaborado análisis científico. Sin em-

bargo, en algunos trabajos se asumió como polemista y como crítico enérgico, siempre con altura y respetuosa medida. Así, al comentar en 1977 un fallo marplatense que privilegió la conservación de la empresa por sobre la disolución inexorable de una sociedad con término de duración vencido, su crítica en defensa del texto de la ley fue severa, lo mismo que la que reservó para posturas doctrinarias, compartidas éstas por quien les habla, sobre la viabilidad de la reactivación de sociedades disueltas.

No menos enérgico fue su apoyo al fallo de la Sala A de la Cámara en lo Comercial en el caso *Almeida c. Sadela Cía. Financiera del Atlántico SA*, en el cual se negó el ejercicio del derecho de receso por un accionista cuando el aumento de capital había sido producido por imposición del Banco Central para recomponer o mantener el capital mínimo para operar.

Ni se hable de cuando absurdamente se acusó a los miembros redactores de la Ley de Sociedades Comerciales de haber desconsiderado el interés nacional al suprimir la limitación de voto al 10% del antiguo Art. 350 del Código de Comercio. La respuesta jurídica, precisa y exacta, que forma parte de los *Estudios* antes referidos, fue demoledora.

En *Ley de entidades financieras y régimen societario* también hizo gala de la energía de su discrepancia con un fallo de la Corte Suprema que, en un caso de liquidación de una entidad financiera, convalidó la no aplicación de la normativa societaria, en particular, la reversión de la causal de disolución por capital insuficiente por medio de su aumento o de su reintegro.

Con la colaboración de Mariana Russo se pregunta en 2002: *¿Solo reforma de la ley 24.522?* Víctima de la respuesta fue la ley 25.563, mal pensada y mal elaborada, cuya pronta modificación analiza en la *Reforma de la reforma de la ley concursal*, esta vez con Mariana Russo como coautora, a partir de lo que califican como un “*tortuoso y calamitoso trámite legislativo*”.

La dureza crítica fue la excepción, como quedó dicho, y así lo demuestra la lectura del resto de su producción. Así, cuando escribe sobre el fenómeno grupal. *Notas preliminares* fue el modesto título con el que Fargosi trató la *responsabilidad de los directores y la dirección unitaria en el grupo de sociedades*. Este trabajo, que data de 1988, se introduce de lleno en uno de los aspectos difíciles del complejo tema de los grupos. Además de describir allí con precisión qué es en esencia un grupo, indaga en los fundamentos jurídicos por los cuales quien ejerce la dirección unificada en un grupo puede llegar a ser responsabilizado.

Bastante más adelante, ya en 2004, profundiza sobre esta materia en *Nuevas regulaciones acerca de grupos societarios*, y también da “*Algunas*

noticias sobre un “nuevo régimen societario””, refiriéndose al italiano sancionado por decreto legislativo N° 6 del 17 de enero de 2003, que, sin nombrarlos, regula los grupos de modo harto sofisticado. Fargosi destaca sus cualidades intrínsecas pero también su valor como futuro antecedente para una necesaria reforma en nuestro país. Estos trabajos son continuidad, en cierto modo, del *Breve apunte sobre novedades en la regulación de las sociedades comerciales*, del año anterior, en el cual, como avance para innovaciones vernáculas, destaca el valor de un mayor aprovechamiento de la autonomía estatutaria.

Entroncándose con esa temática, poco después, en 2005, escribe con mayor amplitud sobre *La incidencia de la empresa en la sociedad anónima*, para abogar, con amplia ilustración legislativa y doctrinaria del derecho comparado más afín al nuestro, por la apertura a las realidades más dinámicas y modernas que propone la evolución de la actividad económica y empresaria, corriendo el foco desde el sujeto hacia la presencia de una empresa. Lo destaca como presupuesto para comprender el fenómeno grupal y para legislar sobre él. La prédica es, otra vez, a favor de la flexibilidad y de la libertad creativa.

Su importante disertación sobre *Mercado y Derecho* al incorporarse como miembro de número a esta Academia el 26 de octubre de 2006 condensa la continuidad de sus permanentes reflexiones acerca de los nudos centrales que dominan, desde la realidad económica y desde el derecho, la rama que eligió para especializarse. Similares preocupaciones demostró cuatro años más tarde en la disertación intitulada *Consideraciones sobre el Mercado, Capitalismo y Derecho*, con la que se incorporó a la Academia de Mercados de Capitales en 2010.

En 2007 escribe acerca de las *Acciones “relacionadas”*, conocidas en otras latitudes como *tracking shares* o *Spartenaktien*, incorporadas al Código Civil italiano por la reforma de 2003. Fargosi analiza su viabilidad en nuestro derecho a la luz de la libertad de creación de clases diferenciadas de acciones, sin dejar de señalar los interrogantes y potenciales conflictos que abriría su implementación.

La autonomía estatutaria vuelve a ser objeto de su preocupación cuando en 2008 presenta su comunicación en esta Academia bajo el título de *Consideraciones sobre el buen gobierno societario* materia que, a su vez, se enlaza el año siguiente con su *Esquicio sobre el “director independiente”*. Alerta aquí sobre el riesgo de que, de continuar la profesionalización de esta función, esta figura se termine de convertir en mera bandera, sin substancia.

En su esplendorosa madurez publica *Algunas reflexiones sobre (sociedad comercial) y personalidad jurídica* (2010) en la cual una reflexión de D'Alessandro en cuanto a la persona jurídica como *símbolo incompleto* y las discusiones producidas a su derredor (v.gr., la cita de Olivecrona, “cuando el poder o el vínculo son ficticios, pueden ser atribuidos sin duda a una persona ficticia”), y con consideración de la cuestión de la *causa* del contrato de sociedad, le llevan a señalar la “*imposibilidad de un estatuto omnicomprendivo de la persona jurídica*” y que, en cambio, existe lo que llama una *familia* de regímenes de la persona jurídica. Conclusiones éstas que inquietan a lectores que, como quien les habla, creemos en el elevado valor de *partes generales* con principios bien consolidados, que se proyectan sobre todo el espectro de una rama o sección del derecho.

Su columna de opinión intitulada *La empresa y el proyecto de Código Civil y Comercial* está escrita en tono de amable polémica a raíz de los reclamos de alguna doctrina sobre la ausencia en éste de un *estatuto del comerciante*. Hace hincapié aquí en la evolución de los conceptos y en la moderna “*centralidad de la empresa*”, demostrativa de “*la necesidad imperiosa de revisar el enfoque del derecho comercial en el Proyecto de Unificación*”. En la misma línea, en *Sociedad Anónima — Empresa: adecuación*, aparecida a mediados de 2012, destaca el acierto del legislador italiano cuando en la reforma de 2003 pone en cabeza del directorio la carga de valorar la adecuación del orden organizativo, administrativo y contable de la sociedad a la naturaleza y dimensión de la empresa. Como siempre, analiza estas innovaciones a la luz de la legislación nacional para proponer un modo que admita aprovecharlas en nuestro derecho.

La lectura de cada uno de los trabajos que integran la producción de Fargosi lleva a la conclusión de que no pueden hojearse para solo pescar perlas: deben leerse para entender la idea que los motiva y el mensaje del autor. Son trabajos de doctrina, no meras exposiciones descriptivas donde encontrar respuesta a interrogantes de ocasión.

Fargosi fue un grande que nos dejó mucho pensamiento y una lección sobre cómo mirar, comprender, enfocar y expresar el derecho. Nunca podrá ser olvidado. ♦

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires rinde un justo homenaje al Académico doctor José Domingo Ray. Ingresó a nuestra Corporación el 27 de mayo de 1975, fue presentado por los académicos doctores Manuel María Diez, Miguel Santiago Marienhoff, Federico Videla Escalada y Carlos Zavala Rodríguez. Sucedió al Académico doctor Atilio Dell’Oro Maini en el sitial de Manuel Obarrio, primer Presidente de esta Academia, que también fue presidida por nuestro ilustre agasajado.

Cumplimos con el ineludible deber de expresar nuestro profundo agradecimiento por su destacada trayectoria académica a lo largo de casi cuatro décadas. Ella estuvo determinada por su inteligencia, sabiduría, prudencia y maestría generadas en el curso de su relevante actuación en la docencia universitaria, como publicista, investigador y su destreza en el arte de abogar.

Cuando somos jóvenes e impacientes, a algunos les preocupa la penosa y trágica situación que les puede deparar el futuro lejano. Pero esos temores no se adecuan a la realidad. En primer lugar, porque la alternativa de cumplir muchos años es la de no cumplirlos, y eso puede resultar desagradable. En segundo lugar, porque la prolongación de nuestra existencia afianza los lazos familiares y de amistad, nos concede el tiempo para disfrutar de acontecimientos tan felices como el presente y nos permite fomentar la creatividad con una selección acertada de la senda que nos presentan las encrucijadas de la vida. Ambas realidades lucen en la conducta privada y pública de nuestro ex presidente José Domingo Ray que, unidas a su hombría de bien y excelencia académica, son los factores determinantes de este justo reconocimiento.

(*) Palabras del Académico Presidente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la apertura del acto público de reconocimiento a la trayectoria del doctor José D. Ray, del 19 de junio de 2014.

A la personalidad y obra del doctor Ray, se referirán el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari y el doctor Alberto Cappagli, uno de sus discípulos y Coordinador de la Sección de Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia con quien, ya hace casi cincuenta años, cursamos en la Cátedra de nuestro homenajeadó la asignatura de su especialidad. ♦

HOMENAJE AL ACADÉMICO JOSÉ D. RAY

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Se me ha encomendado decir unas palabras en este justiciero homenaje que nuestra Academia ha dispuesto celebrar agasajando a nuestro colega y amigo, el académico José Domingo Ray, mandato originado sin duda alguna en razón de la vieja amistad que me liga con él.

Es precisamente esa condición de amistad la que a la vez me obliga y me ampara. En el primer aspecto, porque nadie puede rehusarse a celebrar lo que sin duda será grato recuerdo para el homenajeado y los suyos. Pero también debo excusarme por anticipado, porque temo que mi disertación no alcance a cubrir con exactitud la vasta trayectoria y los méritos del mismo.

No entraré en un análisis de lo que constituye su personalidad jurídica, porque ella será objeto de la disertación de un distinguido cultor del Derecho de la Navegación, quien trabajó junto a Ray y tiene méritos más que acreditados para explayarse en tal aspecto. Pero sí me resultará tarea grata rememorar a este académico integral, que no solamente exhibe su enjundia intelectual a través de una larga actuación entre nosotros, sino que también se enlaza a muy distintas facetas, que ennoblecen y ejemplifican una vida singular. Pepe, como le decimos familiarmente, no es solamente un estudioso que mostró sus valores desde el colegio secundario, la universidad, la cátedra y la función académica. Es además y por sobre todo, un hombre de familia, que responde a los austeros y rectos designios vividos en la suya, constituyéndose así en un padre de familia ejemplar, reconocido en lo público y privado. Es también un hombre de condiciones excepcionales, que ha triunfado en todas las actividades a las que se dedicó, en las que puso de manifiesto no solamente su fecundidad mental y su entusiasmo ponderable, sino también una rectitud que lo acreditan dentro y fuera de los ámbitos académicos, proyectándose como arquetipo del buen ciudadano, siempre preocupado por los avatares de nuestra República.

(*) Disertación del Académico en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del doctor José D. Ray, el 19 de junio de 2014.

He afirmado que se me encomendó hablar en nombre de la amistad que une a Ray con todos nosotros. Sobre este sentimiento, mucho se abunda. Dostoievsky ha dicho: “La verdadera amistad nace naturalmente de la comunión de pensamientos, de las vivencias compartidas, no puede inventarse, surge espontáneamente, no por decisión propia”. Algún personaje anónimo ha dicho también: “La amistad es un sendero que al andarse sin cesar, con los años se convierte en una eterna hermandad”.

Yo mismo, en esta tribuna, expresé impresiones personales sobre este sentimiento, afirmando: “Nace de un modo misterioso entre dos personas, estableciendo entre ellas un parentesco natural por el grado de hondura y de afecto que las liga. Se evidencia en forma notable entre seres parecidos o distintos, según su aspecto, edad y gustos. Es una especie de atracción natural que muchas veces no se puede explicar”. Y agrego ahora que con Pepe hay sin embargo razones sobradas para explicar esa vinculación espiritual. Cerrando las citas, es Bacon quien exclama con belleza de expresión el cometido que ahora nos toca, cuando afirma: “Los años traen lo mejor de cuatro cosas. La madera estacionada para quemar, el vino añejo para beber, los autores clásicos para leer, y los antiguos y fieles amigos para confiar”. Por eso, como antiguo y fiel amigo, quiero recordar algunos aspectos de la trayectoria del académico Ray ligados muchos ellos a nuestras propias vivencias.

Lo conocí en nuestra antigua Facultad de Derecho de la calle Las Heras durante los primeros escauceos en ella. Pronto supe que venía precedido de una brillante trayectoria en el Colegio Champagnat, donde había obtenido la mejor calificación del quinto año. Cuando lo conocí personalmente, me impresionó su actitud de entusiasmo por el estudio y los autores, que constituían por entonces el vínculo de los que concurríamos a la vieja biblioteca de la Facultad. La generalidad de los estudiantes de Derecho Romano, aparte de las magistrales clases del doctor Gastón Federico Tobal, estudiábamos la materia en el clásico tratado de Petit. Recuerdo que en esa ocasión, Ray nos contó que además frecuentaba un autor llamado Pou y Ordinas, con la naturalidad de quien compartía inquietudes de éxito. Me impresionó ya su sobriedad y la manera sosegada de su relato, que traslucía al brillante estudiante que sin duda alguna fue.

También recuerdo que tenía un método especial para los estudios, trasunto de una personalidad que aprovechaba al máximo sus minutos atesorando un caudal de conocimientos siempre importante. Ray no solamente leía los textos usuales, sino también algunos otros, que acrecentaban su conocimiento y daba organicidad a la exposición futura registrándola en sus famosos “cuadernos”. Éstos eran unos voluminosos ejemplares anillados para la mejor lectura, que el joven iba cubriendo progresivamente con una escritura

a tinta que a veces sólo él comprendía, porque en homenaje al tiempo y espacio, muchas veces acudía a contracciones de las palabras para simplificar la exposición. Más de una vez, con generosidad espiritual, nos prestó dichos “cuadernos” elaborados para materias que ya había aprobado y que nosotros debíamos afrontar. Pero era tarea vana, porque llevaban un sello que no admitía lecturas que no estuvieran inspiradas por su aventajado autor.

Así fue rindiendo sus materias en la Facultad con éxito señalado. He recordado en este mismo lugar, hace algún tiempo, que en el primer año de la Facultad varios obtuvimos sobresaliente en las cuatro materias aparte de Ray. Ello nos hizo concebir a todos el sueño de la medalla de oro, pero a los pocos años la cuestión estaba dilucidada incuestionablemente a favor de quien era el mejor alumno entre nosotros, José Domingo Ray, y así lo admitimos todos.

Esa suerte de rivalidad inicial se transformó sin embargo en una profunda amistad, matizada dentro y fuera de las aulas. Formé parte de diversos grupos, ligados al estudio y a veces a otras preocupaciones, concernientes a la política universitaria. Pero con Ray integramos inconscientemente un grupo especial, que compartían también Ricardo Colombres, Horacio Solari, Fernando Isidro y quien les habla. Hicimos incluso algún trabajo conjunto, que obtuvo un premio otorgado por el Museo Mitre.

Lo mejor era la amistad que surgió entre nosotros, que recuerdo en cartas que cruzábamos durante algún mes de vacaciones en verano, en las que yo me trasladaba a Corrientes.

Después vinieron otras vicisitudes, que cada uno recorrió buscando su propia identidad.

Ray se recibió con el Premio Universitario (medalla de oro), egresado “sobresaliente” de la promoción 1939-1944, con el Premio Alberto Tedín Uriburu al promedio más elevado (9,84) de la promoción 1944 y el Premio Raymundo J. Salvat al más alto promedio en los cursos de Derecho Civil.

Todas las brillantes condiciones enumeradas sobre Ray lo destinaban a la cátedra universitaria, a la que no aspiró entonces por razones políticas, y se dedicó en cambio a una intensa labor en el estudio Edye, Roche & de la Vega, que se especializaba en buena parte en asuntos que concernían a la navegación, materia en la cual Ray se transformó en un experto.

Precisamente, en 1958, Ray mostró tal vocación en la tesis que presentó para doctorarse, titulada: “Particularismo y Autonomía del Derecho de la Navegación”, recomendada al Premio Facultad.

Producida la Revolución Libertadora, en 1957 se le abrieron las puertas de la cátedra, y lógicamente en la citada materia, que se enaltecía por las grandes figuras que la habían dirigido. El más reciente había sido el brillante Atilio Dell'Oro Maini y antes Dimas González Gowland, quien sucedió, según creo, a la figura consular de Leopoldo Melo. Fue profesor titular interino hasta que en 1966 alcanzó la titularidad definitiva de la cátedra de Derecho de la Navegación.

Realiza de esta manera Ray una intensa labor investigativa y docente, que se caracteriza por su constancia en el estudio y en la enseñanza. Se recuerdan sus clases, siempre eruditas, pero marcadas por la experiencia que ya registraba valiosos antecedentes, que no se reducían al ámbito nacional, sino también fuera de nuestras fronteras.

Representó a la Argentina en conferencias diplomáticas y privadas sobre Derecho Privado, Derecho Marítimo y Pedagogía Universitaria. Así, estuvo en Bruselas en 1957 y en 1967/68, en Hamburgo (1984) y en Londres (1989). Participó en las conferencias de Facultades de Derecho Latinoamericanas celebradas en Santiago de Chile (1963) y en Montevideo (1965) y asistió a las conferencias del Comité Marítimo Internacional de Ámsterdam (1964), Mónaco (1964), Nueva York (1965), Tokio (1969), Amberes (1971), Bruselas (1972), Hamburgo (1974), Río de Janeiro (1977), Montreal (1981), Lisboa (1985), París (1990), Sydney (1994), Amberes (1997), Isla Margarita (1999), Toledo (2000), Singapur (2001), Bordeaux (2003) y Vancouver (2004). Ray ejerció la vicepresidencia de esa entidad en los años 1982, 1988 y 1991, y fue designado vicepresidente honorario ese último año.

En todas estas actividades, Ray mostró una condición innata, la del hombre que se impone naturalmente sin buscarlo, por su sabiduría, su contracción al estudio, y la seriedad que pone en los asuntos que aborda. Todo ello le trajo un prestigio singular, convirtiéndolo en el referente argentino obligado en su especialidad. Me tocó compartir algunos días en Venezuela, en una visita que realizó por motivos científicos y pude allí aquilatar la consideración que su figura suscitaba. Hace pocos días, el académico Eduardo Sambrizzi, que concurrió en Granada, España, a un encuentro internacional de índole jurídica, nos informó de un aspecto de la vida de aquél que confirma su prestigio. En ese evento, el presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, el doctor Luis Cova Arria, le dijo al doctor Sambrizzi de la amistad que lo une con el homenajeador y afirmó que las normas de Derecho Marítimo que rigen en Venezuela fueron tomadas en gran parte de lo escrito por el doctor Ray.

Este prestigio internacional de Ray no obedecía solamente a su intensa y valiosa participación en conferencias concernientes a su especialidad, sino en particular por la versación que mostraba en sus deliberaciones y por el respaldo que le daba su prolífica producción escrita sobre la materia. Si leemos el currículum de Ray, que realmente impresiona por su extensión y resulta imposible, por razones de tiempo, mencionar en esta exposición, debemos encabezar su repaso mencionando un tratado en cuatro tomos titulado “Derecho de la Navegación”, con textos legales nacionales e internacionales y sobre comercio exterior. No me cabe duda que el mismo ha venido a llenar un vacío importante en la materia en nuestro país, con una exposición ordenada que ha ratificado a Ray como máximo especialista de la misma. A ello se agregan otros libros y una multitud de artículos y comentarios sobre la materia, aquí y en el exterior, imposibles de transcribir.

Debe añadirse a esa labor la infatigable tarea que puso el doctor Ray en el ámbito universitario. Aparte de cursos, seminarios y doctorados que dictó, participó en múltiples comisiones internas, como así también en los claustros directivos, como el Consejo Académico, la Dirección de Publicaciones y otros organismos.

Toda esa actividad lo llevó naturalmente a integrar nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Ingresó a ella en 1975, patrocinado por los académicos Manuel M. Diez, Carlos Juan Zavala Rodríguez, Miguel S. Marienhoff y Federico N. Videla Escalada.

También en la Academia volcó Ray su entusiasmo y su preocupación por el estudio de temas y por el funcionamiento de la Corporación. No fue un académico pasivo, sino que por aquellas condiciones, fue requerido para integrar su organismo directivo durante doce años, de manera sucesiva, como tesorero, secretario y vicepresidente.

En 1995, llegó incuestionablemente a la presidencia de la Academia, por justiciero y unánime consenso, que distinguía una labor sobresaliente.

En el ejercicio de sus funciones, Ray revalidó las expectativas que lo llevaron a dicha jerarquía. Trabajó entusiastamente, dando modelo de equilibrio y respeto a sus colegas y conservando el prestigio intelectual del organismo. Dada la inquietud cívica que el mismo siempre alentó, a la que me referiré más tarde, no esquivó los dictámenes que fueran necesarios cuando alguna cuestión institucional justificaba o requería la opinión de la Academia, explayándose a la vez con prudencia y determinación sobre el tema que inducía al pronunciamiento.

Terminado exitosamente su mandato, Ray ha continuado brindando regularmente su asistencia, convirtiendo su palabra en el consejo avezado

y oportuno sobre los temas correspondientes, con una voz que siempre recoge el interés y la consideración de sus colegas.

En el año 1986 fue distinguido con el valorado Premio Konex (diploma al mérito), en la categoría Humanidades, Derecho Privado, Comercial, de la Navegación y Laboral, habiendo sido también designado jurado en 1996 en dicha institución.

Ese premio y todo lo que hemos referido, muestran una condición natural de Ray, como es la de imponerse, a veces sin que fuera su propósito, a la consideración de sus semejantes, por sus calidades espirituales y humanas. Así, lo podemos mencionar con el Rotary Club de la Ciudad de Buenos Aires, donde luego de años de trabajo y convivencia, la opinión general lo llevó a la presidencia del mismo, que ejerció con beneplácito unánime, dentro y fuera de nuestras fronteras. En 1998, recibió el "Premio Rioplatense Rotary Club", entregado por el Rotary Club de Montevideo, a personalidades públicamente reconocidas.

Debemos añadir que también Ray ha sido presidente de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo por casi 30 años, justificando el valor que su figura ha merecido en la especialidad en nuestro país y en el extranjero.

Quiero hacer una referencia sobre las inclinaciones cívicas de Ray. En 1945, siendo un novel abogado, no dudó en sumarse a los alumnos que en la Facultad de Derecho, como en las otras del país, decidieron ocupar sus edificios, en actitud de protesta frente al régimen vigente. Es que Ray, sin decirlo, siente una vocación política haciendo honor a la ciudadanía argentina que inviste. Recuerdo que producida la Revolución de 1955, junto a otros distinguidos profesionales que concurrían diariamente a la Casa de Gobierno para sumar trabajo y consejos a los amigos y funcionarios de la misma, hubiera sido naturalmente designado en algún cargo, como ocurriera con muchos otros colegas. Pero Ray se presentaba con vocación cívica, no con ambición de figurar. Fue siempre un demócrata, que no sintió la inspiración partidaria que lo alejara de sus habituales actividades, pero consideró prioritario expresar su voz cuando estuvieran en juego los intereses supremos de la República.

Una última palabra sobre la vida privada de nuestro amigo. Corresponde asociar en este homenaje a su admirable esposa, junto a sus hijos, nietos y bisnietos, porque constituyen el núcleo indestructible de afectos en el que Pepe ha encontrado estímulo y resguardo. Todo ello fue siempre realizado con la profunda convicción religiosa que Pepe recibió en su hogar, tan bien reflejada en sus hermanos. Ella le permitió, en horas aciagas ante la pérdida de un hijo que proyectaba su figuraba, superar lo que constituye

el más profundo dolor que puede aquejar al ser humano. Pepe y Baby se confundieron con los suyos en la entrañable emoción del recuerdo y del culto jamás olvidado a su memoria. Sus amigos, también estremecidos, le tributamos la solidaridad y el afecto propios de la hermandad que hemos referido.

Ahora, respetando el recuerdo que lo tiene aquí presente, debemos participar en la alegre satisfacción de un homenaje que traduce un acto de justicia y de afecto. Acá están sus alumnos y colegas, acá está el Champagnat, la Facultad de su gesta estudiantil y la Academia que lo recibió como propio. Acá está sobre todo el veredicto, la admiración y el afecto con el que sus colegas y amigos queremos hoy tributar a un ser excepcional. ♦

DOCTOR JOSÉ D. RAY

POR ALBERTO C. CAPPAGLI (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, doctor Gregorio Badeni,

Señores Académicos,

Señoras, señores,

Hemos venido a esta sesión pública de la Academia, para mostrar nuestro respeto, nuestra admiración y nuestra amistad al profesor doctor José Domingo Ray.

El doctor Ray, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, y miembro de número y ex presidente de esta Academia, es un Maestro en la primera y más noble acepción de la palabra: él es una persona de mérito relevante entre los de su clase. Me siento honrado y feliz de ser su discípulo: he aprendido y sigo aprendiendo de este Maestro.

He conocido a Ray antes de verlo por primera vez. En 1960 la Patria festejaba el Sesquicentenario de la Revolución de Mayo y yo iniciaba mis estudios universitarios. Entre los actos académicos del Sesquicentenario se celebraron unas Jornadas de Derecho de la Navegación, a las que concurrieron prestigiosos juristas de todo el mundo. Ray y mi padre, entre otros, participaron en las Jornadas y en su organización. Recuerdo que mi padre, hombre de pocas palabras y muy parco para elogiar, solía hablar con admiración del entusiasmo y dedicación de Ray, de cuán inquieto era, y de sus méritos académicos y profesionales.

Años después, hacia el final de mi carrera como estudiante, fui alumno del doctor Ray en el entonces llamado curso de promoción sin examen.

(*) Disertación del Coordinador de la Sección de Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del doctor José D. Ray, el 19 de junio de 2014.

Éramos unos veinticinco o treinta alumnos, entre ellos quien hoy preside esta Academia. Las clases se impartían en el aula de uno de los Institutos y los alumnos nos sentábamos alrededor de una larga y elegante mesa, desde cuya cabecera los profesores dirigían la reunión. Recuerdo a Ray como un profesor exigente, sobre todo con él mismo, y con una fuerte vocación por la enseñanza del derecho. No sólo nos hacía conocer la mejor doctrina del derecho marítimo, sino que nos introducía en el derecho vivo, remitiéndonos a la jurisprudencia y señalándonos las prácticas de la actividad. Nuestro profesor nos daba gran participación en las clases. No sólo atendía nuestras dudas, sino también nuestras opiniones, algunas de las cuales se apoyaban en obras o precedentes jurisprudenciales que eran enseñados por Ray sin que necesariamente coincidieran con su opinión. Esto llevaba a interesantes y vivos diálogos y mostraba la apertura intelectual del profesor.

Durante ese curso pude conocer la dedicación de Ray a la que se refería mi padre. No obstante disponer de otros profesores que lo acompañaban, él concurría a todas las clases, salvo los días que atendió la conferencia del Comité Marítimo Internacional en Nueva York. También pude comprobar cuán inquieto es nuestro amigo. Es inquieto no sólo intelectual y académicamente. Es físicamente inquieto. Recuerdo se solía quitar el anillo de matrimonio y lo hacía girar sobre la mesa como si fuera un trompo. He aprendido muchas cosas de mi maestro, pero aunque lo intenté y sigo intentándolo, nunca pude hacer lo del anillo.

Mi relación universitaria con Ray no se limitó al curso de Derecho de la Navegación. Cuando fui profesor en la Universidad de Buenos Aires, Ray era mi profesor titular. También fue él quien presidió el tribunal ante el cual defendí mi tesis doctoral.

La labor de Ray en el campo del derecho marítimo no sólo se manifestó en la cátedra universitaria brillantemente ejercida.

Es un destacadísimo miembro de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, de la que fue secretario, vicepresidente y presidente, y hoy es su presidente honorario. Bajo su presidencia se celebraron —entre otras importantes reuniones académicas nacionales e internacionales— el Seminario de Buenos Aires de 1980 sobre la responsabilidad del transportador marítimo de mercaderías, y en junio de 2005 la Conferencia del Centenario de la Asociación, acontecimientos académicos que reunieron destacadas personalidades argentinas y extranjeras del derecho de la navegación.

Ray también es un activo miembro titular del Comité Marítimo Internacional, la más antigua organización internacional dedicada a la unificación del derecho marítimo. Ha sido vicepresidente del Comité y hoy es

vicepresidente honorario. Integró y presidió las delegaciones argentinas a numerosas conferencias internacionales y participó en varias conferencias diplomáticas en las que se aprobaron las convenciones proyectadas por el Comité. Se trata de las convenciones internacionales de Bruselas, que regulan los principales temas de esta rama del derecho, inspiraron numerosas leyes nacionales y hacen padecer a los estudiantes.

Durante más de un cuarto de siglo he tenido el orgullo de acompañar a Ray en las conferencias internacionales del Comité, comprobando el afecto personal y el respeto académico que tienen por él los otros grandes maritimistas del mundo. Esos viajes me mostraron un Ray amigüero y alegre. ¡Hasta lo oí cantar! Puedo asegurarles que no hay ni habrá academia musical alguna que le brinde un reconocimiento como el que hoy le brinda esta Academia de Derecho.

Las conferencias internacionales también me dieron la oportunidad de conocer a Baby, la bonita, activa, alegre y cariñosa esposa de Ray, una mujer que se gana a todos los que la conocemos.

En el terreno legislativo, Ray ha participado decididamente en el desarrollo del derecho de la navegación.

Apenas pasados los treinta años, integró la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora que colaboró con el Dr. Atilio Malvagni en la elaboración de su Proyecto de Ley General de la Navegación. Este Proyecto constituye la fuente principal de nuestra ley vigente y Ray también intervino en la comisión que tuvo a su cargo el texto final de dicha ley.

La labor de Ray en la difusión del derecho de la navegación ha sido maratónica. Además de contribuir a formar muchas generaciones de abogados, con su generosidad académica ha mantenido informada a la comunidad jurídica sobre las diversas cuestiones debatidas en las conferencias, seminarios y coloquios del Comité Marítimo Internacional, y a través de centenares de artículos publicados en la Argentina y en el extranjero, ha difundido el conocimiento de prácticamente todos los temas del derecho de la navegación.

También ha escrito sobre otras ramas de las ciencias jurídicas y sobre la enseñanza del derecho, y ha pronunciado numerosísimas conferencias en la Argentina y en el extranjero.

Ray ha ofrecido a la comunidad jurídica varios libros de gran valor, entre los cuales es imposible dejar de mencionar *Particularismo y autonomía del derecho de la navegación* y su tratado, titulado *Derecho de la navegación*.

Particularismo y autonomía del derecho de la navegación, fue publicado en 1959 y constituye su medulosa tesis doctoral que en 1958 fuera recomendada al premio Facultad.

En su tesis Ray señala que desde el punto de vista sistemático y en razón del objeto, el contenido de la materia es la navegación, cualesquiera sean las aguas en la que se la realice y cualquiera sea el propósito con el que se la lleve a cabo. Admite —por cierto— la existencia de normas especiales para el cabotaje y para la navegación en pequeñas embarcaciones, pero no deja de tener en cuenta que la regulación de la navegación comercial marítima es la más importante y la que presenta características más típicas.

El Maestro traza un panorama de las diversas instituciones del derecho de la navegación, tales como el buque, los sujetos de las relaciones jurídicas, los contratos referentes a la navegación, y los riesgos y siniestros en la navegación.

Luego pasa al particularismo y autonomía de esta rama del derecho. Se refiere a la *Colección de Leyes Marítimas* de Pardessus y a la afirmación de este autor en el sentido que la uniformidad es de la esencia del derecho marítimo.

Se detiene en Ripert, importante exponente en el siglo XX de la afirmación de la autonomía, y se ocupa también de la doctrina italiana, particularmente de la escuela napolitana, claramente inclinada hacia la autonomía.

Por cierto que en su obra no deja de lado opiniones adversas a la autonomía, tales como la que sostiene que aplicando las soluciones del derecho común se podría llegar a las soluciones específicas del derecho marítimo.

En cuanto a su opinión, Ray es un firme defensor de la autonomía, pero no se energece con ella.

Considera que existe autonomía cuando las normas e instituciones referentes a un determinado sector del derecho se pueden sistematizar armónicamente según principios específicos, cuando se justifica la existencia o creación de figuras especiales, y cuando, en caso de duda, las reglas deducidas de la analogía y de los principios del sistema autónomo se anteponen al derecho común.

La autonomía —dice— lleva a recurrir a los principios que informan el sistema porque para resolver los problemas planteados en la materia de que se trata, tales principios se consideran más razonables y más justos que los del derecho común.

Pero Ray no piensa que el derecho de la navegación esté aislado del resto del ordenamiento jurídico. Dice textualmente: “La unidad del sistema autónomo es también relativa porque en la solución de cada caso y de cada institución gravita la totalidad del orden jurídico, integrándose las instituciones y las normas del derecho autónomo con otras instituciones y las normas constitucionales, civiles o procesales”.

La idea de la autonomía, magistralmente expuesta por Ray, impera en nuestra Ley de la Navegación, es constantemente reconocida por la jurisprudencia de nuestros tribunales federales y es sostenida por la doctrina.

En cuanto a su obra *Derecho de la navegación*, es una obra enciclopédica de tres tomos y dos apéndices, que actualiza y completa el paso inicial que Ray diera en 1964 con su libro de similar título.

En *Derecho de la navegación* Ray aborda sistemáticamente todos los aspectos de esta rama del derecho, examinando la Ley de la Navegación y sus normas complementarias, y las convenciones internacionales, tanto aquellas en las que nuestro país es parte, como aquellas en las que no lo es. También aborda normas de *soft law* como las Reglas de York Amberes sobre averías gruesas y las Reglas de Lisboa del Comité Marítimo Internacional sobre determinación de los daños y perjuicios en los casos de abordaje. Asimismo, en esta obra muestra las soluciones que los países del *common law* han dado a ciertos temas.

Se trata de un libro en el que a la gran solidez doctrinaria propia del académico y profesor, se suma la experiencia de la larga y distinguida práctica profesional del autor.

Mencionar a Ray como un notable académico, distinguido profesor, activo participante de reuniones internacionales y prolífico publicista, implica omitir muchas de sus otras facetas.

Estamos ante un distinguidísimo practicante de la abogacía que dirige un muy importante estudio con gran dedicación al derecho marítimo.

Conozco mucho a Ray como abogado. A él y a su estudio profesional, los he enfrentado en innumerables juicios.

Así es que sé del calor y la profundidad con los que Ray defiende los intereses que le han sido confiados, y también sé que si bien es un adversario profesionalmente temible, es un colega recto, leal y de buena fe.

En más de una oportunidad, clientes enfrentados entre sí se mostraron sorprendidos y hasta temerosos al notar el respeto, la cordialidad y el afecto personal que unía a los abogados.

Para completar la descripción del inquieto y activo Ray, no puedo dejar de referirme a sus actividades deportivas. Aunque no los practico, sé de la pasión de nuestro amigo por el golf y por el fútbol. También sé que Ray es tres veces académico: no sólo es académico de Derecho y de Ciencias, sino que su primera academia fue Racing, “la Academia” según sus hinchas.

Ray suele protestar por distintas cosas. No sería Ray si no protestara. Y, además, en general tiene razón al protestar por las cosas por las que protesta.

Dice que no se puede ocupar de tantas cosas, pero acepta ocuparse y lleva las cosas adelante. No sería Ray si no aceptara hacer cosas y tampoco lo sería si no las llevara adelante.

Tiene algunos años, pero siempre mira adelante. Y no sólo mira adelante sino que también va hacia adelante.

No puedo dejar de decir que nuestro amigo tuvo momentos duros, muy duros, y que los afrontó con admirable entereza.

Me siento orgulloso de haber sido su alumno, de haber sido profesor en su cátedra y de seguir siendo su discípulo. En la Universidad, Ray ha sido mi mejor y más dedicado profesor, un verdadero Maestro, en la abogacía es mi más distinguido colega y en lo personal es un queridísimo amigo.

Nunca me he atrevido a llamarlo Pepe, pero hoy le digo: gracias, Pepe. ♦

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

POR JOSÉ DOMINGO RAY (*)

Mis primeras palabras son de agradecimiento al Sr. Presidente, Académico Dr. Gregorio Badeni y a los Miembros de la Corporación que han aprobado la realización de este acto.

Agradezco también al Académico Juan R. Aguirre Lanari y al Dr. Alberto Cappagli que se han expresado con generosidad y afecto al referirse a mi persona.

Nací el 23 de junio de 1922 y debo a mis padres la inscripción en el Colegio Champagnat, en cuyas aulas cursé los estudios primarios y secundarios. No me olvido de los profesores que tuve en esos cursos y que me orientaron en los estudios universitarios iniciados en el año 1939.

En ese año 1939 ingresé en la carrera de abogacía en la vieja Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y tuve la suerte de formar parte de un grupo excepcional de alumnos que luego tuvieron actuación profesional y política relevante.

Mi vida como abogado ha girado en el ejercicio de la profesión y la docencia universitaria que inicié en 1945. En ese año ocurrieron acontecimientos cruciales en la historia de entonces y así viene a mi memoria el recuerdo de Aguirre Lanari como dirigente estudiantil universitario, cuando se pronunciaron los estudiantes en contra del gobierno vigente.

Recibido de abogado en abril de 1945, fui invitado a incorporarme al Estudio de los Dres. Rafael y Marcelo de la Vega y lo que hubo de ser una práctica profesional para un joven abogado se proyectó en una sociedad que perduró en el curso de los años.

(*) Palabras del Académico en el acto público celebrado en su homenaje en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 19 de junio de 2014.

Después de la Revolución de 1955 fui designado profesor titular interino de Derecho de la Navegación y de Derecho Marítimo y Aduanero en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

Estaba a cargo del decanato de la Facultad el profesor Dr. Carlos Malagarriga y fue él quien nombró a los Dres. Atilio Malvagni y Alfredo Mohorade para integrar la cátedra que yo debía presidir hasta la realización de los concursos para designar profesores titulares.

Debo destacar que el Dr. Atilio Malvagni era profesor en la Escuela Nacional de Náutica y que volcó en la enseñanza universitaria sus conocimientos y experiencia adquiridos en esa Escuela.

En los años siguientes a la designación de los profesores interinos se realizaron los concursos en las Universidades de La Plata y de Buenos Aires y, en 1959, obtuve el cargo de profesor asociado y, posteriormente, previo concurso, el de titular de Derecho de la Navegación (Marítimo y Aeronáutico) en la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

En Julio de 1975 tuve el honor de ser designado en esta Academia, presidida entonces por el Dr. Alberto Padilla.

Sucedí al Dr. Atilio Dell'Oro Maini en el sillón patrocinado por el Dr. Manuel Obarrio, quien fue el primer presidente después de acordarse a la Academia la personería jurídica.

El académico Dr. Federico Videla Escalada pronunció el discurso de recepción y después de una conceptuosa reseña de antecedentes señaló que al nuevo recipiendario le cabía la responsabilidad de suceder a una figura de los quilates y envergadura del Dr. Atilio Dell'Oro Maini.

En 1983 el entonces presidente de la Academia, Dr. Segundo Linares Quintana, me nombró Secretario de la Corporación. Desde entonces formé parte de la Mesa Directiva en distintos cargos durante más de diez años y fui presidente en el período de 1995 a 1998.

En la última década del siglo pasado, se me honró con la designación como miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, presidida por el Académico Dr. Julio Olivera.

Sucedí al Dr. Miguel Marienhoff en el sillón patrocinado por Dalmacio Vélez Sarsfield y el discurso de recepción estuvo a cargo del Académico Dr. Horacio García Belsunce, quien hizo una prolija mención y valoración de mis antecedentes.

En el trabajo de incorporación, que titulé “El derecho y los valores”, me referí a lo que habíamos comentado con el filósofo Víctor Massuh con motivo de lo expuesto en su ensayo “Cara y Contracara. Una civilización a la deriva”.

Massuh se refirió a la crisis en el mundo de la cultura, destacando que “las grandes ideas filosóficas, religiosas y sociológicas tienen un reducido protagonismo”.

Personalmente, no tengo dudas de que vivimos en un tiempo en que poco se reflexiona sobre las ideas y con frecuencia se prescinde de los principios morales, jurídicos y cívicos que deben presidir la vida de relación.

Es necesario defenderse contra las presiones del medio ambiente y la violencia incontrolada.

No creo necesario insistir en la frustración que aqueja a las instituciones. Lo más grave es que esa crisis se agudiza en quienes ejercen los poderes del Estado.

Hago votos para el futuro con la esperanza de que superemos la crisis que nos afecta y que prevalezcan los valores positivos.

No debo prolongar mi exposición y pongo punto final a la misma agradeciendo a Dios por todo lo que nos ha dado a lo largo de los años y a mis ascendientes y descendientes, a mi Señora, a mis colegas y amigos y a Uds. que, concurriendo a este acto, han puesto de manifiesto su generosidad y afecto.

Muchas gracias. ♦

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2014

VISTO que el día 16 de noviembre ha fallecido el académico titular doctor Fernando N. Barrancos y Vedia,

CONSIDERANDO que el doctor Fernando N. Barrancos y Vedia ha sido académico titular desde el año 2007, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del martes 18 de noviembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Fernando N. Barrancos y Vedia.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Fernando N. Barrancos y Vedia en la primera sesión privada a realizarse el día 27 de noviembre de 2014.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Roberto E. Luqui

Académico Secretario - Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 3/2014

VI
DECLARACIONES, DICTÁMENES
Y PREMIOS

DICTAMEN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE EL DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO

En la sesión privada del 28 de agosto, el plenario aprobó un dictamen elaborado por el académico Roberto E. Luqui y una declaración redactada por la Mesa Directiva sobre la ley 26.936 que aprueba el Digesto Jurídico Argentino, textos que se transcriben a continuación:

Con el argumento de ordenar las leyes nacionales para solucionar las dudas que puedan existir sobre su vigencia, convertir las derogaciones implícitas en expresas, consolidar la legislación y facilitar el acceso de los individuos a los textos normativos vigentes, se dictó la ley 26.936 que aprueba el Digesto Jurídico Argentino.

Por las razones que seguidamente se exponen, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera que la ley referida, lejos de alcanzar esos objetivos, incurre en graves desaciertos y establece un procedimiento que viola claros preceptos de la Constitución nacional que atañen al principio de separación de los poderes.

Las objeciones principales que presenta se refieren: a) al fin perseguido por la ley, b) al procedimiento que se aplicó para confeccionar y aprobar el Digesto y c) al sistema ideado para actualizarlo.

a) *El fin perseguido por la ley.* El Digesto Jurídico Argentino pretende constituirse en una especie de “código general de la legislación nacional,” criterio que es incompatible con el sentido y la finalidad de toda codificación, por la heterogeneidad de las materias que trata (todo el derecho) y porque la mayor parte de las leyes que contiene experimentan cambios en forma permanente (v. gr. administrativas, fiscales, previsionales, etc.). Esta crítica está avalada por los hechos, ya que ningún país del mundo ha emprendido una obra semejante, ni siquiera aquellos que tienen una legislación mucho más reducida que la nuestra.

Ordenar la legislación es un cometido del Estado que nadie puede ni siquiera discutir, por razones elementales de sentido común. Pero es necesario precisar el objeto que persigue el ordenamiento, si se lo hace con una finalidad meramente informativa o si se lo hace con un propósito legislativo.

No es lo mismo elaborar una base de datos con todas las normas para recuperarlas por métodos eficientes de búsqueda, fundamentalmente temática y agregarle las referencias normativas, que hacer una especie de código general, con fuerza de ley. Lo primero es posible —como que está hecho— y muy útil, lo segundo es prácticamente imposible y por demás inconveniente.

Se pueden ordenar determinadas materias para condensarlas en un cuerpo legal más reducido, convertir las modificaciones o derogaciones implícitas en expresas, ajustar las concordancias, eliminar las contradicciones, todo ello con el auxilio de la información almacenada en una base de datos y por métodos de búsqueda adecuados a esa finalidad, trabajo que demanda un análisis jurídico, técnico y político *de cada ley en particular y del orden jurídico en general*.

Pero, condensar en un digesto jurídico todas las leyes vigentes con la idea de presentarlo como el “cuerpo normativo del Estado” que deben aplicar los funcionarios y jueces, excluyendo todo lo que no forma parte de él, es un exceso. Como lo es también suponer que codificando todo el derecho se mejora la seguridad jurídica. Esta fue una ilusión que tuvieron los exegetas del siglo XVIII que ni siquiera la sostienen los más fervientes defensores del positivismo jurídico en la actualidad.

La aplicación de las normas no ha sido, no es y nunca será un procedimiento matemático. Esto es algo que lo demuestran los hechos y que no atenta contra la seguridad jurídica, porque las proposiciones que contienen las normas son muy inferiores a los supuestos que se producen en la vida real, y siempre hay un ingrediente de estimativa jurídica por parte del juez o del funcionario que la debe aplicar.

La idea de hacer un digesto jurídico para facilitar la búsqueda de la legislación se justificó cuando nos manejábamos con textos impresos, a los cuales solamente podíamos acceder por índices, también impresos, y siempre se enfrentó con la dificultad de ubicar las normas que tratan diferentes materias. Pero hoy, con los sistemas tecnológicos que existen para recuperar información, y ante la capacidad ilimitada para almacenar y procesar textos, hacer un digesto jurídico temático constituye un despropósito.

b) *El procedimiento seguido para confeccionar el Digesto.* Establecer con *imperium* si una norma está o no vigente es *legislar*, como también lo es convertir las derogaciones implícitas en expresas, y corregir las contradicciones y ajustar la redacción de las leyes. Mucho más lo es dictar una consolidación.

Por eso, tanto el mandato conferido al Poder Ejecutivo por la ley 24.967 para que se encargue de confeccionar del Digesto Jurídico Argentino, como la ley 26.939 que lo aprueba, son de dudosa validez constitucional.

Para elaborar el proyecto del Digesto Jurídico Argentino se encomendó el trabajo a un grupo de abogados. A su vez, el Poder Ejecutivo designó una Comisión de Juristas, que debía emitir un dictamen científico por categoría jurídica, sobre la vigencia y consolidación de las leyes en las materias respectivas. El Ministerio de Justicia hizo lo propio sobre el proyecto, y así se elevó al Congreso para convertirlo luego en ley. Se trató el proyecto en bloque, no se debatieron las leyes en particular ni las declaraciones de vigencia, ni las consolidaciones. La mayoría de los legisladores que aprobaron la ley 26.939 confiaron en que lo hecho por quienes prepararon el Digesto estaba bien. Pero sin estuvieron seguros de lo hecho, no se explica por que la propia ley prevé un “período de observación y publicidad” para que se efectúen consultas y observaciones al Digesto sobre el encuadramiento de las normas, la consolidación del texto o la vigencia de la ley considerada como tal.

Para saber si el Digesto está bien o mal hecho era necesario que la comisión de juristas realizara una tarea igual a la de los abogados que se encargaron de preparar el proyecto, y a su vez lo mismo debieron haber hecho en el Ministerio de Justicia y también los legisladores que votaron la ley.

Pero seguir este criterio con *toda la legislación* es algo muy diferente. Si tenemos en cuenta las deficiencias técnicas y metodología que han caracterizado a la legislación nacional, las delegaciones legislativas hechas en el Poder Ejecutivo o en órganos inferiores, la existencia de decretos que legislaron sobre materias de competencia del Congreso, las leyes que derogaron decretos y de decretos que derogaron leyes, el dictado de normas dentro de leyes cuyo contenido general nada tiene que ver con el tema principal regulado en ellas, derogar todo lo que no esté en el Digesto entrañaría un peligro para nuestro régimen jurídico, para los derechos adquiridos y para el buen sentido.

El art. 2 declara *vigentes* las normas incorporadas al anexo I, “Leyes nacionales de carácter general vigentes”, y el art. 3 declara *no vigentes* las normas identificadas en el anexo II, “Leyes nacionales de carácter general no

vigentes". Ahora bien, ¿qué ocurre con las normas que no están indicadas en estos anexos o que fueron derogadas parcialmente? ¿Qué ocurre con la legislación delegada? ¿Qué ocurre con los decretos normativos? ¿Qué ocurre con los derechos adquiridos al amparo de decretos normativos?

De la lectura de la ley 26.939 surge que el Digesto Jurídico Argentino solamente incluye a las leyes, *pero no a los decretos autónomos, ejecutivos y delegados*, que son la parte de nuestra legislación que en mayor medida necesita ser ordenada y sistematizada.

La ley 24.947 dispuso que luego de efectuado el ordenamiento se debían reenumerar las leyes, precedidas por la letra del casillero en el cual estarían ubicadas (art. 13). El art. 7 de la ley 26.939 mantiene la misma disposición al establecer que "las leyes que integren el Digesto Jurídico Argentino se identificarán por categorías con la letra correspondiente de acuerdo a la siguiente enumeración", e indica las siglas que corresponden a las materias en que divide la legislación. A su vez, en los anexos I, II y III *ya están reenumeradas* todas las leyes vigentes, no vigentes y las normas aprobadas por organismos supraestatales o intergubernamentales de integración de los que la Nación es parte.

Es difícil comprender semejante desatino. Quienes tuvieron esta idea tan particular no repararon en el efecto que producirá en la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y en trabajo de los abogados cambiar el número de las leyes, sobre todo las que se dictaron con anterioridad a la ley 26.939. A partir de ahora todos deberemos manejarnos con una tabla de conversión, para saber que cuando un fallo o un libro o un artículo se refieren, por ejemplo, a la ley 19.549, en realidad lo está haciendo respecto de la ley "ADM 0865". También se tendrán que reformar todas las bases de datos de legislación y jurisprudencia.

¿Qué provecho producirán esas modificaciones?, indudablemente, ninguno, pero sí muchas complicaciones. Una prueba de lo desacertado que es modificar el número de las leyes luego de sancionadas la tenemos en la ley de matrimonio civil, que se dictó pocos años después del Código Civil, y nunca se incorporó a éste para no modificar la numeración de sus artículos. Mas todavía, aunque sea una mala práctica numerar artículos de las leyes con bis, ter, etc., tampoco se lo debería modificar y seguir la correlatividad, porque eso implica correr la numeración de la ley. No será muy prolijo, pero es útil, porque si las leyes y los artículos se numeran es para poder encontrarlos o citarlos, y no se necesita ser muy sagaz para advertir que los cambios en la numeración dificultan esa tarea.

El anexo II de leyes “no vigentes” indica la nueva identificación alfanumérica, pero no el número que tenía antes, y da como razón de la pérdida de vigencia el “objeto cumplido”. No aparece en ningún caso la palabra “derogada”, cosa que llama la atención, porque el modo más común de quitarle vigencia a una ley es derogándola por otra ley.

La mayoría de estas leyes “no vigentes por objeto cumplido” se refieren a tratados, acuerdos, convenciones y protocolos internacionales. También se consideran leyes no vigentes por objeto cumplido las dictadas para ratificar decretos leyes de los gobiernos de facto. Se desprende de esta redacción que para los autores del Digesto Jurídico Argentino las leyes que aprueban o ratifican otras normas o tratados pierden vigencia al ser promulgadas por el Poder Ejecutivo, pues se habría cumplido su objeto.

Las leyes que aprueban tratados internacionales o que ratifican decretos leyes no pierden su vigencia por haber cumplido el objeto, ya que la aprobación o ratificación es lo que le da validez a los tratados y a los decretos leyes, por lo cual integran el orden jurídico. Con ese criterio la ley 340 que aprobó el Código Civil habría perdido vigencia, pero no así el Código, cuya vigencia se funda, precisamente, en a ley que lo aprobó.

Leyes de objeto cumplido son las que se dictan para regir durante un período determinado o para un objeto determinado a cumplir. Aunque se pueda argumentar que es una cuestión semántica, tiene su importancia, porque no es lo mismo un decreto ley de un gobierno *de facto* ratificado por una ley que mantiene su vigencia que otro ratificado por una ley no vigente.

Lo importante es el valor normativo de la ley, si se mantiene o no. Por eso tampoco es acertado haber tenido en cuenta el carácter “general” de las leyes, cuando lo que interesa es que tengan *contenido normativo*, el cual lleva implícita la generalidad y la igualdad.

¿Qué aprueba la ley 26.939? Existe cierta incoherencia en las disposiciones de esta ley, pues mientras el art. 1° *aprueba* el Digesto Jurídico Argentino, los arts. 20 a 26 establecen un procedimiento de publicidad y consulta previo a su entrada en vigencia. Esto significa que la expresión “*aprúbase el Digesto Jurídico Argentino*” no está bien empleada, porque mal puede aprobarse un cuerpo legislativo sometido a un proceso de revisión.

Lo que aprueba esta ley vendría a ser el conjunto de las leyes generales —debió decir de contenido normativo— declaradas vigentes, que conformará el Digesto una vez cumplido el proceso de publicidad y consulta,

que comienza con la publicación del trabajo realizado en el Ministerio de Justicia y resueltas por la Comisión Bicameral Permanente las observaciones que se puedan formular, o transcurridos los plazos para hacerlo. Con respecto a las leyes no vigentes, también forman parte del Digesto, pero con ese carácter.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico la atribución de dictar leyes corresponde al Congreso, el Poder Ejecutivo es también un protagonista que en modo alguno se puede ignorar, por varios motivos. En primer lugar es quien *promulga* las leyes y el encargado de ordenar su *publicación* en el Boletín Oficial, que es un organismo administrativo dependiente del Poder Ejecutivo, sin olvidar la facultad de veto. De ahí que se sostenga que el Presidente de la Nación ejerce facultades *colegislativas*.

Pero, y esto es lo más importante, la atribución de dictar *normas* no es exclusiva del Poder Legislativo, porque el Poder Ejecutivo dicta reglamentos —autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia— que son normas tanto como las leyes, claro está que en materias que no sean de competencia exclusiva del Congreso o en las cuales esté prohibida la delegación.

c) *La ley 26.939 prescinde totalmente del Poder Ejecutivo y del trámite que deben seguir la sanción de las leyes.* Crea una Comisión Bicameral Permanente encargada de analizar las actualizaciones del Digesto propuestas por el organismo de asistencia técnica (que es la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados) y en su caso, emitir el dictamen correspondiente para su aprobación por el Congreso, coordinar y supervisar la edición electrónica del Digesto, resolver las consultas y las observaciones recibidas, previa recomendación de la Dirección de Información Parlamentaria, organizar actividades de difusión y publicidad del Digesto.

De las consultas y observaciones recibidas, la comisión bicameral debe dar vista a la Dirección de Información Parlamentaria para que ésta efectúe una recomendación. Vencido el plazo, la comisión bicameral adoptará una resolución respecto de la consulta u observación planteada.

La ley establece que la resolución que ratifique o rectifique el encuadramiento, *consolidación o vigencia* observados, deberá ser aprobada por la mayoría de los miembros de la Comisión Bicameral Permanente del Digesto Jurídico Argentino *sin necesidad de otro procedimiento ratificadorio posterior* y se dará cuenta de ella a los miembros de ambas Cámaras. Y agrega que “transcurrido el período de ciento ochenta días corridos, y resueltas las observaciones, se dispondrá la publicación en el Boletín Oficial de la versión definitiva del Digesto Jurídico Argentino.”

En todo este procedimiento no intervienen las cámaras del Congreso ni el Poder Ejecutivo, y una decisión de la Comisión Bicameral —por ejemplo, sobre la vigencia de una norma— se incorporaría directamente al Digesto Jurídico Argentino sin aprobación de las cámaras del Congreso y sin que sea promulgada, no obstante que declarar que una ley perdió vigencia es *legislar*, pues se legisla tanto cuando se incorpora una norma como cuando se la suprime, sea por derogación o por declararla no vigente.

El Digesto Jurídico Argentino no soluciona los principales problema de nuestra legislación. El cuerpo normativo nacional es muy grande, heterogéneo, y desordenado. En muchos casos no se han respetado las competencias, y regulaciones que debieron ser materia de ley y dictaron por decreto. Hay decretos que derogaron leyes y leyes que derogan decretos, decretos que tienen valor de ley por delegación legislativa y decretos de necesidad y urgencia que no fueron convalidados, pese a lo cual, rigen. También tenemos artículos injertados en leyes que no se corresponden como el tema sustancial que regulan. Más aún, como la línea que divide los reglamentos ejecutivos y los reglamentos delegados en algunos casos es difusa, materias que debieron ser materia de ley formal están reguladas no sólo por decretos, sino también por resoluciones. Un ejemplo de lo dicho lo tenemos en las normas aduaneras.

A la producción excesiva de normas se agrega el hecho de que, por lo general, las reformas se suceden de manera inorgánica, motivadas muchas veces por un casuismo excesivo, sin reparar en el carácter *generalizador* que deben tener las leyes, además de abstracto y general. Existen leyes que sufrieron desde su dictado más de cien modificaciones. El legislador, por sucesivas delegaciones, fue transfiriendo su potestad legislativa, no sólo al Poder Ejecutivo, sino a órganos de jerarquía inferior (v.g.: regímenes de promoción industrial, derechos de aduana, sistema previsional, impositivo, etc.). Los preceptos legales que regulan las instituciones se atomizaron, dispersándose en textos diferentes, que poco o nada tienen que ver con el tema general de la ley en la que están contenidos, como lo prueban la ley complementaria permanente de presupuesto, que modifica las más variadas leyes de distintas materias.

El Digesto Jurídico Argentino, aprobado por la ley 26.936, al margen de no disipar las dudas que se puedan forjar sobre la vigencia de una norma jurídica, o de alguno de sus preceptos, lejos está de apuntalar la seguridad jurídica elemental que debe imperar en una sociedad democrática.

La subsistencia del margen de error, la vigencia de los decretos autónomos, ejecutivos y delegados que emite el Poder Ejecutivo, la reenumeración de las leyes y de sus artículos con las dificultades de conoci-

miento que traerá aparejadas, no harán más que incrementar, sin justificación racional alguna, la inseguridad jurídica que padece la sociedad argentina.

Por otra parte, la ley 26.936 delega con absoluta invalidez el ejercicio de la función legislativa a una comisión congresual bicameral que no está prevista en el art. 79 de la Ley Fundamental, soslayando la intervención del Congreso y la potestad del Poder Ejecutivo para promulgar u observar las normas legales.

Tales deficiencias acarrear el riesgo de que, en su oportunidad, los jueces, en salvaguarda de la plena vigencia del Estado de Derecho, declaren la inconstitucionalidad de la ley 26.936 por el desconocimiento de derechos que su aplicación podrá acarrear, así como también por la delegación o transferencia de funciones legislativas realizada al margen de la Ley Fundamental.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera que constituirá un grave error de política legislativa la aplicación de la ley 26.936, cuya derogación, expresa o implícita, solicita.

Buenos Aires, 28 de agosto de 2014

Roberto E. Luqui
Académico Titular

DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE LA LEY 26.936 QUE APRUEBA EL DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO

El Digesto Jurídico Argentino, aprobado por la ley 26.936, al margen de no disipar las dudas que se puedan forjar sobre la vigencia de una norma jurídica, o de alguno de sus preceptos, lejos está de apuntalar la seguridad jurídica elemental que debe imperar en una sociedad democrática.

La subsistencia del margen de error, la vigencia de los decretos autónomos, ejecutivos y delegados que emite el Poder Ejecutivo, la reenumeración de las leyes y de sus artículos con las dificultades de conocimiento que traerá aparejadas, no harán más que incrementar, sin justificación racional alguna, la inseguridad jurídica que padece la sociedad argentina.

Por otra parte, la ley 26.936 delega con absoluta invalidez el ejercicio de la función legislativa a una comisión congresual bicameral que no está prevista en el art. 79 de la Ley Fundamental, soslayando la intervención del Congreso y la potestad del Poder Ejecutivo para promulgar u observar las normas legales.

Tales deficiencias acarrearán el riesgo de que, en su oportunidad, los jueces, en salvaguarda de la plena vigencia del Estado de Derecho, declaren la inconstitucionalidad de la ley 26.936 por el desconocimiento de derechos que su aplicación podrá acarrear, así como también por la delegación o transferencia de funciones legislativas realizada al margen de la Ley Fundamental.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera que constituirá un grave error de política legislativa la aplicación de la ley 26.936, cuya derogación, expresa o implícita, solicita.

Buenos Aires, 28 de agosto de 2014

Roberto E. Luqui
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente

DICTAMEN SOBRE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BIENES RELACIONADOS CON LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO

El 4 de septiembre, la Corporación elevó al presidente de la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, doctor Rodolfo Urtubey, un informe sobre los proyectos de ley S-0198/14 y S-1171/14 referidos a la creación de un proceso de extinción de dominio de bienes relacionados con los delitos de narcotráfico, texto que se reproduce a continuación:

Buenos Aires, 4 de septiembre de 2014

Al Señor Presidente de la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación

Dr. Rodolfo Urtubey

S./ D

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales presenta a esa Honorable Comisión el informe que fuera invitada a realizar sobre los proyectos de ley S-0198/14 y S-1171/14, referidos a la creación de un proceso de extinción de dominio de bienes relacionados con los delitos de narcotráfico.

De modo previo, se observa que la realidad social plantea tres cuestiones que, aunque conexas, son distintas. En primer lugar se presenta el problema del narcotráfico como actividad delictiva de cada vez mayor alcance. En segundo lugar está la cuestión política: qué medida es conveniente que adopte la autoridad pública para combatir ese delito. Y por último, la cuestión jurídica: comprobar que el medio elegido por el Legislador sea compatible con nuestro sistema constitucional.

El primer asunto tiene una gravedad, hoy en día, innegable. El uso de drogas que destruyen el sistema nervioso y generan una adicción de muy difícil control ha destruido la vida de miles de seres humanos y es capaz de dañar a muchos más. Pese a las prohibiciones legales y el control estatal, cada vez más personas caen víctimas de esa trampa. El negocio ilegal

de fabricación y venta de drogas ha ido aumentando y complejizándose hasta requerir una infraestructura millonaria y una organización avanzada para llevarlo a cabo. Así, el narcotráfico se ha convertido en la actividad delictiva de mayor crecimiento en las últimas décadas, conmoviendo las bases mismas de la convivencia social y de nuestro sistema político.

Frente a esa realidad, no cabe duda de que el Estado debe tomar alguna medida para detener ese flagelo. La política es el arte del bien común, y para ello es necesario tanto crear las condiciones favorables para la realización de los ciudadanos, como combatir las que los denigran. Son aplaudibles, pues, los proyectos referidos al buscar crear una herramienta para combatir eficazmente la actividad delictiva organizada en torno al narcotráfico.

La política es también, en cierta forma, el arte de lo justo. Lo justo en sociedad. Y aquí entra la dimensión jurídica de la vida social. La realización del bien común requiere medidas políticas justas. Justas, razonables y constitucionales, debería agregarse.

Sobre las dos primeras dimensiones del asunto, la fáctica y la política, la Academia coincide con los autores de los proyectos; tanto en que la drogadicción y el narcotráfico son realidades acuciantes, como en que es necesario que la autoridad tome alguna medida adecuada para combatir las. Es en la tercera dimensión, la jurídica, dónde encontramos objeciones a los proyectos.

El mecanismo de “extinción de dominio”, tal como ha sido propuesto en ambos proyectos, constituiría un ataque al derecho de propiedad garantizado en nuestra Constitución Nacional. Vale recordar que en su art. 17 la Carta Magna dispone que “[l]a propiedad es inviolable”. Y aún cuando luego excepciona el caso de que la expropiación se realice “en virtud de sentencia fundada en ley”, también prevé que el Congreso debe dictar una ley especial previamente declarando la utilidad pública del bien. Aún más relevancia específica tiene la disposición del mismo artículo que ordena: “La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino”.

Aun cuando los dos proyectos prevén que la extinción del dominio del bien de que se trate (a favor del Estado Nacional) deberá ser declarada por una “sentencia judicial” (art. 3 del proyecto S-0198/14 y art. 2 del proyecto S-1171/14), eso no alcanza a cumplir con lo requerido por el art. 17 para el excepcional caso de una expropiación, pues la mentada sentencia debe estar fundada en una ley particular que declare la utilidad pública de ese bien. No basta con una ley de carácter general, como la que se propone;

sino que para cada bien que se crea conveniente expropiar el Congreso debe dictar una ley específica.

El supuesto previsto en nuestro sistema jurídico en el que un magistrado puede detraer la propiedad de una persona sin que haya una ley especial del Congreso que declare la utilidad pública de ese bien es el de la pena del “decomiso” (art. 23 del Código Penal de la Nación) (1). Mas allí la pérdida de la propiedad tiene el carácter de castigo, de sanción. No se trata de un caso de utilidad pública; se trata de una sanción penal a quien ha sido encontrado culpable de la comisión de un delito. En ese único caso, y sólo si la cosa fue utilizada por el condenado para cometer el crimen o si es producto o renta del mismo, el magistrado puede quitar la propiedad al delincuente.

Los proyectos en estudio proponen lo que se podría llamar un “decomiso anticipado”; vale decir, antes de que se dicte sentencia en el proceso penal. Dado el carácter de “pena” del decomiso, sancionar esa propuesta implicaría una violación lisa y llana del principio de inocencia contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional. Nuestra Ley Fundamental no permite la imposición de ninguna clase de pena antes del dictado de la sentencia que declare la culpabilidad del acusado. Todos los procesados, sin excepción, son inocentes mientras no haya una sentencia que los declare culpables.

Otro vicio de los proyectos a estudio es la propuesta de extinguir el dominio —antes del dictado de la sentencia final— a terceros no imputados en la causa, cuando una cosa de su propiedad ha sido instrumento o herramienta para cometer el delito (arts. 7, incs. a y d, del proyecto S-0198/14 y art. 7 del proyecto S-1171/14). Este supuesto es la más grave violación del derecho de propiedad que permitirían los proyectos en caso de convertirse en ley.

Por último, los dos proyectos en estudio abrevan en la legislación comparada de otros países sudamericanos, que a su vez lo han tomado del *asset forfeiture* del *Common Law*; y es un mecanismo que en esas latitudes parece haber funcionado con mayor o menor éxito. Sin embargo, no es prudente copiar mecanismos legales que no se acomodan a nuestras normas constitucionales y tradiciones jurídicas, porque —por más deslumbrantes que sean— la historia nos enseña que la realidad viva de cada

(1) Cabe también mencionar que los arts. 18 y 19 de la ley 19.550 de sociedades comerciales contemplan el destino que corresponde dar a los bienes de las sociedades con objeto o actividades ilícitas.

pueblo los convierte luego en alambiques malogrados o simplemente ineficaces.

Podrían señalarse otras observaciones sobre aspectos discutibles contenidos en los proyectos presentados, en especial en lo relativo al establecimiento de supuestos de imprescriptibilidad. Sin embargo, nos hemos centrado al momento de realizar este dictamen en las cuestiones medulares que son aquellas de raigambre constitucional relativas a la presunción de inocencia y al derecho de propiedad.

Poblado de argentinos, como no puede ser de otra manera, ese Honorable Cuerpo no carece de la creatividad y el conocimiento técnico necesarios para encontrar un medio legal que deje incólumes los derechos constitucionales y sirva activamente para combatir el flagelo de la actividad delictiva organizada. Tal vez, la posibilidad de adoptar medidas cautelares de especial intensidad en relación a esos bienes, como las ya previstas en el primer párrafo del art. 305 del Código Penal, sean medios suficientemente idóneos, razonables, eficaces y constitucionalmente legítimos para alcanzar los fines que se pretende lograr.

DICTAMEN SOBRE PROYECTO DE LEY SOBRE REGULARIZACIÓN DOMINIAL

En la sesión del 13 de noviembre, el plenario aprobó un dictamen elaborado por los académicos Juan Carlos Cassagne y José W. Tobías, ante una consulta del Colegio de escribanos de la Ciudad de Buenos Aires sobre un proyecto de ley sobre regularización dominial, que se transcribe a continuación:

1. Antecedentes. El antecedente inmediato del Proyecto de ley motivo del dictamen, es la ley 24.374 con las modificaciones de las leyes 25.797 y 26.493.

El señalado antecedente legal (conocido vulgarmente como ley Pierri), tuvo el públicamente declarado propósito de solucionar los problemas de un sector de habitantes de zonas urbanas que a pesar de haber adquirido inmuebles con destino a su vivienda y recibido la posesión, se enfrentaban con dificultades —en ocasiones por causas propias y en otras ajenas— para obtener la escritura pública que los convertiría en titulares del derecho real de dominio. Entre las variadas razones que impiden o dificultan en la práctica el acceso a la propiedad, se enumeraba: el fallecimiento de alguno de los vendedores otorgantes del instrumento privado; las inhibiciones que pesaban sobre los vendedores por obligaciones que no podían satisfacer; las dificultades económicas del adquirente o sus sucesores para afrontar un juicio de escrituración; la negativa del vendedor a escriturar por falta de pago del saldo de precio. No siempre la falta de escrituración es imputable al enajenante o a circunstancias exteriores, pues en ocasiones, el adquirente no se presentaba a escriturar por dificultades económicas para afrontar los gastos de escrituración y los impuestos adeudados (de ahí que, como se dice más adelante, la ley establece la gratuidad de los procedimientos).

Se recuerdan a continuación algunos contenidos de esta ley, al solo fin de confrontarlos con el proyecto que se considera.

a) Beneficia a adquirentes por “*causa lícita*” de inmuebles con destino a vivienda económica. Ampara, además, al cónyuge, sucesores universales, cesionarios y convivientes que han recibido trato familiar.

b) Requiere en el beneficiario la posesión pública, pacífica y continua durante un término de tres años anteriores al 1° de enero de 1992. Luego,

la ley 26.493 modificó el artículo 1° y estableció una nueva fecha: gozan de los beneficios de la ley los ocupantes que con causa lícita acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante tres años *con anterioridad al 1° de enero de 2009*.

c) Se excluyen los inmuebles cuyas características no sean de vivienda económica, como también a quienes sean propietarios o poseedores de otros inmuebles con los que pueden satisfacer sus necesidades habitacionales.

d) Corre por cuenta de las autoridades locales (provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires) el dictado de normas complementarias.

e) Establece que el acogimiento a su régimen debe hacerse ante autoridad administrativa, la cual, previa notificación al propietario en el último domicilio conocido y publicación de edictos, y en ausencia de oposición, procede a otorgar una escritura pública junto con el beneficiario, que contiene una relación de lo actuado y ruega la inscripción del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente.

f) La oposición del propietario y otras personas que se consideraran con derechos (acreedores hipotecarios, embargantes, cesionarios, de promesas de venta) interrumpe el procedimiento.

g) La oposición del propietario o de terceros no puede fundarse en la falta de pago del saldo de precio adeudado o en la impugnación a los procedimientos, actividades o intervenciones dispuestas por la ley.

h) El beneficiario adquiere la propiedad del inmueble a los diez años de la inscripción registral, salvo que sobrevenga una interrupción de la prescripción adquisitiva. La ley 25.797 que modificó la redacción original del artículo 8 de la ley 24.374, estableció que la inscripción registral se constituye de pleno derecho en dominio perfecto una vez transcurrido el plazo de diez años desde la inscripción registral.

i) Establece la gratuidad de los procedimientos, libra a los beneficiarios de sus costos y de los procedimientos, impuestos y tasas que gravan el inmueble, dejando a salvo las acciones a que se consideren con derechos el propietario o los terceros.

El contenido de la ley suscitó en su momento debates y controversias: el diario La Nación le dedicó críticas en un editorial del día 20/1/94. También se ocupó del tema el diario La Prensa en su edición del 2/3/94.

La doctrina especializada adoptó también posturas muy diversas. Para algunos autores, variadas disposiciones de la ley eran inconstitucionales.

les (1) y, para otros, se estaba en presencia de la necesaria protección jurídica de la vivienda familiar consagrada por la Constitución Nacional (2). No faltaban quienes, sin considerarla inconstitucional, opinaban que constituía un desacierto por oscura, poco clara en sus intenciones —quizás más políticas que jurídicas— y plagada de contradicciones en el tratamiento jurídico (3).

Algunos cuestionamientos constitucionales son estos: el procedimiento administrativo implementado viola el principio de que nadie puede ser privado de su propiedad sin sentencia judicial (artículo 17); atenta contra la división de poderes en tanto la autoridad de aplicación no es la justicia sino el poder ejecutivo; afecta derechos adquiridos (4). Aún, se afirma que afecta también el principio de igualdad ante la ley pues quedan afuera del sistema los inmuebles no urbanos y por fijar una fecha por demás arbitraria (5).

Más restrictivamente, la académica Aída Kemmelmajer de Carlucci, opinaba que “*la solución no es tan revolucionaria ni efectiva como la muestran algunos legisladores ni tan destructiva de la propiedad privada como la sindicaban otros* (6).

Otro miembro de esta corporación, por su parte, propiciaba un proceso especial de usucapión al que llamaba “usucapión por vivienda familiar”. Para el funcionamiento de este proceso simplificado, proponía los siguientes requisitos: **a)** el inmueble debía destinarse a vivienda familiar; **b)** El poseedor no debía ser propietario de otro bien inmueble; **c)** Se debería probar la posesión en las condiciones del Código Civil (diez o veinte

(1) BORDA, Guillermo J., *Un avance sobre la propiedad privada*, LL 1994-B-971, PERALTA MARISCAL, L., *Algunas consideraciones en torno a la llamada ley de regularización nominal*, JA 1995-II-782; SAGARNA, F., *La ley 24.374 de regularización dominial: una fuente de litigios*, LL 1996-D-975; ABBATI, E. ALLENDE, *Modificación de Código Civil a favor de ocupantes sin título. Régimen de excepción implementado por la ley 24.374*, ADLA, LIV-D.

(2) ADROGUE, M., *La atribución de la propiedad de la vivienda económica en la ley 24.374*, LL 1985-B-934. El reputado jurista tucumano Fernando J. López de Zavallía —entonces diputado nacional— fue el miembro informante en la Cámara de Diputados.; DILLON, G., *Protección jurídica de la vivienda*, Eds. Jurídicas Cuyo.

(3) ITURBEIDE DE BRUSCO, G., *La ley 24.374 sobre regularización del dominio*, LL 1995-A-1082.

(4) Pueden verse los autores citados en nota 1.

(5) SAGARNA, F., *La ley 24.374 de regularización dominial: una fuente de litigios*, LL 1996-D-975.

(6) KEMMELMAJER DE CARLUCCI, A., *¿Usucapión administrativa? (mucho ruido y pocas nueces)*, JA 994-I-910.

años según se tuviera o no justo título y buena fe) que, además, debía ser pacífica, continua, pública e ininterrumpida; **d)** La valuación del inmueble, urbano o rural, no debía exceder el límite establecido para su afectación al régimen del bien de familia.

En lo atinente al procedimiento, proponía las siguientes pautas: **a)** se gozaría del beneficio de litigar sin gastos y se tendría derecho al asesoramiento y representación a cargo de abogados de la matrícula mediante simple carta poder; **b)** la regulación de los honorarios sería por el porcentaje mínimo establecido en la ley arancelaria; **c)** habría exención de tasas por los servicios administrativos o judiciales, **d)** la confección y visación del plano estaría a cargo del órgano administrativo; **e)** la citación edictal sería sin cargo cuando correspondiera ese tipo de notificación; **f)** la prueba pericial sería a cargo de los peritos del cuerpo oficial; **g)** tendrían especial observancia los principios de celeridad y saneamiento con la finalidad de obtener un trámite rápido y válido.

De la propuesta podía inferirse: el trámite debía ser necesariamente judicial; resultaba indiferente la fecha en la que el ocupante hubiera comenzado a poseer. Como se observó, la protección apuntaba a salvar las dificultades procesales que impedían el acceso a la vivienda de las personas económicamente débiles: se trataba de aligerar los recaudos procesales para hacer efectivo un derecho sustancial (7), aunque necesariamente por la vía judicial.

2. El proyecto de ley materia del dictamen. En sus lineamientos generales, el Proyecto que se considera es similar al de la ley 23.474. Se mencionan a continuación algunas diferencias de significación:

a) Establece una nueva fecha: gozarían de los beneficios propuestos los ocupantes que con causa lícita acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante tres años con anterioridad al 1º de enero de 2014.

b) Serían otros beneficiarios (además del destino de casa habitación única y permanente) los que afecten el inmueble a micro emprendimientos económicos destinados a la subsistencia del grupo familiar y las personas jurídicas sin fines de lucro que lo destinen a fines educativos, culturales, deportivos, confesionales o sociales.

c) La oposición del propietario requiere ser con causa “debidamente fundada” (artículo 12, inciso 1º) y ello acarrea el riesgo de un rechazo arbitrario por autoridad administrativa que conduzca a la irregular continuación del procedimiento.

(7) KEMMELMAJER DE CARLUCCI, A., *¿Usucapión administrativa? (mucho ruido y pocas nueces)*, JA 994-I-907.

d) El plazo de diez años desde la inscripción registral se reduce a cinco años (artículo 14) en que se tendría por operada la prescripción adquisitiva. A diferencia de la ley 23.474, el nuevo transcurso del plazo no opera un dominio perfecto de pleno derecho, sino que es menester un acto administrativo que lo disponga.

e) En el caso que el beneficiario demostrara en el proceso administrativo que prevé el proyecto, el ejercicio de actos posesorios en forma pública, pacífica e ininterrumpida por un plazo igual o mayor a veinte años, se tendría por operada la adquisición del derecho de propiedad a favor del beneficiario. El acto administrativo constituiría título suficiente (artículo 13).

3. Consideraciones sobre el proyecto. En el análisis del tema, no puede prescindirse de considerar el problema social de la vivienda de las personas que carecen de título suficiente sobre el inmueble que ocupan en calidad de poseedores por una causa lícita. Tampoco que, con sus notorios defectos, la ley 24.374 posibilitó a un gran número de sus beneficiarios acceder al dominio de su vivienda.

No puede prescindirse de considerar, asimismo, que tanto el proyecto de ley que se considera como el antecedente legislativo que lo precede son susceptibles de variadas observaciones.

a) No hay razón alguna para distinguir según que la posesión haya comenzado antes o después de una determinada fecha.

b) Se sustrae la usucapión del ámbito judicial trasladándolo al administrativo omitiendo el control o recursos judiciales.

c) El procedimiento administrativo que se proyecta, provoca problemas de riesgos de indefensión al propietario registral.

i. En la primera etapa del procedimiento administrativo, el titular registral permanece ajeno al trámite.

ii. Su participación e intervención no queda garantizada ni con la publicación de edictos ni con la notificación en el “último domicilio conocido”. En ninguno de los casos queda garantizado el efectivo conocimiento del procedimiento.

iii. Tampoco el efectivo conocimiento del procedimiento administrativo asegura el debido proceso del titular registral. Como se vio, la propuesta requiere que la oposición del propietario sea “debidamente fundada” y esa valoración —propia del órgano judicial— se pone en cabeza de la autoridad administrativa.

iv. Más grave, la novedad que se menciona en 2.e), supone que la adquisición del derecho real de dominio por usucapión —y la correlativa pérdida por el anterior titular— emana de una decisión administrativa dictada en un proceso que no asegura el efectivo conocimiento y que, de existir, no contempla requisitos básicos de un proceso contencioso con las garantías del debido proceso. En este aspecto, sería particularmente notoria la inconstitucionalidad de una previsión semejante, pues importaría ser privado de la propiedad sin una sentencia fundada en ley (artículo 17 CN).

4. Propuestas. Es deseable una solución que, buscando dar respuesta al problema social de quienes han adquirido por instrumento privado un inmueble destinado a vivienda y recibido su posesión, posibilite garantizar simultáneamente los derechos del titular registral del bien.

En ese orden, una adecuada contemporización entre ambos intereses podría lograrse con las modificaciones que se mencionan a continuación:

a) Precisando de modo expreso el significado de “causa lícita”: con ella se alude al comprador según boleto de compraventa que ha recibido la posesión del bien, o sus herederos, conviviente o sucesores particulares.

b) Estableciendo que la notificación al propietario a que se refiere el artículo 12 inciso d) se deberá practicar en el domicilio real o la residencia actual del propietario. José W. Tobías Académico Titular.

c) Estableciendo que el acto administrativo que dispone la inscripción registral deberá ser notificada al propietario, quien podrá interponer recurso judicial contra el mismo fundándolo en el incumplimiento de los requisitos legales o en los agravios por la desestimación de las causas en que fundó su oposición (artículo 12 inciso f).

d) Modificando el plazo de cinco años del artículo 14 del Proyecto, elevándolo a diez años (es el actual término de la ley 24.347).

e) Prescindiendo del artículo 13 por su manifiesta inconstitucionalidad.

f) Prescindiendo de la redacción del artículo 11, disponiendo en su lugar que será facultad de cada municipio la designación y composición de las comisiones vecinales.

Una propuesta alternativa a la precedente puede consistir en un cuestionamiento integral al proyecto de ley, propiciando —en cambio— una alternativa puramente judicial de características similares a la propiciada por Morello-Berizonce (*supra* núm. 1) con una eventual reducción de los plazos de la usucapión a no menos de diez años.

DECLARACIÓN SOBRE LA PROYECTADA LEY DE REGULACIÓN DE DESCARTE Y DESTRUCCIÓN DE EMBRIONES

La Cámara de Diputados de la Nación aprobó y giró al Senado para su tratamiento un dictamen de mayoría de las Comisiones de Acción Social y Salud Pública; de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; de Legislación General y de Presupuesto y Hacienda, en el que se aconseja la aprobación de un proyecto sobre “Regulación de las Técnicas para la Fertilización Humana Asistida”.

Dicha iniciativa parlamentaria propone la legalización del descarte de embriones (arts. 12, 19 y 20), la discriminación entre seres humanos en su etapa embrional (art. 14), su crioconservación (arts. 12 y 13), la destrucción y utilización de embriones para investigación (arts. 12 y 14), y otras prácticas reñidas con la dignidad de la vida humana inocente y el respeto que se le debe desde el instante de la fecundación.

El proyecto vulnera el derecho a la vida consagrado en normas de jerarquía constitucional como los arts. 1.2 y 6.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, con la reserva interpretativa que declaró el art. 2 de la ley 23.869 al disponer que dicho art. 1.2 “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, fijando de esta forma las condiciones para la vigencia de la Convención (art. 75 inc. 22 C.N.).

El proyecto de ley viola, asimismo, otras normas de jerarquía constitucional que resguardan de modo estricto el derecho a la vida como el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre cuyo texto declara que “todo ser humano tiene derecho a la vida”; el art. 1, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se reconoce que “persona es todo ser humano”; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 6 proclama que “todo ser humano tiene derecho a la vida”.

Atento la significación y gravedad institucional de las cuestiones abarcadas por el proyecto que se intenta aprobar, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifiesta su disenso y so-

licita al H. Senado de la Nación el rechazo de tan cuestionable iniciativa legislativa.

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2014

Roberto E. Luqui
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente

DICTAMEN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

En la sesión plenaria del 13 de noviembre, el cuerpo aprobó un dictamen elevado por el académico Siro M. A. De Martini referido al Anteproyecto de Código Penal:

1. La experiencia histórica universal, y argentina en particular, lleva a esta Academia a la convicción de que no es prudente modificar leyes fundamentales en épocas turbulentas. Leyes que son, luego de la Constitución Nacional, las que estructuran la república y educan a sus habitantes —como es el caso del Código Civil y, ahora, el Código Penal— no pueden surgir de confrontaciones ideológicas entre especialistas o de conveniencias político-partidarias.

Lamentablemente estamos inmersos en un período de nuestra historia signado por la inseguridad, la impunidad de los delincuentes, la desconfianza popular en las fuerzas de seguridad y, aún la duda fundada sobre la justicia de muchos jueces penales. No parece el momento apropiado, entonces, para discutir y sancionar una legislación que deberá incidir gravemente en la vida social de los argentinos de las próximas décadas.

Pero sea lo que fuere lo que la sensatez de nuestros gobernantes les indique, lo cierto es que se ha presentado a la pública consideración un Anteproyecto de Código Penal y a él debemos referirnos.

Lo haremos, al menos en esta primera oportunidad, analizando sus ideas fundamentales (lo que con cierta exageración podría llamarse su “filosofía”), dejando para otro momento un juicio de detalle. Es decir, nuestra mención de algunos artículos del anteproyecto será, fundamentalmente, a título de ejemplo.

2. La crítica más grave que debe hacerse es que se ha elaborado un Código Penal puramente teórico, fundado en una ideología que va a contramano de las necesidades sociales y de la legislación comparada. Su hipotética aprobación en Argentina produciría daños quizás irreparables a nuestro ya debilitado tejido social.

Un principio de prudencia legislativa indica que la ley humana —aunque respetuosa de los principios inmutables que deben regir la vida social

de los hombres— debe ser “proporcionada a los lugares y a los tiempos”, como escribiera San Isidoro de Sevilla en su famosa “Etimologías”, recogiendo la sabiduría de la antigüedad. Y es que una ley que ignora la realidad social que debe regir, está inevitablemente destinada al fracaso. Este proyecto, que parece más un producto de laboratorio que un instrumento destinado a regir un país, no ignora sin embargo la realidad. Simplemente se desentiende de ella porque, como a toda ideología, no le importa la realidad existente sino la nueva realidad que busca imponer.

El corazón del Anteproyecto es la idea de que debe reducirse al máximo el poder punitivo del Estado. Es decir, que debe reducirse el número de injusticias castigadas como delitos, que deben reducirse las penas para los delitos que se sigan castigando y, fundamentalmente, que deben regularse los medios para que la menor cantidad de delincuentes posible vaya preso. Estas ideas que, llevadas a su máxima expresión, llevarían a la anarquía, el imperio de la delincuencia y a la inevitable justicia por mano propia, suelen denominarse “abolicionistas”.

La ideología que trasunta el proyecto, compartida por muchos penalistas argentinos, se funda en la idea de que el Estado, en cuanto ejerce su poder punitivo, es decir, en cuanto castiga a los delincuentes, es ilegítimo; de allí que lo llame “estado de policía”. Frente al estado de policía, y en confrontación dialéctica con él, se erige el Estado de Derecho o Estado Constitucional, cuyo fin es la contención del estado de policía, es decir, la supresión o, al menos, la limitación del ejercicio del poder punitivo por parte del estado. El derecho penal consistirá, entonces, en la “programación doctrinaria de la jurisprudencia y el entrenamiento de los juristas para esta tarea de contención y reducción del poder punitivo” (ver Zaffaroni, R.E.: “El enemigo en el derecho penal”, Ediar, 2006, p. 167, entre muchos otros).

Este Anteproyecto de Código Penal es un paso de gran importancia en la tentativa de imponer esta ideología en nuestro país.

3. Toda la notable inteligencia y la vasta experiencia del Presidente de la Comisión Redactora —unidas a caminos jurisprudenciales ensayados por sus discípulos o simpatizantes— ha sido puesta en obra en este Anteproyecto para alcanzar un objetivo singular: elaborar una ley que parece ser un Código Penal pero que, en la práctica, supondrá la casi desaparición del derecho penal.

Se engañaría quien se formara un juicio sobre el Anteproyecto analizando sólo o principalmente la parte especial del Código propuesto. Allí, por supuesto, encontrará un listado de delitos con sus correspondientes san-

ciones. Podrá objetarse —y debe objetarse— la incomprensible desaparición de algunas figuras delictivas, de diversas agravantes y la disminución de las escalas penales en múltiples delitos.

Los mecanismos que permitirían llevar adelante la radical disminución del poder punitivo del Estado y, por tanto, la imposición de la ideología, se encuentran en la Parte General del proyectado Código. Son algunos de ellos:

a) La supresión del dolo eventual. Ello dejará impunes, entre otros, múltiples delitos de carácter económico o financiero, lavado de dinero y crimen organizado. Convendrá decir que esta supresión no tiene igual en la legislación mundial y, por el contrario, va a contramano de las tendencias penales actuales. No podemos dejar de señalar la extrañeza y desconcierto que causa el modo con que han obrado los proyectistas en este caso. Efectivamente, hay que reparar que el llamado “dolo eventual” es una forma que tenemos los seres humanos de comportarnos, es decir, es un aspecto de la realidad no un invento del derecho. Parece algo autoritario pretender suprimir la realidad con una norma jurídica. El modo en que lo han hecho es también llamativo: el anteproyecto comienza con un artículo en que, con el supuesto propósito de recordarnos los fundamentos constitucionales del derecho penal, se le hace decir a la Constitución —entreverado con principios obvios y reconocidos— lo que en ninguna norma dice: que los delitos (dolosos) sólo pueden cometerse con voluntad directa.

b) La eliminación de los llamados delitos de peligro abstracto, por la misma vía utilizada anteriormente (art. 1º, 2, c). Esto es, de delitos que han permitido históricamente —aquí y en las legislaciones de otros países— combatir con mayor eficacia los delitos contra la seguridad pública y ciudadana. Esto tornará impunes delitos como la tenencia ilegal de armas o aún de explosivos, muchos casos de falso testimonio, de falsificación de instrumentos privados o públicos, o del delito de asociación ilícita, entre muchos otros. Ahora, estos delitos aparecen penados en la parte especial. Algunos juristas críticos del anteproyecto se han planteado si se trataría de una incoherencia, o de una desprolijidad de los proyectistas. Sin embargo, creemos que esta norma inicial procura permitir a los jueces analizar si, en los casos concretos, hubo algún peligro efectivo para los bienes jurídicos protegidos y, en caso de no haberlo habido (la mayor parte de las veces en varios de ellos y siempre en otros, como la mencionada tenencia ilegal de armas o explosivos), sobreseer o absolver por aplicación del artículo 1º.

c) El crecimiento desmesurado de la posibilidad de conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (“probation”), esto es, de dejar delitos impunes. Este instituto, que permite a los jueces suspender el dictado de

sentencia (por lo cual no se sabrá si la persona investigada es o no culpable) y disponer la realización por parte del investigado de alguna tarea normalmente de interés comunitario, resulta de relativa y discutible utilidad en caso de delitos para los cuales la ley prevé penas bajas, cuyo cumplimiento suele dejarse en suspenso. Sus bondades, en buena medida, dependen del control que se realice sobre el efectivo cumplimiento de las tareas dispuestas. El Anteproyecto lo ha convertido en un medio que dejaría en manos de los jueces la efectiva reducción del poder punitivo del Estado.

Para ello, los proyectistas han elaborado un conjunto de normas de cuya conjunción surge el efecto mencionado:

1) incluir entre los casos en que es posible conceder el beneficio a todos los delitos cuya pena mínima sea de tres años de prisión (art. 45), o sea, delitos graves;

2) dejar en manos del juez el decidir si la pena que aplicaría en ese caso sería o no mayor de tres años (art.45, inc.1);

3) reducir los mínimos de múltiples delitos a tres años o menos (por ejemplo, tráfico de estupefacientes, robo con armas, reducción a servidumbre, etc.). De este modo, en un 85% de los delitos sería posible no aplicar pena. Y, si se excluyen aquellos delitos que podrían calificarse de “no comunes” (v.gr. genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra), el porcentaje de posible impunidad sube a un 96%. Por supuesto que esto dependerá, en principio, del mejor o peor criterio de los jueces, pero no puede dejarse de lado el hecho de que es un instrumento que permite la casi total impunidad en un país en que las sentencias de muchos jueces penales, aún sin contar con estos medios legales, escandalizan a la población;

4) para la concesión de este beneficio, la opinión del fiscal y la de la víctima no son vinculantes.

d) La concesión de inmensos poderes a los jueces penales para reducir o, directamente, no imponer penas a quienes son probadamente culpables de un delito. Además del beneficio de la “probation”, nos encontramos con los siguientes:

1) los casos previstos por el art. 1º, 2, d): “Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, (o) trascendiere gravemente a terceros inocentes...” Como resultaría un absurdo suponer que el mismo anteproyecto prevea alguna pena inhumana, semejante calificación quedará en manos del juez quien bien podría considerar a la pena de prisión —en sí misma— como inhumana (lo que

presumiblemente ocurriría en el caso de muchos jueces enrolados en la ideología que ha dado lugar a este anteproyecto). En cuanto al segundo punto, puede decirse que, en la mayor parte de los casos, la pena de prisión trasciende, de algún modo, a terceros inocentes (piénsese en la familia, en particular el caso de hijos menores). Un criterio amplio y literal en la interpretación de la norma dejaría fuera de prisión una inmensa cantidad de condenados. Hay que destacar nuestra extrañeza ante el empleo del verbo “evitar”, que no parece propio de la función judicial, unido a la falta de toda precisión legal acerca del modo jurídico de “evitarlo”;

2) la posibilidad judicial de “reemplazar parcial o totalmente cualquier pena de prisión que no exceda de tres años” por las llamadas “penas alternativas de prisión (art. 22 y ss.), la que, con excepción de la detención domiciliaria, difícilmente pueden ser consideradas verdaderas penas. Estas son: detención de fin de semana, obligación de residencia, prohibición de residencia y de tránsito, prestación de trabajos a la comunidad, cumplimiento de instrucciones judiciales y multa reparatoria. Cuando la pena de prisión exceda los tres años y no supere los diez, se la podrá reemplazar por alguna de dichas medidas después del cumplimiento de la mitad de su duración. Este “reemplazo” de la pena de prisión por otras medidas, como las mencionadas, ya fue ensayado en Europa en los años setenta y ochenta, donde fracasaron. La Exposición de Motivos atribuye el fracaso a cuestiones organizativas de dichos países, lo que en nuestro caso se evitaría a través de la creación de un cuerpo de personal especializado dedicado a su ejecución. Es en esta parte de la exposición de motivos (art. 22) que se desarrolla la idea de los “cupos” carcelarios, es decir, la decisión política de cuántos presos quiere el Estado tener para, a partir de allí, desarrollar medidas como las que estamos comentando;

3) La concesión a los jueces de facultadas amplísimas y no regladas en “todas las cuestiones de ejecución, reemplazo y control de las penas” (art.41, 1). Destacamos dentro de estas, la facultad judicial de “evitar o reducir cualquier eventual efecto negativo de la pena” (art. 41, 2, a). No hace falta mencionar que toda pena de prisión tiene, por su misma naturaleza de pena, efectos negativos para quien la sufre.

Además de la evidente tendencia a reducir la potestad punitiva del Estado (o a incrementar la impunidad), el otorgamiento de tamañas facultades a los jueces penales debe ser, de por sí, objeto de cuidadosa consideración. Ya Aristóteles probaba que conviene que sean las leyes quienes regulen todo aquello que sea posible y dejar pocas cosas al arbitrio de los jueces (Retórica 1354, b).

e) La inclusión del “principio de oportunidad”, por el cual el fiscal puede resolver no investigar un delito o desistir de una investigación ya comen-

zada si, por ejemplo, se trata de un delito de contenido patrimonial y no se ha ejercido violencia sobre las personas (art. 42, 3, d. Así, p.e. hurto, muchos casos de robo, estafa, etc.).

En síntesis, a través de todo este conjunto de normas, se lograría una reducción altamente significativa del poder punitivo del Estado: la mayor parte de los delinquentes, aún en caso de delitos graves, no iría a prisión.

4. Debe ser criticada la grave incoherencia del Anteproyecto en orden al valor y consiguiente protección de la vida humana.

En la “Prolusión al Poder Ejecutivo”, la comisión redactora del anteproyecto expresa que “dado que toda escala penal proyecta negativamente el valor jurídico positivo lesionado, es ineludible tomar como parámetro general y orientador para el resto, el de la vida humana. La desarmonía que implica desconocer que este valor se halla en la cúspide del orden jurídico argentino, repudia a la Constitución Nacional...”

Por supuesto, no podemos sino estar plenamente de acuerdo con este criterio que prácticamente inaugura las páginas del Anteproyecto.

Sin embargo, dos normas y una omisión contradicen esta declamada primacía de la vida humana.

En primer término hay que referirse al art. 85 donde se regulan los llamados abortos no punibles. Allí el anteproyecto se hace eco del fallo F, A. L., con todas sus implicancias. Efectivamente, hasta dicho fallo —y mientras su doctrina no se modifique— se discutía si acaso los supuestos de abortos no punibles eran casos de excusas absolutorias, lo cual implicaba que se trataba de conductas antijurídicas y delictivas que, por razones de política criminal, no recibían pena. Pero a partir de la doctrina de la Corte, en cuanto consideró que el aborto en caso de embarazo resultado de una violación es un derecho, las cosas han cambiado sustancialmente. Porque si esto es así, la norma introducida por el artículo 35 importa la afirmación de que matar a un ser humano inocente con intención directa es un derecho y, por tanto, algo acorde con nuestro orden jurídico considerado en su totalidad. Lo cual, (no haría falta siquiera decirlo), es inconstitucional.

En segundo lugar, el anteproyecto incorpora las figuras de suicidio asistido a ruego y de homicidio piadoso (arts. 81 y 82) como delitos contra la vida sumamente atenuados. En ambos casos, siguiendo con la tesis que hemos venido desarrollando, el anteproyecto da al juez la facultad de eximir de pena al culpable. El modo en que justifica la exposición de motivos esta posibilidad de eximición (al art. 82) lleva a la inevitable con-

clusión de que serán —prácticamente en la totalidad de los casos— delitos impunes. No es el momento de dar nuestra opinión sobre las figuras legales, su redacción, su escala penal y demás cuestiones vinculadas con los concretos delitos, pero si recordar el valor pedagógico de las leyes. Es decir, del modo en que están planteadas las cosas, resultará inevitable que el común de la gente llegue a la conclusión de que la eutanasia es legal.

Mencionábamos una omisión normativa. Y es esta: ninguna norma hay en el anteproyecto, a pesar de lo que se ha progresado en ese sentido en la legislación comparada, relativa a los delitos que puedan surgir como consecuencia de las biotecnologías. Así, el llamado descarte de embriones, la crioconservación de los mismos, la experimentación sobre embriones, su comercialización, la clonación de seres humanos, aparecen como los casos más urgentes de protección jurídica penal.

5. Nuestro dictamen no puede concluir sin hacer mención a ciertas actitudes que desdibujan, aún más, este anteproyecto tan cargado de ideología. Nos referimos a la utilización de un lenguaje propio de la política cotidiana que, por sus mismas connotaciones, carece de una mínima seriedad científica. Así, por ejemplo, al referirse a las reformas legislativas en el campo penal, la exposición de motivos atribuye lo ocurrido en los gobiernos de Alfonsín y Menem a “los medios masivos y a las agencias extranjeras”. Las ocurridas en nuestro siglo a “una formidable campaña mediática y a la debilidad del Congreso Nacional”.

6. Como decíamos al comienzo, no hemos querido en esta oportunidad analizar con ningún detalle la supresión de delitos, de agravantes o la reducción de escalas penales, en muchos casos directamente incomprensible. Nos ha parecido suficiente mostrar brevemente los mecanismos generales ideados por los autores del anteproyecto, para reducir —hasta casi hacer desaparecer— la justicia penal.

El mundo actual plantea continuos desafíos a una convivencia ordenada y armónica. Cuando esos desafíos asumen las múltiples caras de la injusticia, la vida social y aún personal, se torna más y más dificultosa y, por así decirlo, asfixiante. De todas las formas que puede asumir la injusticia, acaso ninguna sea percibida con mayor gravedad que la falta de una justicia penal, de una justicia que actúe con proporcionalidad y eficacia ante la comisión de un delito. Pero si esta injusticia penal llegara a ser organizada y promovida por el mismo Estado que es expresión jurídica y política de la comunidad, la vida social resultaría insoportable.

DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

En su Dictamen de fecha 13 de noviembre de 2014 esta Academia ha considerado inconveniente que sea convertido en ley el Anteproyecto de Código Penal, sobre la base de las consideraciones siguientes:

a. Se trata de un proyecto teórico, basado sobre una concepción ideológica que no se compadece con las necesidades sociales que corresponde satisfacer para preservar la seguridad jurídica y la convivencia armónica. Esta ideología parte de la premisa de que debe reducirse al máximo el poder punitivo del Estado, las penas para los delitos que se sigan castigando y, fundamentalmente, que deben regularse los medios para que la menor cantidad de delincuentes posible sea privada de su libertad ambulatoria.

b. Se han suprimido delitos, o agravantes de delitos, y se han disminuido las escalas penales en múltiples casos sin una justificación razonable.

c. Los mecanismos que permitirían llevar adelante la radical disminución del poder punitivo del Estado se encuentran, sobre todo, en la Parte General del proyecto. Entre ellos se destacan: la supresión del dolo eventual, lo que dejará impunes múltiples delitos de carácter económico o financiero, lavado de dinero y crimen organizado; la eliminación de los llamados delitos de peligro abstracto, lo que conducirá a la impunidad de delitos como la tenencia ilegal de armas o aún de explosivos, muchos casos de falso testimonio, de falsificación de instrumentos privados o públicos, o del delito de asociación ilícita; el crecimiento desmesurado de la posibilidad de conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (reduciendo la aplicación de penas a los autores de delitos); la concesión de poderes discrecionales a los jueces penales para reducir o, no imponer penas a quienes son probadamente culpables de un delito; la posibilidad judicial de reemplazar parcial o totalmente las penas de prisión que no excedan de tres años con medidas como detención de fin de semana, obligación de residencia, prohibición de residencia y de tránsito, prestación de trabajos a la comunidad, cumplimiento de instrucciones judiciales y multa reparatoria. En síntesis, a través de estas y otras normas,

se lograría una reducción altamente significativa del poder punitivo del Estado y la mayor parte de los delincuentes, aún en caso de delitos graves, no sería privada de su libertad ambulatoria como consecuencia de la comisión de ellos.

d. Hay también en el Anteproyecto, una grave incoherencia en orden al valor y consiguiente protección de la vida humana.

e. De todas las formas que puede asumir la injusticia, acaso ninguna sea percibida con mayor gravedad que la falta de una justicia penal, que actúe con proporcionalidad y eficacia ante la comisión de un delito. Pero si la falta de justicia penal llegara a ser organizada y promovida por el mismo Estado, que es expresión jurídica y política de la comunidad, la vida social se verá gravemente afectada.

Tales razones, entre otras, determinarán el rechazo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al Anteproyecto del Código Penal.

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2014

Roberto E. Luqui
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente

DECLARACIÓN PÚBLICA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires reitera su preocupación por la celeridad injustificada e imprudente que imprime el Congreso de la Nación para la sanción de leyes que revisten carácter fundamental en la estructura institucional de la República.

Mediante la sanción de la ley que reformó el Código Procesal Penal fueron reemplazadas irrazonablemente ciertas modalidades del proceso penal sustituyendo precipitadamente estructuras normativas de larga y eficiente tradición.

Se ha forjado un desplazamiento de atribuciones fundamentales desde la magistratura judicial hacia el Ministerio Público, sin instituir previamente mecanismos de control que impidan el ejercicio discrecional y arbitrario de tales facultades. Esa imprevisión acarreará el aumento de la impunidad que tanto preocupa hoy a la población y que constituye un peligroso factor criminógeno.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera que no existen motivos válidos, ni urgencias extremas, que justifiquen la modificación del ordenamiento procesal en la forma concretada por el Congreso de la Nación. No descarta la conveniencia de efectuar ciertas reformas más genéricas fruto del previo debate con la activa participación de quienes, siendo expertos en el tema, podrán instruir a los legisladores y a la sociedad sobre la conveniencia y el significado de aquellas. Sobre tal base, exhorta a las Cámaras del Congreso para que practiquen un examen serio y responsable de las genuinas reformas que podrán contribuir a mejorar el funcionamiento de la Justicia Nacional en lo Penal, evitando así una nueva y grave frustración institucional como la que traerá aparejada la imprudente sanción legislativa.

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014

Roberto E. Luqui
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES APRUEBA Y HACE
PROPIO EL DICTAMEN EMITIDO
POR EL INSTITUTO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL “SEGUNDO V. LINARES
QUINTANA”,
QUE EXPRESA LO SIGUIENTE:

I. El proceso de sanción del nuevo Código Civil y Comercial

a) El proyecto de ley

Con fecha 23 de febrero de 2011 el Poder Ejecutivo dictó el decreto 191/2011, por el cual se dio inicio al proceso de reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación. Por dicho decreto se dispuso crear una comisión de expertos para que elaboren un anteproyecto de ley de reforma y producir un texto homogéneo de los referidos cuerpos normativos.

La comisión de expertos fue integrada con los señores jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci. Trabajó durante un año para elevar un anteproyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación. El 24 de febrero de 2012 lo elevó al Poder Ejecutivo, que le introdujo varias modificaciones al texto originario, para luego remitir el correspondiente proyecto de ley al Congreso, junto con el Mensaje 884/2012.

El proyecto en cuestión fue ingresado al H. Senado de la Nación el 8 de junio de 2012, registrado con el número de expediente 57-PE-2012 (Diario de asuntos entrados n° 104 del 08/06/2012).

b) Creación de la Comisión Bicameral

Para el tratamiento de la iniciativa mencionada, el propio proyecto de ley remitido por parte del Poder Ejecutivo establecía un “Título II”, referi-

do al modo en que habría de llevarse a cabo el trámite legislativo en cada una de las cámaras del Congreso.

En efecto, el propio proyecto de ley 57-E-2012 estableció a partir de su artículo 9° que en vez de darse giro reglamentario a las comisiones permanentes de cada una de las cámaras legislativas, el proyecto debía estudiarse y debatirse en el seno de una “Comisión Bicameral” *ad hoc*, a fin de preservar la unidad, integridad y coherencia de la labor de codificación.

Naturalmente, no resultaba posible que el Poder Ejecutivo determinara en el mismo proyecto el modo en que debía tramitarse la iniciativa. No obstante, previo dictamen de las comisiones permanentes correspondientes, se dispuso la creación de esta Comisión Bicameral. La H. Cámara de Diputados aprobó la creación de una Comisión Bicameral *ad hoc* por resolución aprobada en la sesión especial del 4 de julio de 2012; mientras que una medida de idéntico objeto recibió aprobación del H. Senado de la Nación, en la misma fecha, mediante lo actuado en el expediente 1941-S-12.

El artículo 2° de la resolución conjunta recién citada estableció que “La Comisión Bicameral tendrá por objeto el análisis del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación remitido al Honorable Congreso de la Nación, por el Poder Ejecutivo nacional, mediante el mensaje 884 del año 2012; la redacción del proyecto de ley correspondiente y la elaboración del despacho previo a su tratamiento legislativo”.

Sobre el verdadero alcance y espíritu de de la norma transcripta resulta imprescindible tener en cuenta lo debatido en la H. Cámara de Diputados en la sesión especial del día 4 de julio de 2012.

En dicha oportunidad, anticipando lo que finalmente ocurrió, el diputado Comi cuestionó la validez de la resolución propuesta, manifestando que el proyecto de ley se debía girar a las comisiones permanentes de cada cámara, para luego poder ser tratada en el recinto.

Dijo el diputado Comi que para que tenga validez legal la actuación de la Comisión Bicameral, debía ocurrir lo siguiente: *“(...) después del despacho de la Comisión Bicameral debería haber un plenario de comisiones de este cuerpo. Por intermedio de la Secretaría Parlamentaria se decidiría cuáles serían las comisiones de la Cámara que deberían intervenir. La extensión puede ser de uno, dos, tres, cuatro o cinco días, no más, pero se debería escuchar a las partes en audiencias, en comisiones y en el plenario de las comisiones; luego vendría al recinto (...) Como decía al principio, utilicemos el sentido común: respeten el reglamento al menos convocando*

a un plenario de comisiones posterior al trabajo de la Comisión Bicameral. Creo que así se saldarán todas estas cuestiones”

Ante esta manifestación, la diputada Diana Conti, quien era miembro informante por la mayoría, solicitó una interrupción al diputado Comi, y aclaró el sentido y el verdadero espíritu del proyecto: *“El proyecto en consideración en modo alguno dice lo que ocurre después de que la Comisión dictamine. (...) Desde ya que un trámite de sanción de leyes o de un Código Civil y Comercial no puede obviar la consideración por la Cámara de origen —el Senado— y luego por la revisora. En ningún lugar se dice que lo que dictamine esta Comisión no puede ser girado por el Senado y por Diputados a las comisiones pertinentes”*.

Más adelante, el diputado Cigona, miembro del bloque mayoritario, explicó que la constitucionalidad del procedimiento a seguirse quedaba supeditado a dos alternativas. O bien se giraba el despacho de la Comisión Bicameral a las comisiones permanentes con competencia sobre la materia, o bien se podía tratar el proyecto directamente en el recinto, si es que se adoptaba tratarlo “sobre tablas” (conf. art. 147 del Reglamento de la H. Cámara de Diputados, en adelante “RHCD”). Dijo textualmente el diputado: *“También quiero dejar aclarado lo siguiente: luego del pronunciamiento de la Comisión Bicameral, el proyecto puede pasar directamente a los recintos de cada una de las Cámaras o bien a alguna de las comisiones permanentes de cada una de las Cámaras. Cualquiera de estos dos procedimientos está absolutamente de conformidad con la Constitución Nacional. Les recuerdo que nosotros, por ejemplo, podemos determinar el tratamiento sobre tablas de un proyecto de ley sin dictamen de comisión”*.

En estas condiciones, el proyecto de resolución fue sometido a consideración por la Cámara y luego aprobado.

c) Actuación de la Comisión Bicameral

De esta manera, la Comisión Bicameral quedó integrada por 15 senadores y 15 diputados, y su composición partidaria se calculó de acuerdo a la proporcionalidad de las fuerzas en cada una de las cámaras, como ocurre con las comisiones permanentes.

En particular, integraron la comisión, por el Senado, los senadores Marcelo Fuentes, Miguel Pichetto; Walter Barrionuevo; Aníbal Fernández; Pedro Guastavino; Daniel Filmus; Marcelo Guinle, Nanci Parrilli, Ernesto Sanz, Gerardo Morales, Luis Petcoff Naidenoff, Adolfo Rodríguez Saá, Juan Carlos Romero; Norma Morandini y Samuel Cabanchik.

En representación de la cámara de Diputados integraron la comisión los diputados Agustín Rossi; Diana Conti; Ricardo Gil Lavedra; Luis Cigogna; Alicia Comelli; Julián Domínguez; Graciela Giannettasio; Alfredo Dato; Juan Pais; Eduardo de Pedro, Mario Negri, María Luis Storani, Graciela Camaño, Pablo G. Tonelli y Liliana Parada.

Luego de un intenso trabajo, la Comisión Bicameral dictaminó el 21 de noviembre de 2013. Hubo un dictamen de mayoría y cinco de minoría.

Resulta trascendente señalar que el dictamen de mayoría no fue oportunamente publicado por la cámara de Diputados y, por lo tanto, no pudo ser observado por los diputados que no integraban esa comisión.

Por el contrario, los dictámenes fueron remitidos al H. Senado de la Nación, para su tratamiento en el recinto. En esta instancia, en noviembre de 2013, la diputada Patricia Bullrich presentó ante la H. Cámara de Diputados una observación al dictamen con motivo de su publicación por el Senado (no por Diputados) y el área parlamentaria de la cámara no se la recibió, por no existir publicación del despacho, pues sólo se pueden observar los despachos publicados (art. 113 RHCD).

d) Trámite en el Senado

Luego de un período sin novedades en torno al tema, el proyecto de ley ingresó al Senado con el Orden del Día 892, para su tratamiento en sesión especial del 27 y 28 de noviembre de 2013.

El Senado trató el texto de la Comisión Bicameral (que había publicado previamente), antes del recambio legislativo, y lo aprobó con modificaciones a su texto. Las modificaciones fueron de suma importancia. Particularmente los cambios se vieron en los artículos 2532 y 2560, referidos a la prescripción liberatoria. Naturalmente, estos cambios inesperados introducidos por el Senado desataron fuerte debate en el propio Senado, motivo por el cual el propio miembro informante del oficialismo señaló que votaba a favor, pero esperaba que la cámara revisora introdujera modificaciones, al decir: *“Espero que lo corrija la Cámara de Diputados”*.

Así, resulta pues que el proyecto respecto del cual había dictaminado la Comisión Bicameral fue modificado en el Senado, fue luego aprobado, y por último remitido a la H. Cámara de Diputados.

e) Trámite en la Cámara de Diputados

El día 17 de diciembre de 2013 ingresó a la H. Cámara de Diputados la comunicación del Senado con la media sanción del Código Civil y Comercial

de la Nación. En aquella oportunidad decía: *“Tengo el honor de dirigirme al señor presidente a fin de comunicarle que el Honorable Senado a la fecha ha sancionado el siguiente proyecto de ley”*. Se hizo como correspondía.

No obstante, a partir de ese punto, el proyecto aprobado con modificaciones no fue girado a ninguna de las comisiones asesoras permanentes, tal como lo establece la Constitución y el reglamento de la RHCD en sus arts. 122 y 147.

Ello no podía ser obviado invocando la existencia por el tratamiento previo que se le dio al proyecto en la Comisión Bicameral, por tres motivos independientes y autosuficientes.

En primer lugar, como se dijo más arriba, la intervención de la Comisión Bicameral, al ser aprobada por la resolución del 4 de julio de 2012, no podía tener la virtud de eludir la intervención de las comisiones permanentes. El propósito fue el de crear una instancia más de participación, no el de suprimir instancias de debate. Ello surge de la recta interpretación del art. 2° de la resolución conjunta, de las intervenciones de los diputados Conti y Cigona a las cuales se hizo referencia más arriba, y porque se trataría de una excepción no prevista en el RHCD.

En segundo lugar, la Comisión Bicameral funcionó en el período que va desde julio de 2012 hasta el 21 de noviembre de 2013, de modo que fue integrada por diputados que tenían mandato durante ese período 2011-2013. Ello implica que fue integrada por diputados cuyo mandato venció al momento del tratamiento; y a la vez, que no pudo ser integrada por diputados que se incorporaron a la cámara el 10 de diciembre 2013. Es por esta razón que, desde un punto de vista reglamentario, el dictamen emitido por la Comisión Bicameral caducó en la medida en que se produjo la renovación ordinaria de los miembros de las comisiones (conf. art. 111, parr. 4°, RHCD).

Por último, en tercer lugar, y para la hipótesis de que las anteriores razones no sean acogidas, se debe tener en cuenta que el Senado introdujo importantes cambios en el texto considerado por la Comisión Bicameral. De este modo, es evidente que no existió ninguna comisión permanente de asesoramiento de la H. Cámara de Diputados que haya podido emitir un dictamen previo respecto del específico cuerpo normativo que se llevaba al recinto.

En tales condiciones, entonces, es que el proyecto aprobado por el Senado fue únicamente girado a la comisión de Labor Parlamentaria de la Cámara de Diputados, que tal como surge del art. 59 RHCD, sólo tiene

funciones administrativas y procedimentales, y no tiene competencia para dictaminar desde un punto de vista sustancial en los términos de los arts. 122 y 147 del RHCD.

De esta manera, se produjo una primera nulidad, que vicia de forma absoluta e insanable al posterior trámite legislativo adjetivo, ya que con el trámite dado al proyecto en cuestión se impidió que los diputados puedan participar en comisión en la revisión del texto definitivo aprobado en el Senado.

Tal como surge del reglamento, cuya constitucionalidad no está en juego, la participación en el debate en comisión es indispensable para el tratamiento de cualquier proyecto legislativo, por dos motivos.

El primero, porque el tratamiento en comisión es el único ámbito donde la discusión es *“libre y no regirán las limitaciones de tiempo en el uso de la palabra”* (conf. art. 142 RHCD), donde se produce una discusión plena, las propuestas de modificación y el debate propio del sistema representativo que la Constitución requiere para dar legitimidad democrática al proceso de sanción de las leyes.

En segundo lugar, el debido proceso legislativo requiere, de forma necesaria, este previo trabajo de comisión, ya que es el único modo en que se permite votar en el recinto con un asesoramiento experto en razón de la materia (conf. cap. IX del RHCD). La ausencia de dictamen de comisión hace que el debate en el recinto sea llevado a cabo *“a ciegas”*, de un modo no-razonado, tal como si un juez debiera dictar sentencia sin contar con la asistencia de peritos. La mejor prueba de ello es que, tal como lo han reflejado los medios periodísticos, muchos diputados que aprobaron la ley no sabían en realidad qué es lo que estaban votando.

f) La sesión en Diputados

No obstante, a pesar de no haberse establecido giro a comisión, el 24 de septiembre de 2014 apareció sorpresivamente publicada una Orden del Día n° 829, sin estar acompañada de dictamen alguno, sin fecha de impresión y sin incluir la frase *“término del artículo 113”* y la fecha límite para presentar observaciones a los dictámenes de comisión.

Sin estos tres requisitos, resulta imposible tratar un proyecto en el recinto y resulta imposible establecer con precisión cuándo comienza y cuando vence el plazo de siete días hábiles para efectuar las observaciones que prevé el art. 113 RHCD.

Pues bien, ¿cuál es la interpretación que cabe dar a esa publicación del Orden del Día 829? Sencillamente que no existió como tal, en tanto no reúne los más mínimos requisitos para que sea posible la adecuada participación, debate y eventual votación de los diputados en el recinto.

En tales condiciones, sin que el proyecto cuente con dictamen de las comisiones asesoras permanentes, y sin contar con una publicación válida del Orden del Día, se dio inicio a la sesión especial del día 1 de octubre de 2014.

En esa instancia, dada la grosera violación reglamentaria ocurrida, el diputado Pinedo intentó salvar la legalidad y constitucionalidad de la sesión solicitando se sometiera a votación una moción de orden a fin de que el cuerpo legislativo establezca si se encontraban dadas las condiciones para votar el proyecto “sobre tablas”, es decir, sin el debido despacho de comisión (conf. art. 147 RHCD). Fue secundado en dicha moción por los diputados Negri, Giubergia y Asseff, entre otros.

Al mismo tiempo, el diputado Pinedo solicitó que todas las intervenciones de los diputados planteando irregularidades en el trámite legislativo “pasen a la Comisión de Asuntos Constitucionales, a fin de que sean consideradas como cuestión de privilegio”.

Frente a ello, y ante la insistencia del diputado Negri para que se vote la moción de orden planteada por Pinedo, el presidente de la cámara, diputado Julián Domínguez, se rehusó a someter las cuestiones a votación, afirmando que “es un hecho inexistente el que usted plantea, señor diputado Negri, ya que está el dictamen”.

Con tal afirmación dogmática, en un evidente ejemplo de abuso de autoridad, se dio inicio a la sesión, aclarando el presidente que únicamente “se tendrán en cuenta los antecedentes a que se refieren los dictámenes de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”.

Es decir, se dio comienzo a la sesión sin que exista un dictamen válido respecto del texto aprobado por el Senado, y sin que se haya registrado el voto de las dos terceras partes de la Cámara para habilitar el tratamiento sobre tablas.

En tales condiciones, el proyecto de ley fue sancionado por la cámara, y luego promulgado y publicado en el Boletín Oficial por el Poder Ejecutivo con fecha 8 de octubre de 2014 con el número de ley 26.994. Tal como resulta del texto aprobado, de no mediar declaración judicial en contrario, la ley en cuestión entrará en vigencia el día 1 de enero de 2016.

II. Análisis de la constitucionalidad de la actuación del Congreso en la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Descripto el procedimiento seguido para la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde señalar cada uno de los graves vicios ocurridos durante el trámite de su sanción por parte de la Cámara de Diputados.

a. Violación al Reglamento

Tal como se relató pormenorizadamente en el capítulo relativo a los hechos, el proyecto 57-PE-2012 carecía de dictamen reglamentario al momento de su tratamiento en la Cámara de Diputados, porque:

I) la creación de la Comisión Bicameral jamás implicó soslayar la actividad de las comisiones permanentes de la cámara;

II) el dictamen de la Comisión Bicameral caducó con la renovación de la cámara en el año 2013;

III) no fue publicado el dictamen de la Comisión Bicameral en la Cámara de Diputados imposibilitando el ejercicio del derecho de observación por parte de los diputados (por ningún diputado, aunque en especial por los diputados que asumieron el 10 de diciembre de 2013, que ni siquiera participaron de trámite alguno);

IV) ninguna comisión analizó las modificaciones del Senado al dictamen de la Comisión Bicameral.

En tales condiciones, sin dictamen, para quedar habilitado el asunto para su tratamiento requería el voto favorable de las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión convocada al efecto, pero, no fue así. La mayoría simple decidió tratarlo de todas maneras, negando el presidente aún la posibilidad de actuar de acuerdo a la moción de orden formulada en el recinto por el diputado Federico Pinedo, para que se votara la habilitación del tema. En estas condiciones se trató y aprobó el proyecto, por lo cual su tratamiento devino violatorio de los arts. 59, 111, 113, 122, 142 y 147 del RHCD.

b. La nulidad

Frente a la violación señalada, cabe preguntarse cuál es la consecuencia jurídica que prevé el ordenamiento jurídico.

En estos casos, en donde se viola expresamente una norma reglamentaria que atañe a la esencia del trámite para la sanción de las leyes, la consecuencia no puede ser otra que su nulidad, que habrá de decretarse en sede judicial. En este sentido, resulta de aplicación lo resuelto por la jurisprudencia, en el sentido de que si una cámara del Congreso “ha autorregulado su funcionamiento a través del dictado de un reglamento, una hipotética violación del mismo que lesionara derechos individuales no podría quedar exenta del control del poder judicial” (CNCAF, caso “Pichetto”).

De modo más específico, la más calificada doctrina tiene dicho que las formas y procedimientos empleados para la sanción y puesta en vigencia de las normas legales son “de la mayor importancia” por cuanto expresan “el consentimiento de los diversos órganos” de gobierno; es así que la falta de “cualquiera de esas formas esenciales” hace que la norma “no sea tal o sea nula” (Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, n° 489, 26ª ed., Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1971).

Esta sanción de nulidad, por lo demás, ha sido la que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó al caso de la reforma constitucional de 1994, cuando se comprobó que la aprobación de cierta norma no había seguido el trámite previsto al efecto por el propio Congreso (caso “Fayt”, Fallos, 322:1616). Así, dijo que los jueces estaban llamados a revisar el procedimiento de “forma y sanción” de las leyes y en particular que estaban facultados para “privar de efectos a las realizadas en infracción a los límites impuestos” (caso cit., consid. 6°).

En cuanto al alcance de esta nulidad, se aplica al caso la máxima *quod nullum est nullum product effectum*, esto es, la intervención de los jueces no puede tener otro efecto más que volver “las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado” (conf. arg. art. 1050 CCiv).

Se trata de un principio general del derecho, que se aplica a todo caso en que no está prevista de modo expreso la consecuencia de la nulidad (CNCiv., sala C, LL 155-65), y es de aplicación en el campo del derecho público (CNCAF, sala II, ED 92-243).

Esta conclusión surge no sólo de analizar de forma sistemática el propio RHCD, sino que resulta de analizar cuáles serían las consecuencias que necesariamente se seguirían de adoptar un criterio opuesto.

En efecto, la Corte Suprema tiene reiteradamente resuelto que “el debido criterio para la exégesis de la ley es el que pondera las consecuencias sociales de la decisión y tiende a poner a salvo el espíritu y

los obvios fines a que ella tiende” (Fallos, 313:1232). De esta manera, los tribunales ponen en práctica el “principio de razonabilidad” y hacen valer un criterio de interpretación que complementa al mero análisis literal y atiende principalmente al “resultado valioso o disvalioso que se obtiene a partir de la aplicación de la ley a los casos concretos” (CSJN, caso “Romero SA s/quiebra” del 31/10/2006, voto del Dr. Maqueda y Fallos, 302:1284).

En este plano, pues, si no se adoptara el criterio que aquí se propicia, y se admitiera sin sanción legal alguna lo ocurrido en la sesión del 1 de octubre de 2014, habría que admitir que el presidente de la Cámara de Diputados, por sí o con el asentimiento de un escaso puñado de diputados, puede arrogarse la facultad de suprimir por completo y para siempre la actividad de las comisiones permanentes del Congreso, sin que exista remedio legal alguno.

Y bien, este escenario es, en esencia, el mismo que se ha presentado en la sesión que analizamos, y que priva de todo sentido a los artículos 59 y 147 del reglamento. Porque si el presidente, con la anuencia de una mayoría simple, puede someter a votación un proyecto sin giro a comisión ni dictamen, y no se sigue de esta violación consecuencia jurídica alguna, resulta que el reglamento de la H. Cámara de Diputados no es una norma jurídica sino un simple papel.

Por lo tanto, resulta evidente que la única consecuencia posible es la de la nulidad de todo lo actuado, porque esa es la recta interpretación de la norma y porque lo contrario conduce a un resultado absurdo, disvalioso y que, en definitiva, priva de todo efecto al RHCD.

c. La inconstitucionalidad

Tal como resulta de los hechos reseñados, lo ocurrido en el caso lesiona gravemente los derechos y atribuciones de los diputados, privándolos de la posibilidad de participar de un modo razonable del debate legislativo y del proceso de formación y sanción de las leyes.

Ello vulnera la Constitución Nacional, en primer lugar, en la medida en que la convalidación de la sanción de la ley 26.994 implicaría negar la esencia misma del régimen democrático representativo y republicano que adopta nuestro país (arts. 1, 22, 36, 38, 75 inc. 19 de la Constitución Nacional).

En este plano, en la forma democrático-representativa de gobierno consagrada por las normas citadas, el pueblo, como entidad política, es la fuente originaria de la soberanía. El único modo de ponerla en ejercicio

es la elección de los representantes por el cuerpo electoral sobre la base de la representación libre. De este modo el sufragio es la base de la organización del poder; y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación, para que esas autoridades ejerzan cabalmente la representación (*Fallos*, 168:130 y 315:2192).

El carácter representativo de las autoridades depende, en primer lugar, de que su designación haya tenido o no origen en las elecciones. Aquí, el cuerpo electoral es el órgano primario del Estado que expresa la voluntad soberana de la Nación, derivando de él todos los órganos del Estado. Pero luego, en segundo término, el sistema democrático queda asegurado, en la medida en que los representantes así elegidos puedan llevar a cabo su función en el marco de un procedimiento razonablemente reglamentado. No reglamentar razonablemente ese procedimiento o —lo que es lo mismo para el caso— violar gravemente dichas reglamentaciones, implica tanto como desconocer el sistema de democracia representativa y es tan grave en términos institucionales como negar el sufragio a parte del electorado.

Debe comprenderse que el régimen representativo y los elementos que lo caracterizan hacen posible el logro de una integración recurrente de la comunidad nacional mediante los representantes en el área de acuerdos que constituyen las asambleas legislativas representativas en donde la participación de cada uno de los representantes esté debidamente asegurada (Carl J. Friedrich, “Teoría y realidad de la organización constitucional democrática”, ed. Fondo de Cultura Económica, p. 259).

Paralelamente, en el caso se vulneran también las normas constitucionales que aseguran a la persona que ocupa un cargo legislativo el deber y el derecho de poder emitir libremente en el recinto “*opiniones o discursos*” (art. 68 de la Constitución Nacional) ejerciendo plenamente sus derechos políticos (art. 37 de la Constitución Nacional), y en definitiva, votar en un sentido determinado para aprobar o desechar las iniciativas legislativas (arts. 77 a 84 de la Constitución Nacional).

No es posible calificar a esta cuestión como abstracta, enteramente ajena a los tribunales. La Constitución Nacional ha establecido a favor de los legisladores, individualmente considerados, la plenitud de ejercicio de los derechos políticos (art. 37 de la CN) así como una prerrogativa o derecho subjetivo a expresar en el trámite de sanción de las leyes sus puntos de vista y argumentos.

Cualquier acto que, como la violación grosera y manifiesta de las normas reglamentarias de la cámara de Diputados, implique la exclusión arbitraria o haga imposible la intervención de un legislador en el trámite de una ley, atenta contra su derecho personal y constitucional a emitir opinión y, por tanto, es contrario a la Constitución Nacional y debe ser así declarado por los jueces, sobre todo cuando es fácil colegir que la imposibilidad de participación de un representante del pueblo deja a dicho pueblo sin representación suficiente y constitucional, siendo que el principio de soberanía del pueblo debe prevalecer sobre otros derechos, tal como lo prevé la propia Constitución en su artículo 33.

III. Consideraciones finales

La trascendental importancia social, jurídica y política de una norma como el Código Civil y Comercial de la Nación y las graves irregularidades que han tenido lugar durante el trámite de su aprobación legislativa, reclaman la máxima atención por parte de las autoridades políticas, los jueces, la comunidad académica y los grupos de opinión pública.

El manifiesto quebrantamiento de las normas y principios constitucionales previsto para la sanción de una ley vicia su legitimidad de origen y pone gravemente en duda su validez como norma que integra nuestro sistema jurídico. A ello se añade, en un plano distinto, la falta de un auténtico y profundo debate sobre su contenido.

Sería de desear que los sujetos debidamente legitimados planteen una causa judicial impugnando la constitucionalidad del procedimiento empleado en la sanción de esta norma que es pilar fundamental de nuestra convivencia.

Por último, cabe agregar que en estos días se está tratando un proyecto de ley para modificar la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.994, para que en lugar del 1° de enero de 2016 comience a regir en agosto del año próximo. Es una iniciativa objetable, que demuestra la intención de imponer compulsivamente un Código que ha sido cuestionado por diferentes sectores de la sociedad, no sólo por el procedimiento de sanción, sino también por varias partes de su contenido.

La vigencia apresurada del Código no tiene otra intención que buscar el hecho consumado, pues si entrara a regir el año próximo crearía un grave problema de inseguridad jurídica, al posibilitar que se generen derechos y obligaciones que no podrían ser modificados en el caso de declararse la nulidad de la ley 26.994 o de decidirse su derogación o modificación.

Sobre la base de lo expuesto, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifiesta, una vez más, la imperiosa necesidad de que gobernantes y gobernados ajusten estrictamente sus conductas a las reglas democráticas de un auténtico Estado de Derecho en el cual, el cabal funcionamiento institucional, permite enervar los desvaríos constitucionales.

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014

PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

Las autoridades de nuestra Corporación me han conferido el encargo de presentar en este acto la obra que obtuvo el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que recayó en el libro del Doctor Jorge Alejandro AMAYA, publicado por la editorial Astrea bajo el título “*Control de Constitucionalidad*”, que lleva como subtítulos: *Modelos y Sistemas. Control Judicial. Cuestiones Políticas. Doctrina contra mayoritaria. Inconstitucionalidad de Oficio. Rol de las Cortes Supremas. Reformas Constitucionales y Derechos Políticos*.

El Jurado integrado por los Señores Académicos Doctores Alberto RODRÍGUEZ VARELA, Jorge Reinaldo VANOSI, Roberto Enrique LUQUI, Eduardo A. SAMBRIZZI y el suscripto, decidió por unanimidad, el otorgamiento del premio al citado libro con fundamento en distintas razones entre las que se destacan la trascendencia del tema abordado, la profundidad de su tratamiento, así como la fundamentación del criterio del autor en aquellos puntos que pueden considerarse controvertidos.

Ante todo, interesa destacar, como un hecho auspicioso, la circunstancia de haberse presentado al concurso 10 obras, la mayoría de las cuales, según el dictamen del jurado, son de considerable valor jurídico.

Es para mí una tarea muy grata representar a la Academia en este acto. Un acontecimiento que permite reafirmar el cumplimiento de los fines que persigue nuestro Estatuto en cuanto a *fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales* (art. 2º inc. 2).

(*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión pública del 2 de octubre de 2014, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a la obra “Control de Constitucionalidad” de Jorge Amaya y “Accésit”, a la obra “Principio de Precaución” de Adriana Bestani.

El significado de los premios académicos trasciende lo formal e incluso supera el legítimo orgullo que puede experimentar el autor en la medida que su obra, al pasar por el examen del jurado que discierne el premio, se incorpora a la doctrina con el pleno reconocimiento de nuestra Institución.

Pero ese sello académico, aun con el valor que representa no es todo, ya que, el libro, al ser compartido por la comunidad jurídica, termina independizándose de quien lo escribió y adquiere autonomía, abriéndose camino en medio de concepciones opuestas y afines.

En cualquier caso, más que las coincidencias que provoca una obra como decía ESTRADA importan las reflexiones que suscita y, sobre todo, el grado de originalidad y el sentido de justicia que la anima.

Además del Premio Academia, el Jurado consideró conveniente recomendar, por unanimidad, se otorgue el premio Accésit a la obra "*Principio de Precaución*", escrita por la Dra. Adriana BESTANI.

Como apunta la autora, en todas las áreas jurídicas existe una preocupación acerca de la necesidad de reforzar la función preventiva del derecho, preocupación que se refleja particularmente en el derecho ambiental, ámbito en el que se plantea la tensión que existe entre el desarrollo económico y la protección del medioambiente.

Contrariamente a lo que suele suponerse este principio comenzó a ser reconocido hacia 1970 en Alemania y, a partir de allí, fue adoptado por una serie ininterrumpida de convenios y tratados internacionales.

La Dra. BESTANI aborda dos temas que me han resultado singularmente atractivos. Uno, el de la incertidumbre acerca de la configuración y efecto que ocasiona el daño ambiental, dado que la mayoría de las decisiones que se adoptan en esta materia, por más racionales que fueran, enfrentan dilemas, situaciones financieras y políticas que son de difícil resolución en la realidad. Al respecto, concluye la autora, en la necesidad de que para la adopción de una decisión preventiva que aplique al principio precautorio, hay que "echar mano a la prudencia política que se debe ejercer en el proceso de toma de decisión" (p. 116).

El segundo aspecto que deseo resaltar es el capítulo en el que estudia la relación con la ética, analizando en profundidad las distintas teorías, admitiendo que si hubiera que optar por alguna ella sería la teoría antropocéntrica que basa la problemática en la protección de la persona humana, lo que resulta evidente, al menos para quienes creemos que la naturaleza fue creada para el hombre. Pero eso no implica que se desatiendan otros

puntos de vista dignos de protección ni tampoco la conveniencia de arribar a consensos sociales o comunitarios en el proceso de toma de decisiones.

En definitiva, la Academia ha otorgado el Premio Accésit a una obra seria y profunda, con la que se podrá discrepar en muchos aspectos en los que los juristas no concordamos pero que no puede negarse está edificada con rigor, buen estilo y probidad intelectual.

El autor del libro sobre el control de constitucionalidad, es Profesor Adjunto Regular por concurso en la cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA, a cargo del Doctor Alberto R. DALLA VÍA. Comienza por decirnos, en las palabras liminares que lo preceden, que éste es el resultado de los cursos de posgrado que dictó en distintas facultades de Derecho del país y del exterior, en los que ha tenido a su cargo *“la apasionante temática del control de constitucionalidad”*.

Se trata de una obra bien pensada, que se apoya en una sólida estructura que le permite desarrollar una teoría que cubre los orígenes, fundamentos, variantes y aplicación del control de constitucionalidad, el que, por la decadencia institucional que padece Argentina, cobra un particular interés teórico y práctico.

El hilo del discurso, a la vez clásico y moderno, muestra una articulación sistemática de los principios constitucionales que se nutren en la realidad y aunque sea quizás una inferencia mía, creo que la teoría que desarrolla AMAYA encarna la defensa de los bienes básicos que demanda el conjunto de las personas para alcanzar la armonía social. Algo así, como el razonamiento práctico en el pensamiento de FINNIS, más aristotélico que kantiano, en la medida en que el pensamiento no brota de la pura conciencia sino de la realidad.

Por esa razón, no puedo menos que compartir lo que expresa el Académico DALLA VÍA en el Prólogo, cuando señala que *“escribir una teoría acerca del control de constitucionalidad es una empresa de tal seriedad que solo puede ser encarada por un autor que, además de contar con la formación y cultura adecuadas, tenga la serenidad de reflexión para realizar aportes en un tema complejo y altamente significativo”*.

En los tres primeros capítulos del libro se aborda la problemática de la tensión existente entre democracia y constitución y el papel que desempeña el control de constitucionalidad en los distintos modelos y sistemas del derecho comparado, en particular, los antecedentes históricos y los fundamentos del modelo judicial que rige en los Estados Unidos y en Argentina, con especial referencia al célebre precedente *“Marbury v. Madison”*, de la Suprema Corte norteamericana.

Se pregunta el autor si el sistema argentino (el federal) es un modelo puro en materia de control jurídico de constitucionalidad. La respuesta a la que llega es afirmativa señalando que, al igual que lo que aconteció en EEUU, el nacimiento del control de constitucionalidad obedeció a una creación jurisprudencial, casos “*Sojo*” (1887) y *Elortondo* (1888). En cualquier caso, la respuesta afirmativa encuentra su anclaje en los artículos 116 y 31 de la C.N.

Un lugar central en la obra ocupa el tema de las tensiones particulares del control de constitucionalidad que desenvuelve con un bagaje notable de conocimientos y una muy completa bibliografía sobre la materia, tensiones todas ellas que tienen que ver con la pugna entre democracia y constitución.

Así, desde la tensión política, que muestra actualmente un sendero más abierto al reconocimiento de la judicialidad de muchas cuestiones que antes se consideraban exentas de revisión por parte de los jueces, la tensión judicial, identificada con la llamada doctrina contra mayoritaria, la tensión procesal en la que surge la cuestión de la competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de oficio, la tensión institucional, que conduce a desentrañar el difícil papel que cumplen las Cortes Supremas, hasta la que denomina tensión soberana, cuyo análisis transita en torno del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, son muchos los interrogantes que recoge y formula el autor a los que no deja sin una respuesta fundada a través del análisis de los diversos puntos de vista que exhiben la teoría y la realidad en el campo del control de constitucionalidad.

Aunque resulta una tarea prácticamente imposible que pueda explayarme sobre cada uno de los aspectos que aborda el Dr. AMAYA al tratar las tensiones que provoca el control de constitucionalidad, no puedo resistir la tentación de extractar unos párrafos de sus conclusiones sobre la tensión institucional.

Allí afirma que a partir del arribo moderado en la jurisprudencia de la Corte de la doctrina de la emergencia económica en la década del veinte ésta “*fue creciendo desmesuradamente hasta desbordar los derechos constitucionales de manera permanente y continua, habiéndose instalado en el sistema jurídico de tal modo que resulta difícil concebirla como un elemento temporal y anómalo (tal lo que es) y no como una realidad estable (como lamentablemente parecería ser)*” (p. 239).

Esta situación produjo “*una conducta de la Corte Suprema argentina contraria a sus raíces, adentrándose de una manera natural en una ten-*

dencia institucional de deferencia al Legislativo y, principalmente, al Ejecutivo, en razón del sistema fuertemente presidencialista que domina el espectro constitucional del país” (p. 239).

Lo señalado por el autor es, precisamente, uno de los problemas más acuciantes que el control de constitucionalidad debe enfrentar en Argentina, al producirse una desmesurada concentración del poder, fenómeno al que se adiciona una política confrontativa de carácter permanente, que frustra las posibilidades de reconciliación entre los ciudadanos.

Los capítulos finales del libro prosiguen con similar profundidad. En ellos, desde el estudio del perfil del juez que tiene a su cargo controlar la constitucionalidad de las leyes, sus facultades y límites en el campo de la interpretación, hasta culminar con el esbozo de una teoría unitaria sobre el control de constitucionalidad de los derechos políticos en la democracia constitucional, se revela también la sólida formación doctrinaria del autor y su agudo sentido crítico.

En resumidas cuentas, se trata de un trabajo que plantea, fundamentalmente, el desafío de analizar la protección de los derechos fundamentales de las minorías en los procesos democráticos que se rigen por la regla de la mayoría, la limitación a dicha regla que provoca la realización de esos derechos fundamentales frente a los poderes de turno y el ejercicio por parte del órgano que tiene a su cargo la misión de preservar la supremacía constitucional. Este principio, a pesar de las críticas recibidas, se mantiene incólume en nuestro país y en el modelo estadounidense que lo inspiró y lo supo incorporar a su jurisprudencia constitucional, fuente de la que, no debemos apartarnos, pues constituye algo así como la piedra basal de nuestro Estado de Derecho y una condición para la efectividad de la tutela judicial cuando se ve conculcada la Constitución por parte de las mayorías legislativas.

Defensor del principio de supremacía constitucional en los sistemas democráticos, cuya principal consecuencia, en el plano de la interpretación, radica en el reconocimiento pleno del control judicial de constitucionalidad, el autor no deja de exponer con una destacable objetividad, la crítica que ha hecho la doctrina, sobre el tema. Esta crítica, se renueva constantemente, no solo en Argentina (reflejada, entre otras, en la obra de NINO) sino en los Estados Unidos al punto de sostenerse un control constitucional débil o bien, el llamado constitucionalismo popular (TUSHNET y KRAMER). Estas interpretaciones no tienen cabida en nuestro sistema constitucional, y para que se concreten sería necesario efectuar la reforma de la Constitución solo para imponer las ideas de unos cuantos teóricos que, en el fondo, desconocen el principio de la limitación del poder, como

un bien básico de la ley natural (FINNIS) y, en nuestro país, del derecho positivo constitucional.

Para ello, como lo propicia el autor, se torna necesario “fortalecer las facultades y la independencia del Poder Judicial”, tanto en su papel jurídico de impartir justicia” como en el rol político de poder “contra-mayoritario” o de “garante de las reglas democráticas” (p. 188), según el caso.

Porque si como ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, la democracia se caracteriza por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, “*el modelo de la democracia constitucional*”, tan ligado a valores, precisa contar con una tutela judicial efectiva que garantice, de la manera más amplia posible, las libertades de los ciudadanos.

Resulta claro que, para el autor, partidario de una teoría unitaria del control de los llamados derechos políticos —entre los que cobra especial relieve la libertad de expresión— la función que cumple el legislador en ese ámbito debe siempre interpretarse con criterio restrictivo (“*in dubio pro-libertate*”) o sea, en favor del ejercicio del derecho afectado o en camino de serlo, evitando la tendencia a limitar la libertad en favor de la igualdad, cuando ambos representan valores de la democracia que deben recíprocamente armonizar y protegerse para impedir los desbordes totalitarios o populistas. Este principio ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cuyas decisiones una tendencia les viene atribuyendo carácter vinculante, con algunas limitaciones y discordancias, con fundamento en que traducen el cumplimiento o ejecución de un Tratado Internacional que integra la Constitución (art. 75, inc. 22), sin que alteren sin embargo, artículo alguno de la primera parte, respecto de los cuales deben considerarse complementarios.

Por todo ello, la teoría que desenvuelve el Dr. AMAYA en este excelente trabajo lo lleva a postular que toda restricción al conjunto unitario de los derechos políticos fundamentales, tendría que configurar una categoría sospechosa, susceptible del ejercicio más severo del control de constitucionalidad en cuanto la vigencia de esos derechos representan una condición insoslayable de toda democracia.

En suma, estamos ante un libro escrito con rigor científico, con aportes y reflexiones tan razonables como originales, caracterizadas por una honestidad intelectual y un coraje cívico poco comunes, circunstancias todas que justifican con creces que haya obtenido el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Admirador de TOCQUEVILLE y de CAMUS trae a colación dos frases célebres que enmarcan la filosofía que encierra su obra:

Desde el más clásico pero siempre vigente TOCQUEVILLE, cuando afirmó que *“el mayor peligro de las democracias se encuentra en la omnipotencia de las mayorías”*, hasta una frase del gran escritor francés Albert CAMUS, Premio Nobel de Literatura, cuya inteligencia natural lo llevó al abandono del marxismo y, más tarde, a realizar un estudio completo y profundo sobre el hombre rebelde, desde la rebelión metafísica, la histórica y hasta la rebelión en el arte, podemos coincidir con su pensamiento y reconocer con él que *“cuando el discurso y la confrontación de ideas se apaga, llega la noche de las dictaduras...”*

Como diría CHESTERTON el pesimismo puede convertirse en la antesala del optimismo y si se sigue el ejemplo que nos dejan quienes participaron en este Concurso tenemos que confiar que nos aguarda un futuro promisorio, por más ardua que sea la tarea de reconstruir las instituciones del país y su tejido social. Vayan pues mis felicitaciones al Dr. AMAYA, a la Dra. BESTANI y a todos los que presentaron sus obras en este concurso.

¡Muchas gracias! ♦

ÍNDICE

ANALES 2014

I. INCORPORACIONES

Discurso de recepción por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	3
<i>La democracia directa en las constituciones latinoamericanas: un análisis comparado.</i> Disertación pronunciada por el Académico correspondiente en Perú doctor Francisco Miró Quesada Rada, en oportunidad de su incorporación como Académico correspondiente, en la sesión pública del 5 de junio de 2014	9

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio en el proyecto de reformas.</i> Comunicación del Académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 24 de abril de 2014	23
<i>Significación jurídica de la Ley de Sociedades Comerciales.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 22 de mayo de 2014	47
<i>Algunos aciertos y desaciertos de la reforma constitucional de 1994.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 12 de junio de 2014	55
<i>El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada.</i> Comunicación del Académico doctor Alfonso Santiago, en la sesión privada del 26 de junio de 2014	87
<i>El Digesto Jurídico Argentino.</i> Comunicación del Académico doctor Roberto E. Luqui, en la sesión privada del 10 de julio de 2014	115

<i>El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: algunas consideraciones sobre su organización, competencia y procedimiento.</i> Comunicación del académico doctor Hugo Caminos, en la sesión privada del 24 de julio de 2014.....	135
<i>Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y su proyección en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 14 de agosto de 2014	155
<i>Cuestiones de la prueba por testigos.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 28 de agosto de 2014	187
<i>La protección jurídica de los animales.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 11 de septiembre de 2014	197
<i>La familia en la vida y en el derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Emilio P. Gnecco, en la sesión privada del 25 de septiembre de 2014	223
<i>El vicio de intimidación.</i> Comunicación del Académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 13 de noviembre de 2014	245
<i>Privilegios.</i> Comunicación del Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 27 de noviembre de 2014	267
<i>Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo Código.</i> Comunicación del Académico doctor Rafael M. Manóvil, en la sesión privada del 11 de diciembre de 2014	297

III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	329
Instituto de Derecho Civil	331
Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”	333

Sección de Derecho Penal del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana"	334
Instituto de Derecho Empresarial	335
Sección de Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial.....	339
Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Dere- cho Empresarial.	340
Instituto de Derecho Procesal	341
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	343
Instituto de Derecho Tributario	345

IV. XX REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

<i>Palabras de apertura del Acto.</i> Palabras del Académico Presidente doctor Gregorio Badeni de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la apertura de la XX Reu- nión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Cien- cias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014	349
<i>La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional.</i> Disertación pronunciada por el Académico Jorge R. Vanossi, en la XX Reu- nión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Cien- cias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014	355
<i>El equilibrio del Presupuesto.</i> Disertación pronunciada por el Académico Roberto E. Luqui, en la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014	371
<i>¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?</i> Disertación pro- nunciada por el Académico Mariano Gagliardo, en la XX Reu- nión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Cien-	

cias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014	385
<i>Incertidumbres e inquietudes generadas por el Proyecto de “Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”</i> . Disertación pronunciada por el Académico Félix A. Trigo Represas, en la XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 23 y 24 de octubre de 2014	503

V. HOMENAJES

<i>Doctor Horacio P. Fargosi. Resolución del 3 de enero de 2014</i>	519
<i>Fargosi. Palabras pronunciadas por el Académico doctor Jaime L. Anaya, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Asamblea Anual Ordinaria del 27 de marzo de 2014</i>	521
<i>Palabras de apertura. Palabras del del Académico Presidente doctor Gregorio Badeni en el acto público de homenaje al Académico Horacio P. Fargosi, el 3 de abril de 2014.....</i>	525
<i>Homenaje a la memoria del académico Dr. Horacio P. Fargosi, por el Académico doctor Héctor Alegria.....</i>	527
<i>Horacio Pedro Fargosi a través de su obra jurídica, por el Académico doctor Rafael M. Manóvil</i>	533
<i>Palabras de apertura. Palabras del Académico Presidente Gregorio Badeni</i>	549
<i>Homenaje al Académico José D. Ray, por Juan R. Aguirre Lanari</i>	551
<i>Doctor José D. Ray, por Alberto C. Cappagli</i>	559
<i>Palabras de agradecimiento. Palabras del Académico doctor José D. Ray</i>	565
<i>Doctor Fernando N. Barrancos y Vedia. Resolución del 17 de noviembre de 2014</i>	569

VI. DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

Dictamen sobre el Digesto Jurídico Argentino	573
Declaración sobre la ley 26.936 que aprueba el Digesto Jurídico Argentino	581
Dictamen sobre los proyectos de ley S-0198/14 y S-1171/14 referidos a la extinción de dominio de bienes relacionados con los delitos de narcotráfico	583
Dictamen sobre un proyecto de ley sobre regularización dominial	587
Declaración sobre la proyectada ley de regulación de descarte y destrucción de embriones	593
Dictamen sobre el Anteproyecto de Código Penal	595
Declaración sobre el Anteproyecto de Código Penal	603
Declaración sobre el Código Procesal Penal	605
Dictamen sobre el proceso de sanción del nuevo Código Civil y Comercial	607
<i>Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.</i> Palabras pronunciadas por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión pública del 2 de octubre de 2014, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a la obra “ <i>Control de Constitucionalidad</i> ”, de Jorge A. Amaya y accésit a la obra “ <i>Principio de Precaución</i> ”, de Adriana Bestani.....	621

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2015
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE “LA LEY” S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

