

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LX- NÚMERO 53
2015



THOMSON REUTERS
LA LEY

BUENOS AIRES



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

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
Todos los derechos reservados
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 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 53.

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 antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.

- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 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.- *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.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*

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. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	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

Fecha

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 Berti	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
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015

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

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde, se incorpora a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el doctor Augusto Ferrero Costa como académico correspondiente de nuestra corporación en la República del Perú.

El discurso de recepción del nuevo académico estará a cargo del Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi y a continuación el recipiendario disertará sobre el contenido de su libro “Tratado de Derecho de Sucesiones”.

El nombramiento del doctor Ferrero Costa obedece a la valoración que hicieron los señores académicos sobre sus altos méritos intelectuales y personales, a su trayectoria en la docencia universitaria, a la excelencia y profundidad de sus estudios e investigaciones en el ámbito del derecho, así como también sobre su comportamiento apegado a los principios éticos, con la firmeza propia de quienes se destacan por su avasallante personalidad e inteligencia, y sin claudicar en la defensa de los valores que nutren las tradiciones jurídicas del Perú y la Argentina.

Estimado académico y presidente de la Academia Peruana de Derecho: con la certeza de que sabrá preservar los nobles ideales que inspiran la actividad académica, le doy la más cordial bienvenida, mediante la entrega del diploma que lo acredita como miembro de nuestra corporación. ♦

(*) Palabras del Académico Presidente, en la apertura del acto público de incorporación del académico correspondiente en la República de Perú, doctor Augusto Ferrero Costa, el 23 de abril de 2015.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

Augusto Ferrero Costa, eminente jurista y hombre público de amplísima trayectoria en el quehacer jurídico, como profesional, académico y diplomático peruano, nació en Lima el 3 de noviembre de 1944. Estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde terminó sus estudios en el año 1968.

Muy joven aún, por resolución ministerial del 17 de octubre de 1967, fue nombrado secretario de la Comisión Reformadora de la Constitución Política del Estado.

En febrero de 1969, optó el grado de Bachiller en Derecho con la tesis titulada “Las excepciones en el Derecho Procesal Civil”, mereciendo del Jurado ser aprobado por unanimidad, con felicitación y con recomendación de publicación de la tesis. En el mes de mayo del mismo año, se graduó de abogado, acordando el Jurado aprobarlo por unanimidad, con felicitación y exonerándolo de la sustentación del expediente penal. Ambos grados fueron obtenidos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la primera en ser establecida por el Reino de España en Sudamérica.

En el mes de agosto del mismo año, fue becado por dicha casa de estudios para realizar un postgrado en la Universidad de Roma —“*La Sapienza*”—, donde se especializó en Derecho Procesal Civil y Derecho Tributario, cursos en los cuales fue alumno de los célebres profesores Salvatore Satta y Gian Antonio Michelli, respectivamente.

En marzo de 1974, obtuvo el grado de doctor en Derecho con la tesis titulada “La prescripción extintiva” en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, mereciendo del jurado ser aprobado por unanimidad, con felicitación y con recomendación de publicación de la tesis.

(*) Discurso de recepción del académico correspondiente en la República de Perú doctor Augusto Ferrero Costa, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 23 de abril de 2015.

En 1986 obtuvo el primer premio en el Concurso Jurídico convocado por la Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, con motivo de la sanción del nuevo Código Civil, con el trabajo “El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil peruano”, que mereció su publicación por dicha entidad.

De 1987 a 1990 fue decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, cargo para el cual fue elegido nuevamente por el período 1993-1996; y de 1999 a 2004 fue vicerrector de dicha universidad.

Su pasión por la música lo llevó a que, durante los años 1993 a 1995, se desempeñara como presidente de “Prolírica”, institución encargada de organizar anualmente las temporadas de ópera en el Perú, y llevó a cabo con ella el mega concierto de Luciano Pavarotti en el Jockey Club, con la Orquesta Sinfónica de Cracovia, con una asistencia de más de 20.000 personas.

Ejerció también funciones diplomáticas.

En 1995 fue nombrado embajador en Misión Especial para visitar Venezuela y los países de Centroamérica con el objeto de exponer la posición peruana en relación al conflicto con el Ecuador.

Por resolución ministerial del 25 de octubre de 1996, fue nombrado miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, encargo para el cual fue confirmado el 2 de diciembre de 2002.

En noviembre de 1996 fue nombrado representante del Ministerio de Educación en la Comisión Nacional encargada de organizar los actos conmemorativos del Primer Centenario del nacimiento de Raúl Porras Barrenechea, creada por ley.

En mayo del 2004 fue nombrado presidente del Grupo de Trabajo encargado de analizar el mensaje de la letra del Himno Nacional, misión para la cual fue ratificado ulteriormente.

Ha recibido la condecoración de *Cavalliere Ufficiale* de la República Italiana.

Es presidente de la Academia Peruana de Derecho, profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor emérito de la Universidad de Lima, miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, profesor honorario de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, de la Universidad Nacional de

San Luis Gonzaga de Ica, de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, de la Universidad Particular de Chiclayo y de la Universidad Particular de los Andes de Huancayo.

Es bien conocido en nuestro país. Por resoluciones rectorales del 2007 y 2014, la Universidad de Buenos Aires (UBA) lo nombró miembro del jurado examinador del concurso de cátedra de oposición para el nombramiento de los profesores titulares regulares en la cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones. El profesor Ferrero Costa posee la sabiduría que emana de su conocimiento profundo del pensamiento de los grandes inspiradores de la codificación en América, como Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas con su “Esbozo”, y del gran Dalmacio Vélez Sarsfield.

Es autor del libro “Derecho Procesal Civil. Excepciones”, del cual han salido a la luz tres ediciones (1972, 1974 y 1980), con prólogos de los juristas Mario Alzamora Valdez, Luis Loreto Hernández y Santiago Sentís Melendo, respectivamente; y de “Derecho Civil. Sucesiones”, del cual se han publicado ocho ediciones (1983, 1985, 1987, 1993, 1994, 2002, 2012 y 2013, de novecientas páginas), habiendo sido prologados por los juristas Rómulo E. Lanatta Guilhem, Guillermo Borda, Carlos Fernández Sessarego, Diego Espín Cánovas, Luis Díez Picazo y Ponce de León y Pietro Rescigno, profesor emérito de la benemérita Università di Roma “*La Sapienza*”. La última ha sido presentada en la “*Accademia dei Lincei*”, una de las más antiguas de Europa; y en esa oportunidad el académico Pietro Rescigno destacó que la obra de Ferrero Costa “*logra abarcar todo el panorama de la ciencia sucesoral, la vocación de su vida, desde su razón de ser, su ubicación y su división en el Código y su relación con todo el Derecho, hasta el tratamiento exhaustivo de cada una de sus instituciones, que saludo efusivamente*”.

Igualmente, ha publicado tres ediciones del “Manual de Derecho de Sucesiones”, y es autor de más de cien artículos en el diario *El Comercio*, de cuyo Consejo Consultivo forma parte.

Asimismo, es autor de “La Música, contexto y pretexto en la Historia”, publicación hecha por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, texto que en versión italiana ha sido presentado en el Teatro de la Ópera de Roma en edición elaborada por éste, por el Ministero per i Beni e le Attività Culturale di Italia, la Universidad Roma Tre y Casa America de Genova. Además, es autor de “La presencia de Garibaldi en el Perú”, en español e italiano, que da a conocer que el gran héroe ausónico se nacionalizó peruano y que fue en el Perú donde nació su adhesión a la unidad de Italia bajo el liderazgo de la monarquía de Saboya, que fue presentado en la Cámara de Diputados de la República Italiana, en edición del Ministero per i Beni e le Attività Culturale di Italia, la Universidad Roma Tre y la

Universidad de Lima, con el logo de las celebraciones del Sesquicentenario de la Unidad de Italia otorgado por el Comité de Garantes presidido por Giuliano Amato, ex premier.

Hace poco tiempo, Ferrero Costa presentó en el *Salone Ercole del Palazzo Farnese*, Ambasciata di Francia in Italia, su colección de documentos de cien años de historia de Francia, referidos a Napoleón Bonaparte, toda su familia, sus esposas, sus ministros, los gobernantes que lo sucedieron, los generales que lo derrotaron en Waterloo y otros más.

En otro orden de actividades profesionales, podemos destacar que el profesor Ferrero Costa cuenta con una copiosa “hoja de vida”, pues ha sido director de Assicurazioni Generali (Sucursal del Perú) y es director de Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y de Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros, así como del Grupo Pana S.A.

Es presidente del Consejo de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, entidad que sustancia más del 80% de los arbitrajes en el Perú.

Por resolución suprema fue nombrado embajador del Perú ante la República Italiana, cargo que ejerció hasta el 31 de diciembre del 2010.

En el plano profesional, ejerce la abogacía como socio en el Estudio Ferrero Abogados, fundado por su padre, doctor Raúl Ferrero Rebagliati, en 1937.

En el orden familiar, está casado con María Amalia Palacios Sosa y tiene cuatro hijos: Valeria, Gabriela, Augusto y Lorenzo.

Señoras y señores:

Estamos seguros de que nuestra Academia se enriquecerá con la incorporación del doctor Augusto Ferrero Costa a su membresía como académico correspondiente en la hermana República del Perú. Deseamos al recipiendario los mayores éxitos en su destacada trayectoria pública, académica y profesional, pues a su sabiduría une las condiciones de una conducta intachable y de una perseverante laboriosidad en todos los ámbitos de su actuación. ¡Bienvenido sea a nuestra corporación! ♦

TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES

POR AUGUSTO FERRERO COSTA (*)

Excelentísimo señor Gregorio Badeni, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires;

excelentísimo señor Jorge Vanossi, vicepresidente de esta Academia;

excelentísimo señor Fernando De la Rúa, ex presidente de la República;

excelentísimo señor José Luis Pérez Sánchez Cerro, embajador del Perú en la Argentina;

señores autoridades;

señores académicos;

y distinguida concurrencia.

La primera vez que visitamos Buenos Aires fue en 1962. Era nuestra época de nadadores y vinimos a competir en el Campeonato Nacional argentino en la piscina del YMCA. Tuvimos la suerte de ganar y batir los récords nacionales peruanos en 100 y 200 metros estilo espalda y pudimos compartir el podio con Luis Alberto Nicolao, recordista mundial de esta nación hermana nuestra, en el estilo mariposa. Entonces, nos preparábamos ambos para la Olimpiada de Tokio, donde competimos en 1964. Alterné las competencias deportivas con el conocimiento del Teatro Colón donde, siguiendo mi pasión por la música culta, escuché la famosa interpretación de Robert Shaw de la “Misa en Si Menor”, de Bach.

Graduado con honores de bachiller, abogado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por los méritos que ha desta-

(*) Disertación del académico correspondiente en la República de Perú, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público del 23 de abril de 2015.

cado el vicepresidente Vanossi en su generosa presentación, que agradezco profundamente. En dicha universidad, que reclama ser la más antigua de América y de la cual soy ahora profesor emérito, pasé a enseñar el curso de Derecho de Sucesiones. Compartí dicha cátedra con el dictado del mismo tema en la Universidad de Lima, de la cual soy también profesor emérito y en la que me desempeñé como decano de la Facultad de Derecho por seis años; y vicerrector por cinco años. En ese período, organizamos varios congresos internacionales, que nos permitieron compartir conocimientos con grandes juristas de este medio, como Santiago Sentís Melendo, quien me honró con el prólogo de mi libro “Las excepciones del Derecho Procesal Civil”. También con Guillermo Borda —padre de mi amigo Guillermo aquí presente—, Fernando De la Rúa —cuya asistencia engalana este acto y nos enorgullece—. Sentimientos que se añan a la preparación procesal que tuvimos ambos con Salvatore Satta en la Universidad de Roma *La Sapienza*, con una alternancia de ocho años, honrándose él en traducir al español la última edición del “Derecho Procesal Civil” de nuestro gran maestro italiano, Eduardo Zannoni, Atilio Alterini y Roberto López Cabana, desaparecidos prematuramente. Héctor Goyena Copello —cuya presencia agradecemos—, Luis Moisset de Espanés, Aída Kemelmajer de Carlucci, Julio César Rivera, Graciela Medina y Marcos Córdoba, profesor de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad de Buenos Aires, designación de la que nos sentimos protagonistas. Pues dicha prestigiosa universidad nos designó hace ocho años junto con otros juristas de Europa y América como jurado que sustentó su nombramiento. Su presencia en este acto, con su esposa Inés, realiza este acontecer.

En nuestro Derecho, la figura de Napoleón Bonaparte tiene una relevancia especial por haber promulgado el Código reconocido con su nombre, el 21 de mayo de 1804, y por haber intervenido directamente en determinados temas de la discusión del ordenamiento legal que comentamos en nuestra obra. Esa fecha histórica fue la misma en la que se ejecutó al duque de Enghien. En “Memorias de ultratumba”, Chateaubriand escribió que por más grande que fuera su odio contra Bonaparte, no llegaba hasta el punto de hacerlo creer en la posibilidad de una fechoría semejante, ocurrida simultáneamente con la promulgación del Código Civil, o Código napoleónico, para enseñarnos a respetar las leyes. Como señaló Fouché, la decisión “fue peor que un crimen: fue una equivocación”. En una visita que hicimos el año pasado a esta Academia, tuvimos el gusto de dejar como obsequio nuestro libro “Napoleón y el Perú”, que reúne documentos auténticos de nuestra propiedad de dicho emperador, sus padres, hermanos, familia política, ministros, militares que lo derrotaron, gobernantes que lo sucedieron y de Lord Cochrane, el escocés que planeó con San Martín coronar a Napoleón como rey de nuestro país, que presentamos el año pasado en italiano en el

Salone Ercole del Palazzo Farnese en Roma, después de una investigación realizada con el Museo Napoleónico de Roma durante mi estancia en dicha ciudad como embajador del Perú.

En América, la Argentina nos dio un gran coloso del Derecho, que emprendió durante cuatro años de ininterrumpida labor la titánica tarea de redactar el Código Civil argentino con las notas correspondientes a 4085 artículos con referencias bibliográficas y de otros Códigos que contienen el origen legislativo, doctrinal e histórico. El mejor homenaje a tan preclaro jurista se encuentra en la ley que aprobó hace casi un siglo y medio dicho ordenamiento, cuyo artículo 1º estableció: “El Código Civil, redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, se observará como ley en la República Argentina desde el primero de enero de mil ochocientos setenta y uno”. Además, la ley lleva la firma del insigne pedagogo y escritor Domingo Faustino Sarmiento, como presidente de la República, rindiendo homenaje al padre de Aurelia, hija preferida de Dalmacio, además de ser su secretaria, como han relatado varios autores, con quien mantuvo una afectuosa relación durante veinticinco años. Sarmiento, como biógrafo e íntimo amigo de Vélez, nos narra que Juan Manuel de Rosas —al que vemos con gusto configurado en los billetes de veinte pesos argentinos— vivía más preocupado por el poder espiritual de la Iglesia que por el poder temporal de los monarcas. En el poder quería nombrar un obispo que el Nuncio trababa. Ante el notorio conocimiento jurídico de Vélez, el gobernante quiso conocer su opinión, invitándolo una noche a conversar a Palermo. Vélez concurrió sorprendido y perplejo, dada su posición contraria a la dictadura. Dice Sarmiento que Rosas lo recibió de pie, con su habitual poncho colorado y sombrero de paja de grandes alas, iniciando un monólogo de una hora, que interrumpía sólo de vez en cuando con el estribillo: “porque la Divina Providencia que visiblemente me protege...” Al consultarle el caso, Vélez le explicó que el procedimiento ideado era errado, con lo cual Rosas le rogó que le hiciese una nota para dirigírsela al Nuncio. Vélez se negó y le ofreció, en cambio, escribir un tratado que expusiera los principios de Derecho canónico americano, con lo que terminó la entrevista. Así surgió el libro “Derecho Público Eclesiástico”, el cual ratificaba que las consecuencias de la emancipación alcanzaron no sólo al Estado sino también a la Iglesia. Lo narrado ocurrió en 1850, y la defensa que hizo Vélez le permitió servir al país, sin asumir compromiso político alguno. A su muerte, en 1875, el presidente Avellaneda, en su discurso fúnebre, resaltó que esta obra, convertida en manual de los gobernantes, permitió la relación armónica existente entre la Iglesia y el Estado.

Curiosamente, adquirimos el facón de Juan Manuel de Rosas, hermoso cuchillo para parrillada con empuñadura de plata con la inscripción de

las iniciales de sus nombres, su apellido, y el año: “J. M. Rosas, 1818”. La importancia y singularidad del facón nos llevó a pensar que podría ser objeto de una magnífica oportunidad de sensibilizar a la Argentina obsequiándolo. Así, siendo invitados a una cena en casa del Ministro de Educación, entregamos al presidente de la República Alberto Fujimori la pieza en una hermosa caja, para que se la diera al presidente argentino con el objeto de que fuera exhibida en un museo, como homenaje de nuestro país. Extrañamente, hasta hoy no conocemos si se efectuó o no la entrega, sólo el tiempo nos lo dirá. Esta anécdota y la reproducción de la imagen del facón aparecen en la última edición de nuestra obra.

En un hermoso libro, “El autógrafo americano,” editado en 1874, hemos encontrado una importante cita de Vélez Sarsfield sobre el Perú, que nos permitimos transcribir: “El Perú, tan rico en minerales como en producciones agrícolas, ha dado en todo tiempo hombres muy distinguidos en las ciencias, en los parlamentos, y en la guerra. Si los que hoy dirigen los destinos de esa República concluyen el ferrocarril hasta Oroya, sin ejemplo hasta el día, las riquezas de ese país serán mil veces mayores que las que hoy el mundo admira. Creemos que la juventud peruana se mostrará digna de sus antepasados, y entonces el Perú será la más poderosa y la más grande de la antigua América española”. Este texto, escrito un año antes de su muerte, es un gran reconocimiento al Perú de parte del insigne jurista argentino, revelando cómo nos proyectaban entonces los americanos en el continente como la gran reserva minera en el mundo.

Cuando se resolvió dar en el Perú un nuevo Código Civil, intervinimos en el debate concerniente a las modificaciones propuestas y publicamos nuestra primera edición del libro sobre el tema sucesorio. Con la promulgación del nuevo ordenamiento hace 31 años, escribimos la segunda edición. Al convocarse un concurso sobre la nueva legislación por la prestigiosa Fundación Bustamante, presentamos al mismo nuestra tercera edición, obteniendo el premio ganador con prólogo de Rómulo Lanatta, autor del Proyecto de Sucesiones del Código. La cuarta edición fue prologada por el eminente jurista Guillermo Borda, cuya amistad me llenó de orgullo; y la quinta, por Carlos Fernández Sessarego, presidente de la Comisión que elaboró el nuevo Código, miembro honorario de esta ilustre Academia. La sexta obtuvo el prólogo de Diego Espín Cánovas y la séptima fue presentada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, por su presidente Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien fue su prologuista. La octava edición, actualmente en prensa, fue expuesta hace un año en la *Accademia dei Lincei* en Roma, en su sede el *Palazzo della Farnesina*, por su prologuista Pietro Rescigno, en compañía de sus colaboradores Andrea Fedele y Marco Ieva. Trata de las grandes transformaciones de los últimos

diez años, que en el Perú han dado lugar a la discusión del matrimonio homosexual, la unión civil y la unión solidaria que permiten relaciones no convencionales, y que son tratadas exhaustivamente en el texto, siendo nosotros de opinión que en ningún caso se debe permitir la adopción por estas uniones para no intervenir en el destino de terceras personas.

En el planteamiento tratamos lo previsto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina, que sustituye al parangón latinoamericano —el Código Vélez Sarsfield— y que regirá en esta nación, precursora del Derecho y del arte en América. La parte sucesoria le fue encomendada a Marcos Córdoba, aunque el autor guarda reservas sobre modificaciones que se le hicieron y respecto a la oportunidad de la vigencia del nuevo cuerpo legal.

Agradecemos vivamente la iniciativa del presidente Gregorio Badeni de incorporarnos a su corporación, expresándole al distinguido público que la Academia Peruana de Derecho ha aprobado integrarlo juntamente con el vicepresidente Jorge Vanossi a su institución, acto al cual quedo a disposición de ellos como presidente, para llevarlo a cabo en la oportunidad y donde decidan, para tener el honor de imponerles la medalla y entregarles los diplomas correspondientes. ♦

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales se complace en incorporar a su nuevo miembro de número, el doctor Siro De Martini.

Fue nombrado por sus pares en la sesión privada del 26 de junio de 2014. Sucede al Académico doctor Horacio Fargosi en el sitial cuyo patrono es Carlos Calvo.

La presentación del doctor Siro De Martini estará a cargo del Académico doctor Alberto Rodríguez Varela, y a continuación el recipiendario disertará sobre *“Fundamentos filosóficos del principio de legalidad”*.

La incorporación de un nuevo miembro a las academias nacionales constituye una importante distinción y un reconocimiento a la trayectoria científica y ética. Es la asunción de un cargo en el ámbito más elevado de la excelencia intelectual y de una carga ineludible que acarrea el deber de fomentar aquella para que el desenvolvimiento académico contribuya eficazmente a incrementar la cultura de la comunidad.

Académico Siro De Martini, le doy la más cordial bienvenida poniendo en sus manos el diploma y la medalla que dan testimonio de su incorporación, con la certeza de que sabrá preservar los nobles ideales de quienes nos precedieron en esta Corporación. ♦

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico titular Siro M. A. De Martini, el 28 de mayo de 2015.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

Esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en la sesión ordinaria del 25 de junio de 2014, resolvió elegir como Miembro de Número al doctor Siro De Martini, para el sillón que lleva el nombre ilustre de Carlos Calvo.

El nuevo Académico viene de un largo e intenso trajinar intelectual. Nació en Buenos Aires el 8 de mayo de 1950, cursó sus estudios primarios y secundarios en establecimientos diversos, en función de los destinos que la Armada Argentina asignaba a su padre, el Capitán de Navío Siro De Martini, figura consular de esa fuerza naval, célebre por su coraje y probidad.

En 1974, el doctor De Martini se graduó como abogado en la Universidad de Buenos Aires. Algunos años después, recibió el título de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Cursó, asimismo, posgrados en Bioética Clínica Integral en la Universidad CAECE, y de Recursos Humanos en IDEA. Además, completó su formación universitaria participando de diversos cursos de capacitación. Menciono, entre otros, los seminarios organizados en 1975 y 1976 que versaron sobre el “Tratado de la Justicia en Santo Tomás de Aquino”, y sobre el pensamiento jurídico de Hans Kelsen. Participó, asimismo, del Seminario sobre Planeamiento de Prisiones, organizado por Carter Goble Associates Inc., en 1993.

El doctor De Martini se desempeña desde 2004 como Director del Suplemento de Política Criminal del diario El Derecho. Ha sido Miembro del Consejo Superior de la Pontificia Universidad Católica Argentina entre 2009 y 2012. En la misma casa fue integrante de la Comisión de Designaciones Docentes y del Consejo Asesor del Centro de Investigación Jurídica Aplicada. Es, asimismo, miembro del Comité de Ética de Schoenstatt, y miembro

(*) Discurso de recepción del Académico doctor Siro M. A. De Martini, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 28 de mayo de 2015.

titular de la Academia del Plata, fundada en 1879 por José Manuel Estrada, Pedro Goyena y Emilio Lamarca —entre otros—.

Nuestro académico se desempeñó en el Poder Judicial de la Nación como Prosecretario Electoral, Secretario del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, Titular de las Fiscalías n° 1 y 4, Fiscal ante la Cámara Nacional Electoral y Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal.

Ha cumplido una amplia labor docente. En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, se desempeñó como docente auxiliar y Profesor Adjunto de Introducción al Derecho, y Jefe de Trabajos Prácticos y Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho. En la misma casa de estudios, tuvo a su cargo el Seminario de Filosofía del Derecho en la carrera de Doctorado.

En la Pontificia Universidad Católica, a partir de 1983, fue Profesor Adjunto a cargo de las cátedras de Derecho Penal I y Derecho Penal II. En 1989 fue designado Profesor Protitular de Derecho Penal I y de Filosofía del Derecho.

En la actualidad, revista en la UCA como Profesor Titular Ordinario, con dedicación especial, en dos cátedras: Filosofía del Derecho y Bio-Derecho.

Ha tenido, asimismo, activa participación en congresos y reuniones científicas. A título de ejemplo, mencionaré algunos para no extenderme demasiado en esta presentación:

En las primeras Jornadas Nacionales de Derecho Natural, celebradas en San Luis en 2001, disertó sobre el carácter medicinal de la pena; en el Segundo Congreso de Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Bioética, reunido en Mar del Plata en 2006, tuvo a su cargo la Sección Filosofía del Derecho; en el V Congreso organizado en Mar del Plata por la misma entidad, disertó sobre los fines de la pena; en el Congreso Nacional de Filosofía del Derecho, Política y Bioética, convocado en 2011 por la Universidad del Nordeste, que tuvo lugar en la ciudad de Resistencia, expuso sobre la denominada Ideología de “Género”, y en el IV Congreso Iberoamericano de Filosofía del Derecho, celebrado en 2012, en la ciudad de San Miguel de Tucumán, disertó sobre “La muerte y la dignidad humana”.

Sería fatigoso reseñar los numerosos artículos, libros, cursos, conferencias y demás contribuciones intelectuales del nuevo académico.

Sobre los primeros sólo mencionaré algunos trabajos publicados en diversas revistas jurídicas y filosóficas. En ellos se ha referido a temas que conciernen sobre todo al Derecho Penal, la Criminología, la Filosofía del Derecho, la Antropología filosófica, la Bioética y el Bio-Derecho. Muy

sintéticamente diré que ha escrito sobre los fundamentos de la ley penal en Francisco Carrara y Tomás de Aquino; el principio *nullum crimen sine lege*; la tenencia ilegal de armas de guerra; la ira y la emoción violenta; la ética de la abogacía; el crimen del aborto; el Derecho Penal realista; la desprotección de la vida humana en el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derecho Humanos; la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, los límites del Derecho; y varios estudios referidos a la eutanasia.

Interrumpo aquí la mención genérica de temas abordados por el doctor De Martini en sus artículos para referirme a algunos libros de los que es autor o coautor.

Mencionaré en primer término el volumen titulado *En defensa del Derecho Penal*, cuya compilación estuvo a su cargo y en el que escribió el sugestivo capítulo inicial titulado “La Impunidad en Argentina (entre linchamiento, derecho penal del enemigo y derecho penal realista)”.

En esta obra, el autor considera que “los hombres tenemos una necesidad vital de justicia” y que “es posible refrenar el deseo de venganza si existe la esperanza de que la comunidad, a través de sus jueces, haga justicia”. A su juicio, cuando esta esperanza se pierde, cuando la realidad indica que no recibiremos respuestas justicieras, cualesquiera sean los motivos: corrupción, ideología, ineficacia policial y judicial, ausencia de medios y recursos, etc., surgirán para muchos sólo dos opciones: “la amarga resignación o la locura de la justicia por mano propia”.

“Un país —agrega De Martini— puede soportar malos gobernantes, puede sufrir legisladores inútiles o corruptos, pero lo que a la larga nunca podrá soportar son jueces que le nieguen justicia”. Añade que “es cierto y grave el hecho de que la actividad delictiva y la falta de seguridad parecen crecer sin freno. Pero mucho más grave aún es la percepción comunitaria de que día a día crece la impunidad”.

Al precisar el sentido de su afirmación, señala que quien se apresta a cometer un delito sabe que actuará en tierra de nadie, que la policía difícilmente se hará presente y que, si aparece, quizás esté desarmada o tenga orden de no reprimir, o miedo de hacerlo. Luego, quien comete un delito —por más grave que sea— sabe que tiene muy buenas posibilidades de no ser descubierto nunca. Y que si es descubierto, sus chances de no ser detenido son inmensas.

No obstante la severidad de sus conclusiones, aclara que sus críticas no son extensivas “a los jueces y fiscales que luchan día a día por la aplicación

de la ley y la primacía del sentido común”. Obviamente, las garantías constitucionales y legales inherentes a todo debido proceso no son objetadas en modo alguno por el doctor De Martini. Sus críticas están dirigidas sólo contra una difundida ideología pseudogarantista protectora de la delincuencia y prescindente del estado de indefensión en que se encuentra la sociedad. Ese enfoque, desde su preocupante perspectiva, sirve de sustento a la impunidad hoy prevaleciente.

El otro extremo de esa ideología es, para nuestro académico, el denominado “derecho penal del enemigo”, aplicable a individuos pertenecientes a determinados sectores a los que se margina de la sociedad y a quienes se les cercenan o disminuyen sus derechos y garantías procesales y constitucionales. “Esta incoherencia, este pragmatismo desesperado, esta renuncia a los principios —concluye el doctor De Martini— muestra la incapacidad de la mencionada ideología para dar una solución congruente a los problemas que plantea la delincuencia en cualquier parte del mundo”.

Voy ahora a referirme a la contribución del doctor De Martini a la obra dirigida por el doctor Héctor Hernández titulada *Fines de la pena, abolicionismo, impunidad*. El sentido y orientación de su aporte está claramente delineado en su parte final, cuando sostiene que “existe un orden en el universo y, como parte de éste, un orden que preside nuestras acciones y al cual deben éstas ajustarse. La existencia, validez y vigencia de este orden no depende de la aprobación de los hombres”. “El crimen —agrega— es una violación del orden que provoca una segura reacción social. La impunidad produce perturbación y males sociales y, en casos extremos por su gravedad y extensión, la posibilidad de la disolución de la comunidad”.

Por último, advierte que, con la condena, “comienza otra etapa vinculada con una justicia más profunda, una justicia misericordiosa, donde el dar a cada uno lo suyo adquiere el significado de ayudar al reo a recuperar la dignidad perdida”.

“Esta etapa —concluye De Martini— poco tiene de jurídica. Aunque ordenada por la ley, aunque supervisada por jueces, su cabal cumplimiento trasciende lo jurídico”.

Nuestro académico es también autor de un libro editado por el Movimiento de Schoenstatt, titulado *La vida triunfará*, en cuyas páginas encontramos valiosas reflexiones sobre la denominada “cultura de la muerte”. Subraya especialmente la hipocresía de un mundo que proclama como sagradas a las vidas de criminales o inmorales —y también de animales o plantas— pero que a la vez somete a la tortura y a la muerte a millones

de niños. Y, en segundo lugar, que esta matanza constituye un verdadero genocidio practicado por los Estados nacionales que han legalizado el aborto y la fecundación artificial”. Agrega que mientras en las dos grandes guerras mundiales murieron aproximadamente 80 millones de personas (con todo el horror de los campos de concentración y de las bombas atómicas), las cifras de los niños inmolados en el mundo por el aborto provocado son cuantitativamente mucho más elevadas. Baste recordar que, en el Congreso Mundial de la Familia celebrado en Madrid en junio de 2012, se precisó que como consecuencia de la creciente vigencia de la tristemente célebre doctrina sustentada en el fallo “Roe c. Wade”, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, murieron en el mundo más de mil millones de niños por nacer.

En cuanto a la fecundación artificial, considera el doctor De Martini que no hay cifras confiables. Obviamente muchos son los interesados en ocultarlas. Pero hay un dato claro de la dimensión que alcanza una tragedia que ha sido definida como una verdadera hecatombe prenatal. Sobre el punto, señala que Inglaterra llevó desde 1991 a 2006 estadísticas veraces. De ellas surge que el éxito de la técnica es inferior al 5%. Es decir —informa el autor citando las fuentes— que por cada 100 personas concebidas por este método, 95 mueren. Las cifras son elocuentes por no decir escalofriantes, porque en Inglaterra fueron concebidos en ese período de quince años 2.302.627 niños mediante fecundación artificial. Llegaron al nacimiento sólo 98.200, es decir, el 4,26%. Resultaron abortados de uno u otro modo el 43,06% y murieron en el proceso de congelamiento y descongelamiento el 51,08%.

La elocuencia de las cifras que muestra en su libro el doctor De Martini, me exime de formular cualquier comentario adicional. Sólo expresaré que la cultura de la muerte avanza en el mundo a paso redoblado.

En otro volumen titulado *El embrión, una persona en la primera etapa de la vida*, perteneciente a la misma colección de bioética, nuestro académico se expide sobre algunos aspectos fundamentales de la fecundación artificial. La tesis que sostiene se funda en que no hay distinción real sino de razón entre “ser humano” y “persona”. Es decir, no hay ser humano que no sea, a la vez y necesariamente, una persona. Porque la palabra “persona” no hace referencia a un ser distinto del ser humano (salvo cuando se habla de las “personas divinas” o del Estado o de una sociedad anónima como “persona jurídica”), sino al mismo ser humano en cuanto se enfatizan algunas de sus características”. Añade seguidamente que entre esas características figuran “la racionalidad, la libertad, la espiritualidad y la apertura a la trascendencia”. Bien entendida —agrega— que “esta caracterización no pretende sugerir que un ser humano que no pueda ejercer su racionalidad

o su libertad en razón de encontrarse, por ejemplo, inconsciente, o sufrir una grave incapacidad, o porque aún no ha nacido o está en sus primeros meses de vida fuera del útero materno, no sea una persona. Se trata siempre de una sustancia individual de naturaleza racional que, por alguna de las causas mencionadas, no puede hacer uso, por ejemplo, de su razón (como cualquiera de nosotros mientras dormimos)”.

Con base en tales fundamentos, afirma con énfasis que “todos los seres humanos son personas humanas y todas las personas humanas son seres humanos”. Agrega que “resulta algo penoso, desde un punto de vista intelectual, tener que afirmar estas verdades tan obvias”. “Sin embargo —concluye— vivimos en una época que se ha valido de la existencia de la palabra “persona” para poder violar derechos del ser humano.

La tesis de De Martini se ajusta rigurosamente al texto del art. 1° inc. 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresamente declara que “persona es todo ser humano”. Ello al margen de la equivocada interpretación de esta norma y del concepto de “persona”, sustentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de expedirse en el caso “Artavia Murillo”.

Quiero finalizar esta breve reseña de algunos escritos del doctor De Martini refiriéndome a su última obra, titulada *Misericordia y Justicia*. Es un libro impresionante por su erudición y profundidad. El punto de partida de tamaña investigación es un texto de la Suma Teológica en el que Tomás de Aquino expresa que *la misericordia es cierta plenitud de la justicia*. Sobre esta base, en capítulos densos que mueven a la reflexión, explica cómo fueron concebidas la misericordia y la justicia en los tiempos precristianos, en el Antiguo Testamento y en los Evangelios.

Aborda, también, el arduo tema del perdón. Advierte, al respecto, que “por tratarse de un don, el perdón es siempre inmerecido. No existe un derecho a ser perdonado. El perdón nunca corresponde en justicia. Aunque realiza, de otro modo y en exceso, la igualdad de la justicia, el perdón no es acto de justicia, sino de misericordia”.

Señala que “aunque el ofensor esté profundamente arrepentido, el dolor de su arrepentimiento no genera ningún derecho. Puede implorar, puede rogar, puede —y debe— esperar. Pero no puede exigir. Porque el perdón no es algo “suyo” en sentido jurídico. Y, sin embargo, es suyo en cuanto a su necesidad. El ofendido no se lo debe del modo en que se debe una deuda jurídica, pero quien ha sido perdonado —concluye De Martini— sabe hasta qué punto debe a su vez perdonar”.

Estas reflexiones son, en cierto modo, la introducción al planteo de un interrogante que tiene actualidad en el mundo, incluso entre nosotros, y que se expresa con la siguiente pregunta: *¿existen ofensas imperdonables?*

La respuesta a esta pregunta es compleja pero posible. En primer lugar —puntualiza el doctor De Martini—, preguntarse si hay algún crimen imperdonable es, en rigor, preguntarse si hay algún ser humano que no pueda ser redimido. La respuesta negativa se impone, al menos desde la perspectiva cristiana. Volcando este enfoque en el plano político-jurídico, toma en cuenta que el indulto es un perdón que puede otorgar el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades constitucionales propias. En cuanto a las amnistías, son decisiones que puede adoptar el Congreso y, aunque generalmente obedecen a una razón superior de interés general, “tienen a veces el sentido de un perdón en el proceso de reconciliación después de revueltas civiles”.

Finaliza el tratamiento de este tema delicado señalando que en el plano jurídico-político no se plantea, como en el plano personal, una exigencia moral de perdonar, sino la necesidad y conveniencia del perdón a la luz del bien común político. De allí que la introducción de la categoría de lo “imperdonable” en ese orden origina serios problemas precisamente para la consecución del bien común.

Señoras y señores: he procurado presentar ante Vds., en breves palabras, el perfil intelectual del doctor Siro De Martini, destacando, en forma más que sucinta, algunos aspectos que me parecieron especialmente relevantes. Empero, he omitido lo que tal vez constituye la faceta más importante en su vida. Me refiero a su condición de cabeza de una familia numerosa. Casado con la señora Verónica Barrenechea Cullen, son padres de ocho hijos y abuelos de nueve nietos. También a ellos les corresponden los méritos que conforman la base de sustentación de la incorporación académica que hoy celebramos.

Doctor Siro De Martini: en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, doy a Vd. la más cordial bienvenida. ♦

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

POR SIRO M. A. DE MARTINI (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho, señores académicos, señoras y señores:

Quiero comenzar agradeciendo al Académico Rodríguez Varela sus cálidas palabras, propias de un alma generosa.

Agradezco ahora a los señores académicos que, en un acto que aún me deja perplejo, han confiado en mí, y pasando por alto la pobreza de mis capacidades y antecedentes me han conferido el honor tan grande como inmerecido de ser miembro de esta Academia.

Agradezco a mi maravillosa y tan amada mujer, Verónica Barrenechea Cullen, a mis hijos —propios y políticos—, a mis padres, hermanos, amigos, porque de todos ellos he aprendido las cosas que importan en esta vida.

Deseo, por fin, poner mi futuro desempeño como integrante de esta Corporación bajo el amparo de la Santísima Virgen María, para poder así trabajar siempre para la mayor gloria de su Hijo.

Es tradición de esta Academia que el discurso de incorporación sea precedido por unas palabras relativas al jurista cuyo nombre lleva el sitial que ocupará el nuevo miembro, y otras en memoria de su predecesor.

Comenzaré entonces diciendo que nació Carlos Calvo en Montevideo el 12 de febrero de 1822, es decir, cuando aquella ciudad era todavía parte de nuestra patria. Murió en París el 2 de mayo de 1906 y sus restos descansan en la Recoleta.

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 28 de mayo de 2015.

Brevemente, con la injusta poquedad a la que me fuerzan las circunstancias, diré que Calvo fue un notable jurista, diplomático e historiador. Durante cincuenta años representó a nuestra patria ante los más importantes países europeos. Su voluminosa obra, escrita ora en español ora en francés, fue sumamente apreciada en su tiempo y sigue siendo materia de estudio en diversas partes del mundo.

Pero lo que le ha dado un destacado y merecido lugar en la historia y la práctica del derecho internacional es la doctrina que aparece en la primera y más importante de sus obras (Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América) y que por ello lleva su nombre, o sea, la conocida como doctrina Calvo y que, al ser expresada en leyes y contratos recibió el nombre de cláusula Calvo.

Cuando Carlos Calvo escribió y publicó en 1868 aquella primera de sus obras, tenía a la vista una realidad: la intervención por la fuerza de Estados europeos en los asuntos internos de Estados americanos relativamente débiles. Y menciono esta nota de debilidad porque el mismo Calvo lo hace, dejando, por ello, fuera del ámbito de su preocupación americana a los Estados Unidos. Cita expresamente, y trata, los casos de las intervenciones francesa y anglofrancesa en el Río de la Plata y de la intervención de Francia, Inglaterra y España en Méjico. En su reflexión respecto de ellas, escribe: "Considerando imparcial y profundamente esta intervención en los estados americanos, y teniendo en cuenta sus resultados y los motivos que las han servido de base, no puede menos que llegarse a conocer que la única razón en que se fundan es la distinta significación política de los pueblos americanos y los Estados europeos, y los recuerdos por parte de estos últimos de la época en que el gran continente americano era una colonia de Europa." (1)

Calvo desenmascara así lo que ha sido y es una constante en la relación entre naciones poderosas y naciones débiles, es decir, la utilización de excusas diplomáticas para justificar agresiones armadas. En aquella época y hasta comienzos del siglo XX, a través de la llamada "protección diplomática", los Estados que consideraban lesionados los derechos de sus ciudadanos establecidos en otro país, asumían una suerte de representación de estos y formulaban el correspondiente reclamo. Reclamo que comenzaba por vía diplomática para pasar de inmediato a la intervención armada. A través de ésta los "representantes-agresores" obtenían importantes indemnizaciones u otras ventajas de cualquier tipo. En definitiva, las que el Estado reclamante considerara deseables y posibles de obtener. De más está decir que en esta

(1) CALVO, Carlos, Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América, Ed. AMYOT, París, 1868, p. 186, parág. 90.

supuesta representación poco y nada entraban en consideración los reales intereses del supuesto representado. (2)

Frente a estas injusticias internacionales fue que Carlos Calvo formuló el principio de que los extranjeros que se establecen en el país tienen el mismo derecho a la protección que los nacionales, pero no deben pretender una mayor protección. Esta doctrina de Calvo tuvo una importante acogida en documentos y convenios internacionales hasta el punto, según hemos dicho, que se la conoce por su nombre.

El mundo ha cambiado. Los derechos de los ciudadanos extranjeros han sido reemplazados por los intereses de empresas multinacionales, las cañoneras que supuestamente los protegían por presiones financieras. Pero el principio de la doctrina Calvo, principio que se sustenta en la igualdad soberana de todas las naciones y en la consiguiente necesidad de que el derecho defienda a los países débiles frente a las agresiones de los más fuertes, se mantiene como una exigencia del bien común internacional.

No es, por ello, un aspecto menor del honor de esta designación de la que he sido objeto, el que me haya tocado ocupar el sillón que lleva por nombre el de este gran jurista, que ha fundado la médula de su pensamiento en el principio de que el derecho debe siempre proteger a los débiles de los atropellos de los poderosos.

He de referirme ahora a quien sucedo en este sillón, es decir, a Horacio Pedro Fargosi. Nacido en Buenos Aires el 31 de octubre de 1926, falleció el 2 de enero del año pasado a los 87 años de edad.

Fargosi fue un maestro del Derecho Comercial y, como tal, fue profesor titular de dicha materia en la Universidad de Buenos Aires —la que le concedió el grado de profesor Emérito—, en la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Universidad del Salvador y en la Universidad Argentina de la Empresa.

Fue presidente de Aerolíneas Argentinas y de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Fue un hombre conocido y reconocido en el ámbito público y en el ámbito empresarial. Y con ser todo ello mucho, no he dicho aún casi nada de Horacio Fargosi.

Porque hay que decir que toda la legislación comercial argentina de los últimos 50 años lleva su impronta. En efecto, Fargosi participó, entre otras,

(2) Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Jorge Aja ESPIL: “De la doctrina y de la cláusula Carlos Calvo”, en *Anales de la Academia*, etc., n. 23, p. 65.

en la redacción de las leyes sobre “Régimen jurídico del cheque” y de la “Letra de cambio y pagaré”; en reformas al Código de Comercio y, quizás sobre todo —si se considera su singular importancia— en la Ley de Sociedades Comerciales (y su posterior reforma) y en la ley de Concursos y Quiebras.

Y aún así, he dicho poco. Porque Horacio Fargosi fue ante todo un gran jurista.

Tanto por formación como por su intensa actividad profesional en el mundo de los negocios, Fargosi tuvo oportunidad, como pocos, de reflexionar en torno a las relaciones del Derecho con la Economía. Por ello es que quisiera resaltar un aspecto particular de su pensamiento, y éste es su insistencia en caracterizar al hombre de Derecho como quien debe aplicar modelos éticos y de justicia, frente al economista descripto como aquel cuya obligación básica es la de describir y analizar cómo opera el mundo con prescindencia de cualquier escala de valores. De allí su conclusión de que el orden jurídico no debe ser tributario de la economía.

No sé si he exagerado en la interpretación de su pensamiento, pero he creído oír en estas ideas un eco de la famosa teoría de Platón en cuanto que la política —y, por tanto, las leyes— deben estar siempre por encima del quehacer económico.

Y también su vaticinio: la sociedad política perecerá cuando sea gobernada por la economía. (3)

Rendidos estos merecidos homenajes, trataré entonces la cuestión anunciada.

1. Los años, la reflexión y, quizás sobre todo, la misericordia de Dios no han hecho más que profundizar en mí una convicción. Convicción que supo ser durante siglos verdad evidente para juristas, filósofos y gente del común pero que el tiempo, con sus ideologías, ha transformado en un pensamiento incomprensible y, quizás, impronunciabile.

Esta convicción es que el Derecho existe para el hombre y el hombre existe para Dios. Y toda vez que se ha alterado este orden o se ha suprimido alguno de sus términos, la sociedad de los hombres ha sucumbido en la injusticia y el caos.

Mi propósito hoy es reflexionar acerca del principio de legalidad y sus fundamentos filosóficos. Lo haré dentro del marco de esta descripción de la realidad.

(3) República, 415 a-c.

Es común en nuestros días y, en rigor, desde bastante tiempo atrás, circunscribir el principio de legalidad al Derecho Público y, dentro de él, al Derecho Penal. Pero aunque el principio sea más evidente en el Derecho Público que en el Privado y en el Derecho Penal que en otras ramas del Derecho Público, lo cierto es que se trata de un principio que recorre todo el orden jurídico.

Es verdad que histórica y vitalmente el principio de legalidad ha sido referido principalmente al Derecho Penal porque, en este caso, la comprensible preocupación que lo anima ha sido y es la de poner límites a los gobernantes incluidos, y quizás en primer lugar, los jueces. Por otra parte, el principio, en materia penal, ha quedado fuertemente establecido en la fórmula del art. 18 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Pero no obstante esta posición privilegiada que el principio de legalidad tiene en cuestiones penales, considero que limitarlo al Derecho Penal, o aún al Derecho Público, implica reducir el alto valor que tiene la ley dentro del orden jurídico a una de sus funciones —la de protección de los particulares frente a las arbitrariedades de los gobernantes— en desmedro de otras de tanta importancia como la construcción del bien común político.

En lo que sigue entonces, reflexionaremos sobre los fundamentos filosóficos del principio de legalidad, teniendo en cuenta que este comprende la afirmación de la primacía de la ley en el ordenamiento de la sociedad hacia su fin, el bien común político; en la regulación de la vida social, en tanto modelo por antonomasia de la conducta justa; y en la resolución de los conflictos que entre los miembros de la sociedad pudieran suscitarse; incluyendo, en un lugar de privilegio por sus especiales características, la violación del orden jurídico a través de esas injusticias juridizadas que llamamos delitos. No dejaremos tampoco de atender al hecho de que la ley, la ley constitutiva de la sociedad política, le imprime a ésta su carácter, el modo peculiar, único e irrepetible en que esa comunidad ha de realizar su bien común político, esto es, su destino en este mundo. Alberdi, refiriéndose a la invocación de la protección de Dios en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, “como fuente de toda razón y justicia”, escribe que el hecho de que la Constitución sea dada en nombre de Dios, legislador supremo de las naciones, debe ser entendido en un profundo sentido político. Porque Dios da a cada pueblo su Constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre. (4)

(4) En Organización de la Confederación Argentina, t. I, Ed. El Ateneo, Madrid, 1913, p. 83.

2. Ahora, hablar de primacía de la ley supone anteponerla a algún otro modo de cumplir las funciones que acabamos de enunciar. Es decir, ¿podría no ser la ley quien tuviera este rol decisivo en la sociedad? De hecho, sí. Ninguna sociedad puede prescindir absolutamente de las leyes pero muchas sociedades, y casi todas ellas en algún momento de su historia, se han gobernado obedeciendo el arbitrio de unos pocos o al margen de su propio orden jurídico. Entonces el ordenamiento de la sociedad queda librado a la voluntad de los gobernantes, la regulación de la vida social es dejada en manos de los más poderosos, y la resolución de los conflictos termina dependiendo de la ideología de los jueces. Gobierno de la ley o gobierno de la voluntad sin límites de los hombres. Principio de legalidad o principio de exaltación de la voluntad humana como única medida de los actos sociales.

En rigor, es esta más una descripción de la realidad histórica que una opción que las sociedades se hayan planteado. Porque la entronización de la arbitrariedad, del despotismo, de la sinrazón en sus múltiples formas, sólo aparece como una opción deseable para quienes detentan el poder. No para quienes lo padecen.

Sin embargo, la historia es testigo de la complicidad o, al menos, de la indiferencia apática de los pueblos frente a múltiples violaciones del principio de supremacía de la ley, violaciones que inevitablemente concluyen en el desprecio por la ley y la instalación de la arbitrariedad. Nuestra Argentina actual y reciente es muestrario suficiente de muchas de ellas. Valga como ejemplo la violación del principio de legalidad penal para poder alcanzar el objetivo de juzgar a los militares acusados de delitos cometidos en la década del 70. Esta violación de la Constitución Nacional fue cometida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ha sido severa y rigurosamente criticada por esta Corporación en sus dictámenes del 7 de diciembre del 2004 y del 25 de agosto del 2005. También se refirió a ella Gregorio Badeni, en la disertación que pronunciara en ocasión de incorporarse a esta Academia, con estas palabras concluyentes: “La doctrina recientemente adoptada por la Corte Suprema de Justicia, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, coadyuva a pervertir el orden constitucional mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Interpretación que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la Ley Fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una actitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del estado de Derecho”. (5)

(5) Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, n 43, p. 39.

A aquellos fallos de la Corte que dejaron de lado la letra, el espíritu, la doctrina y la jurisprudencia constitucional en punto al principio de legalidad penal, le siguieron (y le siguen en la actualidad) sucesivas violaciones de los derechos humanos cometidas por los jueces en los respectivos procesos penales. No puede llamarnos la atención, ya que la ideología que, en estos casos, está detrás del atropello al principio de legalidad en materia penal es la misma que implícitamente justifica el apartamiento de los derechos humanos en las cuestiones procesales. Me refiero a la doctrina penal llamada “Derecho Penal del enemigo” la cual, en apretada síntesis, sostiene que aquellos seres humanos considerados por el Estado como “enemigos” no tienen los mismos derechos humanos o, al menos, no los tienen en la misma amplitud, que los delincuentes comunes. (6)

Es indudable que parte de nuestra sociedad vio en aquellos fallos de la Corte la posibilidad de satisfacer un deseo de justicia. Pero el orden jurídico no ha sido diseñado para “hacer justicia” así, a secas, sino para hacerla a través del respeto riguroso de las garantías constitucionales y de las normas jurídicas aplicables a cada caso. En otras palabras, en un Estado de Derecho no hay justicia fuera de la ley. La consecuencia inevitable de aquellos fallos inconstitucionales y de estas múltiples situaciones de permanente inequidad ha sido la introducción en nuestro orden jurídico de una doctrina peligrosa y marcadamente injusta. Fuente potencial de variadas injusticias concretas. En efecto, ¿quién será considerado mañana el “enemigo”? ¿A quién se privará de sus derechos?

Pero donde quizás sea más evidente esa complicidad social con la violación de la ley es en los repetidos casos de gobernantes que han querido perpetuarse en el poder. Ya desde antiguo se ha planteado si acaso no es el mejor de los gobiernos el de un hombre sabio, caso en el cual no debería haber ley que lo limite ya que él mismo sería su propia ley, y el autor de las leyes que regirían a sus súbditos. Nadie como Platón desarrolló tan brillantemente los fundamentos de este gobierno por encima de todas las leyes, nadie como Platón sufrió tan dolorosamente el fracaso de su doctrina. Y el de La República era un rey filósofo. El pudor me impide analizar los casos argentinos. Pero la objeción es siempre la misma: la debilidad humana. Ningún hombre es tan virtuoso como para estar por encima de las leyes, ninguno es tan buen gobernante como para que no sea prudente reemplazarlo. Platón mismo concluyó su vida escribiendo “Las leyes” en la que elabora una completa legislación a la cual todos los hombres deben estar sujetos y no deben modificar.

(6) Cfr. JAKOBS, Gunther: “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: CANCIO MELIÁ - GÓMEZ - JARA DIEZ (eds.), Derecho Penal de Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

3. Recuerdo que el sofista Trasímaco sostenía que los gobernantes hacen las leyes en su propio provecho y como la justicia (tal como era doctrina aceptada entre los griegos) estriba en cumplir las leyes, la justicia consistía en última instancia en el provecho de los gobernantes. (7) Sospecho que partiendo de este silogismo, Trasímaco hubiera sido partidario del principio de legalidad.

Porque lo que hemos dicho hasta ahora —al menos implícitamente— es que los hombres (gobernantes y gobernados) debemos hacer lo que las leyes nos ordenan o podemos hacer lo que nos permiten, y no debemos hacer lo que ellas nos prohíben (y si lo hacemos, debemos sufrir las consecuencias que las leyes prevén). En definitiva, que son las leyes quienes gobiernan. Y tiendo a pensar que nos ha parecido muy razonable. Pero esta razonabilidad parece basarse en un presupuesto: que las leyes sean justas. Y quizás en otro que le está muy cercano: que las leyes sean las mismas para todos. Al menos para todos los que estén en una misma situación. Pero las leyes las hacemos los hombres, y los hombres muchas veces somos injustos. Pero, en todo caso, ¿qué es la justicia?, ¿cuándo una ley es justa? ¿Hay algún criterio, alguna norma objetiva de justicia? En nuestros tiempos, ¿basta seguir los mecanismos previstos para la sanción de las leyes por una Constitución o ley suprema para que la ley sancionada sea justa? Indudablemente, no. No basta con que la ley sea expresión de la voluntad de la mayoría, la ley debe ser, además y sobre todo, conforme a las normas de la Constitución Nacional. Pero, ¿quién determina la constitucionalidad de una ley? En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia. Pero los integrantes de la Corte Suprema pueden estar al servicio de un Poder Ejecutivo tiránico o estar guiados por alguna ideología. ¿Acaso puede razonablemente inferirse de nuestra Constitución Nacional que existe un derecho a matar a una persona inocente? ¿Y no es esto lo que ha dicho la Corte en el caso “F. A. L.”? Y así podríamos seguir. Pero este rápido recorrido de preguntas sin respuesta no busca simplemente sembrar dudas. En realidad, tendría que servir para hacernos reflexionar que la supremacía de la ley o principio de legalidad, para ser tal, es decir, para ser un verdadero e insoslayable principio de justicia, para ser una parte fundamental del basamento de una república, tiene que tener un fundamento más profundo, un fundamento que vaya más allá de la voluble voluntad de los hombres.

En otras palabras, que el valor o validez del principio de legalidad guarda una relación directa con el concepto de ley. En un extremo —que es el de Trasímaco— si la ley es un concepto vacío de contenido propio, cuyas prescripciones dependen de la voluntad de los hombres, es decir, si la ley está

(7) En PLATÓN: República, 338 c.

sujeta al relativismo de los deseos e intereses de los que mandan, el principio de legalidad podría terminar significando el reinado de la injusticia.

4. Toda búsqueda intelectual debe comenzar por Grecia. Porque fue allí, en sus múltiples polis, donde el pensamiento humano descubrió territorios que los hombres luego no hemos hecho sino explorar. Uno de los más extraordinarios descubrimientos que debemos a los griegos es el de haber intuido —y luego desarrollado— que la totalidad de lo existente es un cosmos y no un caos. Es decir, que el universo es un todo ordenado y bello (porque ambas cosas, orden y belleza, quiere decir la palabra cosmos) y, por ser un orden, tiene un principio y normas que lo regulan. (8) Hemos dicho “la totalidad de lo existente” para remarcar el hecho de que para el pensamiento griego el hombre y la sociedad forman parte de ese cosmos en el doble sentido de que lo integran y de que están sujetos a su íntima y misteriosa legalidad.

En la Teogonía de Hesíodo se cuenta lo que ha de haber sido patrimonio religioso y cultural griego por muchos siglos: de la unión de Zeus, padre de los dioses y Themis, diosa del buen consejo, nacieron Dike (la Justicia), Eunomía (literalmente “buena ley” o ley recta), y Eirene (que se traduce como paz). (9) Es decir, la justicia y la ley que la expresa, como la paz que es su deseado fin, son diosas. Y la obediencia o desobediencia a lo que estas diosas expresan, redundará en bienes o males para los hombres. (10) Por supuesto, no es este aspecto divino el que más nos interesa —ya que es claro que nosotros sabemos que no son diosas e ignoramos el grado de fe que en su divinidad tuvieron los griegos a lo largo de los siglos—, pero lo que sí parece importante considerar es que los griegos tuvieron desde un principio la convicción de que la justicia —a la que tuvieron como valor supremo de la sociedad y del universo todo— y la ley, en cuanto expresión de esta justicia y del orden profundo del universo, son bienes que los hombres hemos recibido. Que no dependen de nuestro arbitrio, sino que debemos buscar en las profundidades del ser y luego expresar en nuestro lenguaje jurídico y político. Como ha escrito en nuestros días Pedro Coviello, “hay una realidad que el hombre aprehende con su razón y que se le aparece como algo que debe obedecer”. (11)

(8) Véase JAEGER, Werner: “Paideia: los ideales de la cultura griega”. Fondo de Cultura Económica, México, 1968, en particular cap. IX “El pensamiento filosófico y el descubrimiento del cosmos”.

(9) Teogonía, 902.

(10) HESÍODO: “Los trabajos y los días”, 66/82.

(11) En “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo Argentino”, DA-2003/2004, ns. 267-268, p. 97.

Esta profunda convicción del orden divino del universo (12) y, en particular, del carácter de dones de los más altos valores sociales, permanecerá a lo largo del tiempo y será la tierra fértil de la que brotarán las más valiosas ideas vinculadas con nuestro tema.

En primer lugar, lo que en términos griegos diríamos la necesaria vinculación del *nomos* con el *logos*. (13) Es decir, la vinculación de la norma y de las normas humanas con la profunda racionalidad que preside y ordena el universo. De ahí se derivará la afirmación de la racionalidad de la ley humana, de la ley como expresión y producto de la razón. Pero de una razón que hunde sus raíces en el ser de las cosas y se manifiesta luego en la ley como razón desapasionada, al decir de Aristóteles (14), capaz, por eso mismo, de regular la vida social conforme a las exigencias de la naturaleza humana y al fin de la comunidad política. “La ley es un descubrimiento de la realidad” escribirá un discípulo de Platón en el *Minos*. (15)

Esta idea tendrá, a su vez, importantes consecuencias. Por ejemplo, la afirmación de Heráclito en cuanto a la existencia de una ley divina de la cual se alimentan todas las leyes humanas (16), o que impone límites que los gobernantes no pueden traspasar impunemente (como en la *Antígona* de Sófocles); otra consecuencia será la convicción en punto a la autoridad y supremacía de la ley humana: las leyes bien establecidas son las que deben ejercer la soberanía, escribirá Aristóteles en su *Política* (17); *Nomos Basileus*, la ley es el rey, dirá Píndaro en frase de gran fama. (18) De lo que se seguirán las necesarias y lógicas limitaciones a la libertad de los jueces. Decía Aristóteles que mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces. (19)

En segundo lugar, otra idea que brota de esta altísima consideración de la ley es la convicción, mostrada en los hechos, de que se necesitan verdaderos sabios para dictar las leyes constitutivas de una polis. Así ocurrió con

(12) JAEGER, Werner: “Alabanza de la ley”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982, p. 22.

(13) WOLF, Erik, *El origen de la ontología jurídica en el pensamiento griego*, t. I, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1965, p. 98.

(14) *Política*, 1286 a, 5.

(15) *Minos*, 317 d.

(16) *Frag.* 114.

(17) 1282b.

(18) *Frag.* 169.

(19) *Retórica*, 1354 a.

Solón en Atenas, con Licurgo en Esparta o con Minos en Creta. En rigor, toda polis creía tener un legislador —real o mítico— a quien debía las bondades y sabiduría de su legislación. De su legislación más profunda, debe entenderse; de aquella que le dio su carácter propio y distintivo. Y es que la concepción de Eunomía, la ley recta que se descubre en la observación racional y meditada de la vida social y de la naturaleza social del hombre, requiere de hombres excepcionales para legislar. Solón, quien fue poeta y gran filósofo, además de extraordinario legislador, dedicó un poema a Eunomía. Como escribe Jaeger, Solón quiso “restablecer una plena armonía entre la ley escrita y lo que a su razón se le presentaba como el orden natural y lógico de las cosas, que él llamó eunomía. (20)

Al mismo Solón le debemos el haber sintetizado en una frase la clave de la sabiduría que debe presidir la actuación de legisladores y jueces y, quizás de todo ser humano: “Pero lo más difícil es llegar a la percepción inteligente de la invisible medida, al hecho de que todas las cosas llevan consigo límites”. (21)

Límites. Límites intrínsecos, propios de las cosas, no límites impuestos por el hombre. Límites, entonces, que el hombre debe descubrir y respetar. Las ciencias tienen sus límites como el Derecho tiene los suyos. Como los hombres los tenemos en todos los ámbitos de la vida. Y aquí deberíamos detenernos por un instante a meditar. Porque muchas veces pensamos que aquello que de hecho podemos hacer —porque no está expresamente prohibido— es por ello mismo lícito. Pero cuando se fabrican niños en estado embrionario para seleccionar a aquel que puede ser utilizado para intentar curar a un hermano, es decir, lo que en la doctrina bioética se llama un “bebe medicamento”, ¿no se ha sobrepasado un límite? Cuando se sanciona una ley cuyo presupuesto es que no hay ninguna diferencia esencial entre la unión de varón y mujer y la unión de dos homosexuales, ¿no se ha sobrepasado un límite, no se ha violentado la naturaleza de las cosas? Así lo ha considerado esta Academia, en su dictamen del 28 de junio de 2010 por el que consideró inconstitucional la ley que incorporó las uniones homosexuales al régimen matrimonial.

Consecuencia necesaria de esta idea de que se requieren sabios para sancionar las leyes constitutivas de una polis es la convicción de que estas leyes fundamentales o, al menos, sus principios, no deben cambiarse. En Minos, obra que ya hemos citado, se dice que las verdaderas leyes no se cambian, y el hecho de que algunas leyes hayan durado siglos habla en favor de su

(20) JAEGER, W., “Alabanza...” cit., p. 25.

(21) Frag. 16.

bondad. (22) ¡Qué mejor demostración de este aserto puede encontrarse que la regla de San Benito de Nursia, conjunto de normas con las cuales los monjes de la congregación por este fundada, se vienen rigiendo —sin haber modificado sus principios esenciales— desde hace 2.500 años!

En tercer lugar hay que destacar, porque está ínsito en la idea de Dike como una clave para hacer patente las leyes ocultas de la sociedad humana, el descubrimiento popular de una de las manifestaciones más auténticas de la justicia y que, según creo, es la primera aparición histórica de lo que nosotros llamamos —de modo acotado— principio de legalidad. No descubierto por vía intelectual, como venimos diciendo, sino revolucionaria.

El pueblo griego o, con mayor precisión, las diversas polis en que se dividía lo que llamamos Grecia, se regía desde los tiempos más antiguos por costumbres, por tradiciones y, por supuesto, por la voluntad buena o mala, sabia o tiránica de sus gobernantes. Gobernantes que pertenecían invariablemente a lo que podríamos denominar la nobleza. En los siglos VII y VI a.C. las polis griegas se vieron sacudidas por enfrentamientos sociales entre los ciudadanos libres y los nobles. La revolución se hizo bajo el lema de Dike. Dike, la Justicia, la diosa cuyo ultraje desataba la furia de su padre Zeus fue el slogan, la bandera de quienes querían vivir en una sociedad más justa. Y Dike significó entonces la exigencia de leyes escritas. Porque intuían con acierto aquellos hombres que la existencia de leyes escritas es el primer e imprescindible paso hacia una sociedad justa. En efecto, sólo cuando las leyes —por estar escritas— pueden ser conocidas por todos es que se puede dar el paso siguiente en el sentido de lo que los griegos concibieron como la justicia concreta: el reclamo de isonomía, es decir, igualdad ante la ley. Y, en ello, no en la participación en el gobierno, sino en la igualdad ante la ley, vieron aquellos hombres la verdadera y quizás única garantía de justicia, la clave de un orden justo. (23)

Como sabemos, algo parecido ocurrió en Roma con la ley de las Doce Tablas, expuesta al público en el foro, de modo tal que todos los romanos supieran exactamente a qué atenerse en las cuestiones que allí aparecían reguladas.

Toda esta majestuosa concepción de la ley; este descubrimiento racional de un cosmos del cual forman parte las cosas humanas, de un orden dado entonces a la sociedad de los hombres para que estos alcancen su felicidad y su fin; ésta íntima legalidad, principio de toda armonía, que los más sabios deben descubrir en la realidad social y expresar en leyes escritas, fundan-

(22) 317 b.

(23) JAEGER, W.: "Alabanza..." cit., p. 22.

tes de comunidades permanentes; este descubrimiento de la isonomía, la igualdad ante las leyes de la polis, como garantía de la justicia concreta; todas estas manifestaciones, en suma, de la raíz y fundamento del principio de legalidad, fueron parte central de la cultura griega y de la educación que generaciones de hombres recibieron a través de los siglos. Porque les resultó claro desde siempre que la virtud ciudadana en cuanto a lo que llamamos “principio de legalidad” requiere, no sólo un conocimiento de las leyes sino, sobre todo, una suerte de “encarnación” en el alma humana de la ley como principio ordenador de la vida comunitaria y de la propia vida. De algún modo, la idea que subyace es que el hombre debe apropiarse de la ley, hacerla suya, ser él mismo una participación de la ley.

La palabra griega *dikaiosyne*, que terminará siendo traducida como *virtud de la justicia*, tuvo en su origen el significado de designar aquella cualidad por la que un hombre cumple con todo lo debido, por la que hace —en todos los casos— lo que corresponde. De algún modo, se trataba de una virtud humana total. Y bien, la *dikaiosyne* fue entendida como el cumplimiento de la ley. (24) Y hemos de entender, ante todo, de aquellas leyes o de aquellos principios explicitados por las leyes que conformaban la base y el sentido de la vida comunitaria. De allí la altísima idea —que dará nombre a la famosa obra de Montesquieu— de ser educado en el espíritu de las leyes.

El respeto y obediencia de la ley así entendido no es otra cosa que el respeto, y aún la vivencia, del orden divino del universo. Para decirlo en términos schellerianos, a través de esta legalidad, el hombre ocupa conscientemente su puesto en el cosmos.

A partir de toda esta cosmovisión debe entenderse la magnífica frase de Heráclito: “El pueblo tiene que luchar por su ley como por las murallas”. (25)

Es decir, el cumplimiento del destino de la polis, prefigurado en sus leyes y, a veces su salvación, depende de que las leyes se mantengan incólumes. Porque el *nomos* es la muralla espiritual que protege y da sentido a la vida de una comunidad. Y la comunidad dejaría de existir si se derrumbaran las leyes que sustentan su estructura interna. Hay que recordar, para que así la frase cobre la plenitud de su sentido, que para el pensamiento antiguo las murallas son objetos sagrados, cosas divinas. (26) La lucha por la primacía y la estabilidad de la ley, por la perdurabilidad de las leyes constitutivas de la polis tuvo, entonces, para los griegos el sentido de una empresa sagrada.

(24) JAEGER, W: “Paideia...” cit., ps. 108/9.

(25) Frag. 44.

(26) WOLF, E., cit.

5. Si queremos seguir progresando en el conocimiento de la ley y, por tanto, en el fundamento último del principio de legalidad, debemos mencionar el legado de Israel y, por fin y por supuesto, la manifestación de la plenitud de lo humano en la Encarnación del Hijo de Dios.

Lo que para los griegos fue afanoso descubrimiento fue, para los judíos, feliz revelación. En efecto, lo que sabemos y supo el pueblo de Israel acerca de la esencia, funciones y supremacía de la ley, y de la necesidad imperiosa de su cumplimiento, lo conoció por directa intervención de Dios quien lo manifestó —con amor pedagógico— a través de la historia y de las Escrituras.

Si algo hubiera sorprendido a un griego de haber conocido la revelación veterotestamentaria es la ampliación del concepto de justicia para incluir en él a la misericordia. Es un hecho que la palabra hebrea “sedaka” que traducimos —distorcionando en buena medida su sentido— por “justicia”, incluye como elemento central a la misericordia, hasta el punto que bien podría decirse que lo que nosotros llamamos justicia y misericordia resultan imposibles de ser distinguidos en muchos pasajes del Antiguo Testamento. Así es justicia como es misericordia proteger y cuidar al pobre y al débil, al huérfano y a la viuda, al necesitado en todas sus manifestaciones.

Más aún, sedaka referido al ejercicio del poder, encierra siempre la idea de que quien es el guardián del orden debe tutelar el derecho de los débiles frente al atropello de los poderosos. Y es Yaveh, el Dios de la Alianza, el guardián supremo del derecho de los pobres, de los oprimidos, de los débiles. (27)

Por fin la Ley, la Torah, que es la expresión del orden querido por Dios para la sociedad, contiene múltiples prescripciones de obras de misericordia.

Escribe Luis Rivas al respecto que “es necesario destacar que las prescripciones de la Ley con respecto a la atención de los pobres no quedan libradas a la buena voluntad de los individuos, sino que son actos de justicia que todos deben cumplir en razón de la misma Alianza. El concepto bíblico de justicia —concluye este teólogo— siempre incluye —e incluso destaca— la protección de los más débiles”. (28)

Es indudable que este concepto de la ley que surge de la Torah, permitiría construir el principio de legalidad y sus fundamentos con algunas profun-

(27) Puede verse un análisis del concepto de sedaka en mi libro *Misericordia y Justicia*. EDUCA, Buenos Aires, 2013, ps. 83/105.

(28) RIVAS, Luis H.: “Justicia y amor. Fundamentos bíblicos”. Comunicación efectuada en la 18° reunión del Comité Internacional de enlace entre católicos y judíos. Buenos Aires, 5/8 de julio de 2004, p. 6.

das variantes respecto de lo que hasta ahora hemos visto. Destaquemos tres puntos. El primero es que la primacía de la ley sobre la voluntad de los hombres no requiere siquiera razonarse ni, muchos menos, fundamentarse, a partir del hecho de que la ley ha sido dada directamente por Dios a los hombres. El segundo es que la existencia de una íntima relación entre el orden de los hombres y el del universo, ya no es una intuición ni un razonamiento sino una certeza fundada, ante todo, en la fe. Por fin, el tercer aspecto a destacar es la necesaria inclusión y, por ventura en lugar de privilegio, de la misericordia, de la ayuda a los necesitados, dentro del principio de legalidad.

Nos quedaremos ahora con este tercer punto, ya que la existencia de una ley divina positiva será luego retomada por la Teología pero sin mayor incidencia en el orden jurídico, y la relación entre el orden de los hombres y el del universo lo trataré enseguida a propósito de la relación entre la ley eterna y la ley humana.

La misericordia, entonces.

En la plenitud de los tiempos el Hijo de Dios se hizo hombre. Y con Él y en Él se encarnó la misericordia de Dios hacia el hombre y su prolongación en el mismo hombre, esto es, la misericordia del hombre con el hombre. Ha escrito Juan Pablo II que Cristo es, en cierto sentido, la misericordia. (29) En efecto, desde la anunciación hasta la locura de amor de la Cruz y la victoria de la Resurrección, todo el transcurrir de Dios en el mundo es obra de misericordia.

Dentro de la riqueza felizmente inagotable que nos ofrece la humanidad de Cristo Jesús, quiero destacar dos cuestiones centrales para nuestro tema del concepto de la ley en cuanto a su contenido. Una es, como continuidad y perfecta culminación de lo anunciado en el Antiguo Testamento, la primacía de la misericordia como virtud social, como la realidad más deseada por el cristiano en este mundo. Un mundo donde reine la misericordia por encima de todo otro bien o valor. La otra cuestión es que, como dice Juan Pablo II en la Encíclica *Redemptor Hominis*, en Cristo el hombre conoce al hombre. (30) Lo conoce en toda su grandeza y, por contraposición, en toda su miseria. Por lo pronto (y aquí se unen estas dos cuestiones centrales), el hombre se conoce a sí mismo como capaz de misericordia, es decir, como capaz de amar con un amor que es propio de Dios. (31) Y no sólo

(29) Encíclica *Dives in misericordia*, 2.

(30) *Redemptor hominis*, 10.

(31) *DM*, 8.

como capaz de poseer la misericordia sino como especialmente llamado a vivirla. “Sed misericordiosos así como vuestro Padre es misericordioso” (Lc. 6, 36), nos dice Jesús por medio de San Lucas. Es este renovado conocimiento de lo humano el que llevará a escribir a San Ambrosio. “No es, pues, la relación de parentesco la que hace a otro hombre nuestro prójimo, sino la misericordia, porque ésta se hace una segunda naturaleza; ya que nada hay tan conforme con la naturaleza como ayudar al que tiene nuestra misma realidad natural”. (32)

Ahora, este mayor conocimiento que el hombre tiene del hombre, unido a la revelación y descubrimiento de la misericordia como el más alto bien social, debían producir un cambio profundo en la idea de la ley, pero un cambio en el sentido de crecimiento, de amplitud de significado y de plenitud de sentido. La ley (y como siempre, nos referimos a las leyes fundantes, a las que diseñan la sociedad política y su destino), será el modo de hacer realidad social la defensa y cuidado de los más débiles y necesitados. Muchas son las normas e instituciones que podemos encontrar en el Derecho Romano Cristiano, es decir, en el Derecho Romano posterior al Edicto de Milán (año 313) y obra, por tanto, de Constantino y sus sucesores, que se fundan explícitamente en la misericordia o cuyo contenido o fin son misericordiosos. Así, recordemos la fundación y desarrollo de hospitales, asilos de ancianos, casas de expósitos, asilos de peregrinos, orfanatos y variadas instituciones para proteger y ayudar a los más necesitados; la creación de los “defensores de las ciudades” con la función de amparar a los plebeyos pobres; o declaraciones incluidas en las leyes como esta de Justino II: “Los más grandes bienes entre los hombres son la justicia y la humanidad, una da a cada cual lo suyo y no desea lo ajeno, y la otra se inclina a la misericordia y libra de grandes deudas a los necesitados”. (33)

La reflexión cristiana sobre este universo redimido por Cristo encontrará en San Agustín y en Santo Tomás de Aquino sus más altos exponentes. En teología, por supuesto, pero también en lo que aquí más nos interesa: el concepto de la ley humana.

Me limitaré a recordar, en el pensamiento de San Agustín, su afirmación en cuanto a que la ley humana injusta no es ley (34), y la pregunta que sigue resonando hoy en nuestros oídos: “¿Qué son los reinos sin justicia

(32) En “Tratado sobre el Evangelio de San Lucas”, Obras de San Ambrosio, t. I, BAC, Madrid, 1966, p. 384.

(33) Nov. 163, pref. 573.

(34) En De libero arbitrio, libro I, c. 5.

sino grandes latrocinios? (35)”. De aquí parte la doctrina del derecho y, en ciertos graves casos la obligación, de desobedecer las leyes injustas.

Del pensamiento de Santo Tomás mencionaré ante todo la noción de la ley eterna, para reflexionar luego brevemente sobre sus consecuencias para nuestro tema.

Leemos en la Suma Teológica que “la ley eterna es la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos”, es decir, en “cuanto mueve todas las cosas creadas hacia su debido fin”. (36) Dios, entonces, no sólo ha creado el universo y cada uno de los seres animados e inanimados que lo pueblan sino que lo gobierna a través de su divina providencia. Lo cual, como explica a continuación Santo Tomás, se conoce por su efecto (37), o sea, por el orden que la ley ha impreso en la realidad o, quizás mejor, por el orden intrínseco de todo lo existente. De hecho, todo conocimiento de la verdad de las cosas es un conocimiento de algún efecto de la ley eterna. El hombre, entonces, como toda la creación, es gobernado por la ley eterna. Pero al haber sido dotado de inteligencia y libertad, participa activamente de esta ordenación hacia su fin último. Participación esta que se conoce como ley natural.

Ahora, la peculiar naturaleza con la que Dios ha dotado al hombre incluye la exigencia y necesidad de que viva en sociedad y se gobierne mediante el dictado de leyes. ¿Podrían estas leyes apartarse o, incluso, contradecir, el fin para el cual el hombre ha sido creado, o sea, ser contrarias a su naturaleza? Santo Tomás demuestra que toda ley se deriva necesariamente de la ley eterna (38) y San Agustín dice que “en la ley temporal nada hay justo y legítimo que no hayan tomado los hombres de la ley eterna”. (39)

Y es que la creación es una. Así como hay una unidad en la creación en cuanto a las leyes físicas o químicas, la hay también en todo lo relativo al mundo de los hombres, en particular, en cuanto a las leyes que ordenan la sociedad política. Podría decirse que la obra del hombre es —y por tanto debe ser— una continuación de la obra de Dios. Aunque quizás fuera más preciso decir que Dios ha creado al hombre para que éste participe, según los talentos con los cuales Él lo ha dotado y, aún más, según la naturaleza que le ha dado, de su obra creadora. No hay, ni puede haber, una decisión

(35) De Civitate Dei, L IV, C. 4.

(36) I-II, q. 93, a.1.

(37) Ídem, art. 2º.

(38) Ídem, art. 3º.

(39) De libero arbitrio L I, c. 6.

autónoma del hombre por la cual sea éste quien resuelva cuál es su posición y función en el cosmos, cuál es el modo en el cual él va a hacer su parte del orden de la creación. Sería como si dijéramos que Dios ha hecho un universo —necesariamente bueno y perfecto por lo demás— y ha dejado librado a la voluntad del hombre terminarlo o modificarlo en la parte que al hombre le corresponde. Parece claro, entonces, que no puede hablarse de una ley de Dios y de una ley humana como si fueran dos cosas pertenecientes a mundo separados. Como ya habían intuido los griegos, la sustancia de la ley humana es algo que al hombre le es dado, algo que corresponde al orden de su naturaleza y a la necesidad del fin para el que ha sido creado, y que el legislador debe expresar jurídicamente.

Es a través de esta larga tradición griega, judía y cristiana que se irá elaborando el concepto sustancial de ley que Santo Tomás expresará en la Suma Teológica con la conocida fórmula: ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad. (40) Y como necesaria consecuencia el principio de legalidad: la ley y sólo la ley debe gobernar a los hombres.

6. Antes de adentrarnos en la parte final de esta disertación, parece conveniente hacer una breve recapitulación de los principales puntos tratados y que encierran, por tanto, el fundamento último del principio de legalidad:

a) Dios ha creado el universo y lo gobierna con una ley eterna. El hombre —más allá de su fe— conoce esta verdad de que el conjunto de los seres creados conforman un cosmos y no un caos. También conoce la racionalidad del cosmos y la existencia de una ley que lo recorre y gobierna.

b) El mundo de los hombres forma parte de ese único cosmos y está sujeto, como éste, a una legalidad intrínseca que no depende de la voluntad del hombre.

c) El hombre, por natural inclinación y necesidad, debe vivir en sociedad y, aún más, en sociedad política, para alcanzar el fin o bien para el que existe y ha sido creado. Es decir, parte importante de este bien sólo puede alcanzarse comunitariamente y es, por tanto, un bien común político. Una exigencia central del bien común político es la ayuda a los más necesitados.

d) El medio principal para alcanzar este bien común político es la ley. La ley ordena las conductas humanas hacia este fin, resuelve los conflictos que

(40) I-II, q. 90, a.4.

se plantean en la convivencia social y educa a los hombres en los principios que la animan. Cuando es necesario pone límites a la acción desordenada o arbitraria de gobernantes, legisladores y jueces. Todos los hombres deben ser iguales ante la ley.

e) La ley humana debe explicitar y prescribir el orden que corresponde a la naturaleza del hombre y a su fin. En este sentido, el contenido de las leyes humanas —al menos de las que constituyen a la sociedad política como tal— es algo ya dado al hombre que su razón debe desentrañar y expresar.

f) Las leyes así formuladas están por encima de la voluntad de los hombres, en lo cual consiste el principio de legalidad. Para que esto pueda hacerse realidad, las leyes deben dejar poquísimos asuntos a la decisión de los jueces.

g) Las leyes educan en sus principios y prescripciones y, de este modo, van formando la nación. De allí la importancia de no modificar las leyes fundamentales.

7. Durante siglos y siglos, los grandes teólogos, filósofos, juristas y poetas conocieron y sostuvieron todos estos principios o fundamentos de la primacía de la ley que hemos señalado. Y fueron muchos los casos en que la ley así entendida fue sancionada y rigió el destino de los hombres. Es cierto también que la historia muestra la existencia de gobiernos tiránicos, de leyes injustas y de corruptelas legales y morales. Pero nunca (con la excepción quizás de los sofistas), los hombres llamaron derecho al crimen, justicia a la injusticia, humano a lo inhumano, moral a lo inmoral o bien al mal. Nunca hasta nuestra época.

No puedo detenerme ahora a considerar la profunda crisis que sufrieron todas las ideas que hemos expuesto en los últimos tiempos. Aunque Grocio ya había expulsado a Dios del Derecho, y Rousseau proponía construir una república anticristiana (y los nombro sólo a ellos por la enorme e innegable influencia que tuvieron en el pensamiento jurídico), todavía en aquellos siglos y aún después, existió una profunda corriente popular de convicciones básicamente cristianas que alimentaron en buena medida la legislación. Tocqueville en “La democracia en América”, demuestra cómo fue la religión cristiana —el protestantismo primero, el catolicismo después— quien hizo posible la construcción de una república democrática en América del Norte. (41)

(41) Cap. IX.

Pero si hay algo que nos ha enseñado el siglo XX —ha escrito Ratzinger— es que la razón puede perder fácilmente de vista los valores esenciales. (42) Al ritmo de un dilatado y profundo relativismo se han ido diluyendo las ideas y convicciones más elementales, hasta el punto de introducir incertidumbres en cuestiones que siempre hemos considerado, con razón, de sentido común, es decir, evidentes. Día a día parece cumplirse la cada vez más conocida y repetida profecía de Chesterton: “llegará el día en que se blandirán espadas por demostrar que las hojas son verdes en verano”. (43)

8. Nuestra patria no podía ser ajena a las corrientes ideológicas que han ido desintegrando la cultura de Occidente. Sin embargo, hasta hace no demasiados años, el principio de legalidad, la primacía de la ley por sobre la voluntad caprichosa de los hombres, estaba garantizada por las dos leyes que cumplen la función de ser las leyes constitutivas y fundantes de un país. Me refiero, por cierto, a la Constitución Nacional y al Código Civil. Y me refiero también a la más que centenaria interpretación y aplicación que de sus normas hicieron la Corte Suprema de Justicia y otros tribunales nacionales. Interpretación en general sabia, coherente y razonable que le permitió a Tomás Casares escribir y demostrar que toda injusticia es inconstitucional.

Pero el siglo XXI y quizás, en particular, la recepción por nuestros gobernantes y jueces supremos de la ideología de género y de lo que la Iglesia Católica ha denominado “cultura de la muerte”, ha ido poblando nuestra legislación y nuestra cultura de deformidades jurídicas y sociales.

Así, la inclusión de las parejas de homosexuales en el régimen matrimonial común, la libre elección del propio sexo más allá de la realidad biológica, la proclamación de un derecho a matar personas inocentes cuya ejecución se pone en manos del Estado, la elaboración de protocolos para obligar a los médicos a matar, la sanción de leyes que obligan a las obras sociales a pagar la producción artificial de seres humanos y su congelamiento y muerte, la desprotección absoluta de los embriones no implantados en estos procesos y, por fin, la sanción irresponsable de un nuevo Código Civil que crea dos categorías de personas y disuelve lo que entendíamos por matrimonio, ha resquebrajado todo nuestro orden jurídico y amenaza con vaciar de sentido el concepto de ley o, al menos, de relativizarlo.

Urge, por tanto, volver al imperio de la ley que es el de la Constitución Nacional tal como ha sido escrita, y a su interpretación recta, sin subter-

(42) En Cielo e terra. Ed. PIEMME, Casale Monferrato, 1997, p. 15.

(43) Herejes, cap. XX.

fugios ideológicos ni sofismas. Urge también que los jueces apliquen las leyes y declaren inconstitucionales las que los son.

Pero urge, ante todo, que la ley vuelva a ser una expresión del orden querido por Dios para los hombres. De un orden en el que ocupen su lugar de privilegio los más pobres y desvalidos; los niños por nacer; los inútiles para la producción; los presos y los que ya han cumplido su pena en las cárceles; los embriones con los que se experimenta, a los que se los congela y mata; los niños abandonados; los enfermos y discapacitados condenados a morir para evitar molestias y gastos; los ancianos expulsados de sus familias. En fin, toda esa larga serie de necesitados que no hacemos más que incrementar cada día. En ellos, sobre todo en ellos, está Cristo esperándonos.

A los hombres de Derecho que tenemos responsabilidades institucionales o académicas debe preocuparnos, hoy más que nunca, nuestra función docente. Debemos enseñar a las nuevas generaciones de juristas y de jóvenes abogados el valor insustituible de la ley, el apego irrestricto a nuestras mejores tradiciones jurídicas, el honor de ser jueces y funcionarios judiciales justos pero respetuosos de los límites de su poder.

9. Hoy me incorporo con respeto y esperanzas a esta Academia Nacional de Derecho. Como he recordado a lo largo de mi exposición, la Academia ha expresado su opinión en las grandes cuestiones jurídicas que han conmovido a nuestro país. Y lo ha hecho siempre para rescatar la primacía de la Constitución y de los principios y garantías que contiene; para exigir la aplicación rigurosa de las leyes justas; y para salir en defensa del matrimonio y de la vida humana inocente.

Me ha llamado poderosamente la atención la inscripción que, desde su emblema, preside las actividades de esta corporación: “lex sed lux”.

La frase no se corresponde con ningún adagio o principio del Derecho Romano, como el uso del latín permitiría suponer; y su uso es francamente infrecuente en otros ámbitos. Lo cual podría hacer suponer que la frase no es parte de ninguna tradición reconocida. Nada tan equivocado. Porque nuestro lema, en su concisa formulación, expresa una larga y rica tradición jurídica.

Lex sed lux significa, literalmente, ley pero luz. Es decir, el centro de la actividad de nuestra Academia de Derecho es el estudio, la promoción y la defensa de la ley. Pero de la ley que es luz, es decir, verdadera. De la ley que brilla con el fulgor de la justicia. La ley es luz porque guarda en sus entrañas el misterio de un orden que ha sido creado para el hombre sin el concurso del hombre. Un orden justo que expresa una armonía que nos ha sido dada

como un puro don. Lex sed lux porque la ley misma sólo es justa si proviene de una luz superior, de una luz que permite a la razón del hombre conocer la secreta medida, el límite prefijado a todas las cosas. Lex sed lux porque es propio de la ley justa iluminar el camino de los hombres hacia su bien.

Muchas gracias. ♦

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

DESNATURALIZACIÓN O DECADENCIA DEL CONTRATO

MARIANO GAGLIARDO (*)

La abundante doctrina jurídica sobre temas diversos con que el siglo XX recibiera al siglo XXI, con múltiples e impensados acontecimientos, pone a prueba el enmarañado y caótico discurso que los juristas de nuestro tiempo deben empeñarse para sostener opiniones clásicas que reciben embates, en otras épocas inimaginables.

En el cúmulo de tales doctrinas hay, por lo general, un apartamiento de la realidad, un no acercarse a las cosas, que lleva a sus autores a perder toda aptitud para la comprensión de lo viviente. Un insigne pensador como Radbruch (1) decía que el científico del Derecho “se siente separado, arrancado de la conexión de las cosas, porque ha dejado de engarzar su actividad en la gran totalidad del mundo”.

Es cosa grande poseer una recia inteligencia pero quien sólo tiene eso y sólo ello, para dialogar consigo mismo, corre el riesgo de no encontrar a un discípulo y seguidor llamado Sancho que le saque de una casa de alienados y le lleve al ancho escenario de la vida.

Medité suficiente, acerca del contenido y alcances de esta comunicación, y si era oportuna, convenciéndome de que la fuerza y lo vertiginoso de las figuras que seleccionara, resultan propicias para que los destacados juristas a quienes me dirijo reparen —que hemos superado— y estamos inmersos en episodios donde se conmueve la barrera de la sensatez.

Lo que se dirá no es para sumirse en la decepción, sino por el contrario, advertir que los desatinos que padecemos son un cauce que seguramente redundará en el curso de la esperanza.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 9 de abril de 2015.

(1) Introducción a la ciencia del Derecho, Madrid, 1930, p. 161.

Anticipo que el título de estas reflexiones “Desnaturalización o decadencia”, no se utilizan como sinónimos sino como situaciones similares que conllevan un menoscabo que alteran las propiedades o notas distintivas, en el particular de un contrato.

Tres son los enfoques contractuales sobre los que versará mi breve exposición.

Con un criterio de actualidad, se ha señalado que en lo relativo al concepto de contrato, hoy rige un criterio “situacionista” (2), lo que se complementa con una nota sobresaliente en cuanto a que el contrato resulta indispensable en una organización que reconozca el valor jurídico permanente de la voluntad privada y no pronuncie en forma absoluta el dominio exclusivo de la voluntad estatal.

Una de las pautas básicas que sustentan la noción clásica del contrato es la voluntad autónoma, corolario del obrar libre de una persona capaz de obligarse jurídicamente.

Porque la autonomía de la voluntad es esencial en un contrato y configura el reconocimiento que el orden jurídico efectúa a los fines de determinar en libertad las condiciones del negocio jurídico.

El dogma de la autonomía de la voluntad es, en suma, sinónimo de la libertad jurídica: “es permitido todo aquello que no está prohibido”.

Y el Derecho Privado, con sustento en las previsiones del Código de Vélez, destacó en su articulado el postulado de la voluntad individual, respetando la decisión de los signatarios de un acto jurídico, interpretando razonablemente sus expresiones, proyecciones, contenido y efectos.

Fundamento de lo expuesto es que la antigua y clásica doctrina de nuestros autores argumenta que en rigor no hay más que una fuente de obligaciones. O es la ley, si se atiende a que la fuerza obligatoria deriva de ésta. O en su caso, es la voluntad humana, ya que en todos los supuestos (contractuales, delictuales, cuasidelictuales, cuasicontractuales y aun legales), el Código Civil no hace más que interpretar intenciones y voluntades, consagrar presuntos deseos jurídicos, y dar forma, dentro de la convivencia colectiva, a la solución de los problemas que en tales virtudes se originan. (3)

(2) ALTERINI, Atilio A., “Formas modernas de contratación”, LA LEY, 1980-D, 1109.

(3) COLMO, Alfredo, “Obligaciones”, 2º ed., J. Menéndez, 1928, p. 33, nro. 35.

Las precedentes realidades no admiten engaño o una alteración de la igualdad jurídica que incida en el funcionamiento regular de las pautas del juego contractual: el contrato resulta —y lo es— el vehículo del proceso económico, donde se incrusta el acuerdo de voluntades y confía a dicho acto jurídico las alteraciones de la esfera jurídica de los individuos, suponiendo un Estado que respeta y valida el estatuto de las partes, limitando su intervención a hipótesis excepcionales.

Sin embargo, cada época tiene sus problemas jurídicos, variedades de concepciones imperantes, sus estilos y acorde las circunstancias hasta su propio lenguaje.

Y es propósito de esta instancia, donde se presenta el primer caso contractual, fruto de múltiples circunstancias, si bien en sus prolegómenos dos eminentes juristas y académicos como José Manuel Saravia y Marco Aurelio Risolía disientan con la altura sólo patrimonio de los sabios acerca de la llamada “crisis del contrato”, sin imaginar los vientos que en esos tiempos ya se anunciaban.

Saravia cita de Jossierand que asistimos a un duelo trágico entre el Derecho y la legalidad, justificando las características de un nuevo orden jurídico resultante. Dice que la crisis del contrato existe y trasciende los márgenes de la institución: su realidad objetiva no puede sino corresponder a un derecho parcial, inestable, y moralmente neutro. Y la decadencia de la soberanía del contrato no puede sino significar “el más pesado tributo que paga el derecho a la servidumbre económica”. Y tal autor argumenta que no es la soberanía del contrato lo que está en crisis sino, únicamente, los postulados de la concepción civilista. Señala que se imponen nuevos conceptos que corresponden a nuevas necesidades y a una distinta realidad y lo urgente es adaptar la legislación a la evolución que se ha cumplido pues los textos legales de antaño no resultan ya adecuados. (4)

Disiente con lo dicho Risolía (5), para quien el contrato es una categoría determinada, con elementos precisos e irremisibles, más allá de las apreciaciones que puedan expresar civilistas o publicistas, idealistas o positivistas. La crisis de su soberanía —dice nuestro autor— no debe ser juzgada a la luz de la multiplicación en número de las relaciones jurídicas personales. Concluye que ante la nominación de contrato, habrá que deslindar qué parte, efectivamente, merece tal denominación, y en qué medida la voluntad privada es la que da origen a las obligaciones recíprocas que deben fluir,

(4) SARAVIA, J. M., “El contrato dirigido”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 21, 1943, p. 611.

(5) “Soberanía y crisis del contrato”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 122.

por definición, de esa principalísima fuente. El académico Risolía, en pocas palabras y con lenguaje preciso, expresa ideas claras que dejan escaso o ningún margen para el equívoco.

Estas perspectivas, respetuosas, por cierto, eran un crepúsculo de la fuerza obligatoria de ciertos contratos, en particular, de locación urbana y, a su vez, el umbral de lo que sería la creciente intervención del Estado en lo que se diera en llamar “emergencia locativa”. Capitant llamó a esta injerencia tutela proteccionista, que se tradujo en una intromisión del Estado, asegurando los intereses de una determinada clase de individuos o actividades.

Si las cosas se miran despacio, las preguntas que nos formuláramos acerca de la vigencia del contrato no resultan nuevas.

En los años inmediatamente posteriores a la gran crisis económica de 1929 en la guerra mundial y en la post guerra, marcados por una economía de escasez y de penuria, las necesarias intervenciones de las autoridades gubernativas produjeron figuras que eran anómalas desde el punto de vista de la concepción tradicional del contrato. En los años treinta, se acuñó la expresión “contrato dictado”.

Y en una serie de escritos que se publicaron como homenaje a Ripert, algunos civilistas franceses hablaron de contratos impuestos.

Cualquiera que fueran los problemas teóricos, lo cierto es que el mundo de la economía intervenida nos acostumbró a multitud de intervenciones estables, que, según el modo común de entender las cosas, no atentaban a la esencia del concepto del contrato.

La economía intervenida dio señales significativas de cómo existen contratos, que poseen contenido rígido e imperativamente predeterminado por el legislador o establecido por vía reglamentaria.

En estos casos, la libertad contractual queda reducida a la opción entre contratar y no contratar, pero si se opta por contratar, no existe margen para establecer regulación alguna.

Se sucedieron numerosas leyes y decretos que congelaron los precios de las locaciones, prorrogaron los plazos contractuales aun de contratos vencidos, fijaron controvertidas opciones de compra en beneficio del locatario, novedosos sucesores en la relación locativa, limitación y restricción de causales de desalojo, suspensión de ejecuciones de desahucio y otras anomalías que, en definitiva, generaron inestabilidad en las relaciones jurídicas, desconfianza entre partes, inseguridad en los vínculos alguna

vez obligatorios, arrasando con el derecho de propiedad y generando un lógico efecto en la retracción de la oferta de contratos de locación.

Estos bienes de capital que originaban atendibles ganancias generaron lo que se llamaría “encargado de casa renta”, a raíz de la finalidad del propietario y arrasando con la propiedad urbana fueron la causa de los “vulgares conventillos” que con su clásico metraje de 8,66 ms de frente y 40 de fondo afearon nuestra ciudad y generaron dudas e incertidumbres.

La ley 21.342, del año 1976, normalizó en años sucesivos las irregularidades de tiempos pasados que reconocían antecedentes de casi medio siglo de postergaciones.

Curiosamente en nuestros días, por el contrario a lo que acontecía en otras épocas, la demanda de locaciones sobreabunda en el mercado.

Una rápida ponderación de las varias décadas de “emergencia locativa” determinó que se calificara a las referidas relaciones en materia de locaciones de “contratos forzosos” o “dictados”, contratos que el orden jurídico configurara con preceptos impuestos o inderogables, negando a los interesados en mayor o menor medida, la facultad de fijar el contenido del pacto.

Pero el alcance de la normativa intervencionista legal, de carácter negativo, cuanto se limitaba a prohibir determinadas estipulaciones, a ordenar que sobre tal o cual materia no se pudiera contratar, sino que imponía con carácter absolutamente imperativo determinadas cláusulas o condiciones, fijando el contenido contractual, que necesariamente debía insertarse en el llamado acuerdo de voluntades.

El Estado se consideró, durante casi medio siglo, superior a ciertos principios contractuales de la mejor tradición jurídica, prescindiendo de su sentido útil, y entonces cundió la impresión de que su intervencionismo, cuando sale de cauce, arrasa mal con el principio de subsidiariedad, complica las cosas y posterga otros temas relevantes.

Y en este sentido, el concepto de contrato no puede construirse exclusivamente con un criterio técnico-jurídico, descuidando el aspecto instrumental o funcional y sin insertar en él la idea de deber. Deberes y funciones desempeñan un papel preponderante en la figura del contrato, que es el elemento dinámico más importante del tráfico económico.

Una superficial observación de la realidad presentada nos enseña que la relación locativa a la que durante años se llamara contrato no encaja en el molde que previera el Código de Vélez ni coincide con aquel esquema teórico.

El segundo análisis de esta comunicación, en el ámbito de las tres causales de inflación que acertadamente señalara el académico Olivera en su destacada exposición, aquí en esta Academia, y que confluyen en el país, se refieren sólo a algunas relaciones jurídicas con función económica acaecidas en los últimos tiempos.

Es decir, se alude a ciertas funciones económicas contratadas o dispuestas por las actuales autoridades gubernamentales que generan un estado de estupor con razonables incertidumbres. Iniciativas que ignoran la inconveniencia de agrietar notablemente la división de poderes en que se basa el estado de derecho. Mientras se suceden estas imposiciones, ellas no pasan desapercibidas por los que resultan destinatarios de las respectivas medidas, agentes y operadores económicos, asesores jurídicos, cualquier mediano observador y otros tantos.

Para una mayor explicitación de lo que se dirá, debo aludir brevemente a ciertas bases —lo antiguo— de nuestra cultura jurídica.

En primer lugar, el Derecho como producto histórico evoluciona y se transforma de manera constante, en estrecha relación con las manifestaciones socioeconómicas de cada época, adecuándose a las exigencias y realidades del momento. Y, acorde con lo dicho, el Derecho Privado evoluciona en concordancia con la vida, y sería erróneo pensar que puede permanecer inalterable un sólo instante, pues sobre él influyen poderosamente los más variados factores sociales, y cada época le imprime caracteres propios.

Hasta aquí, la precedente reseña no puede suscitar mayores reparos.

En segundo término, me referiré a los anticipados hechos jurídicos-económicos que no son ni novedosos ni desconocidos con la aclaración que no es de extrañar que muchos juristas —en vano esfuerzo— se empeñen con ahínco en intentar que estas concepciones que aspiran a ser actuales quepan en los moldes jurídicos antiguos.

Pero aquí se encuentra el “muro inamovible”: pues una adecuada ponderación de la figura contractual —llámese contrato— requiere de un análisis de la valoración económica, como agente del proceso económico de producción, circulación y consumo de la riqueza. Y en este planteo, tan primario y elemental, se ubica el rol del hombre y el Estado que concluye en una opinión y en una postura sobre el gran tema de todos los tiempos: el tema de libertad.

Pues no hay teoría general del contrato, que entre sus múltiples aspectos no concluya por enfrentar la voluntad del hombre (lícita o ilícita) con la

voluntad del Estado y el derecho que parte de la concepción de un hombre libre, responsable de sus decisiones voluntarias.

Sin embargo es sostenible lo señalado con vigencia actual ante una incoherente economía dirigida y planificada donde desde años impera un “cepo cambiario”, anunciado como rígido e inflexible a pesar de las sofisticadas excepciones.

A este interrogante, se suman las limitadas remesas de divisas al exterior mediante el pautado sistema de contado con líquido; la existencia de un mercado de dólar diferencial para la atención de tarjetas de crédito privadas. Y, en otra perspectiva, un “anclaje” para el llamado dólar comercial.

Se adiciona a lo expuesto el denominado “dólar ahorro” y el colorido dólar libre virtual y sin sentido útil por su limitado acceso libre.

Éste es el panorama del movimiento nacional de divisas que aun cuando tuviere difusión pública en los distintos medios, no deja de estar sujeto al control gubernativo, sea del Banco Central o la llamada AFIP.

Otro rubro de atención en nuestra economía se encuentra en el marco de las contrataciones bajo el prisma de los “precios cuidados” que abarca un amplio sector de bienes y servicios que incide en el postulado de la autonomía de la voluntad y denota que del contrato no siempre surge una equitativa regulación de intereses.

Porque obvio es destacarlo: no hay precios sin libertad y viceversa. El precio cuidado bajo el manto del llamado “control de precios” está impuesto por el capricho de un burócrata y no es tal; se trata, en efecto, de simples números que no expresan las valorizaciones cruzadas de los partícipes de las transacciones.

Con un mercado así acotado, se carece de un sistema que garantice el acceso a mercados internacionales sin la coexistencia de trabas o impedimentos pues, además, existen permisos de embarque de ciertas mercaderías de índole discrecional, cupos a la exportación, restricciones a la importación, etc.

Y en breve inventario de anomalías contractuales, señalo:

1) Se creó —18/11/2014— la Unidad de Seguimiento y Trazabilidad de Operaciones de Comercio Exterior, coordinadas por el Jefe de Gabinete y según dec. 2013/2014 se implantó el monitoreo de operaciones de comercio exterior.

2) Injerencia de la CNV en el mercado disponible de granos a partir de una resolución de la Secretaría de Agricultura.

3) Comercios de un sector de la zona atlántica, obligados a aceptar tarjetas de débito y prohibición de disminuir precios ante el pago en efectivo.

4) Según resolución BCRA —L.N. 17/12/2014— los bancos están obligados a conceder créditos a Pymes a una tasa preferencial (19%).

5) Banco Nación —L.N. 31/1/2015— dejó sin efecto la circular que cortaba el financiamiento a aquellos productores que retuvieron granos sin vender, pero sólo para aquellos casos cuya producción no exceda las 600 toneladas de soja y no tengan un stock superior al 10% de ese volumen.

Para cierre de este breve panorama, somos testigos impasibles de la profunda mutación que se ha producido en el contrato, corolario de circunstancias, imposiciones y desatinos económicos que nos sumergen en la inseguridad, desalientan la iniciativa privada y convierten el bienestar general en un profundo hueco, desconociendo con estas bravatas el respeto que merece la estructura institucional y jurídica de nuestro país.

Las desigualdades económicas, el robustecimiento del Estado, una más flácida moral y un prurito de socialización y colectivización a ultranza gobiernan contemporáneamente este proceso, cuyo eco jurídico no puede ignorarse.

Para concluir, brevemente abordo las vicisitudes que se suscitan en derredor de la vida humana, las que son múltiples así como diversos los análisis, tratamientos y soluciones que se asignan a los mismos enfoques relativos al hombre.

Se destacan en particular las consideraciones jurídicas, éticas, filosóficas e incumbencias de otras disciplinas, a la significativa cuestión de la ética de la vida o el término bioético, de mayor arraigo en el lenguaje corriente, donde los temas son variados y no se limitan a lo relativo al comienzo de la vida humana.

Sin embargo, nuestro breve enfoque, relacionado con el título central será respecto del inicio de la existencia de la persona —el hombre— el ser humano considerado en los dos géneros, masculino y femenino.

Dicho en otros términos, se trata de un asunto que es sencillo —si el enfoque es lineal— y complejo si se le adicionan otros matices lo que se sintetiza en el análisis de la cuestión respecto de “la persona antes de nacer”.

Incurriría en severas falencias y notables contradicciones apartarme —en mi opinión— del meditado fundado y agudo análisis que sobre tan delicado asunto ha dedicado nuestro colega académico Alberto Rodríguez Varela, en su libro “La persona antes de nacer”.

El inicio de las palabras finales de su estudio, que reproducimos, marcan el cauce de las diversas consideraciones de su obra: se lee, allí, que “no hay, tal vez, desafío más importante para los años venideros que el planteado por el explosivo desarrollo de las técnicas biogenéticas. Emancipadas del orden natural y liberadas de la moral objetiva, están empujando al mundo hacia un genocidio de dimensiones incalculables”.

Y sin pretender adoptar una posición científica respecto del tema, en los últimos tiempos se han planteado ciertas cuestiones de Derecho respecto de la “persona por nacer” que se concretan —contratos mediante— en la comercialización de gametos o bien la técnica de congelamiento de óvulos que aun cuando resultaren observables, reconocen una tipicidad social en cuanto poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su utilización como fenómeno social.

Dos últimos aspectos que deben atenderse, uno es el de la maternidad subrogada donde el embrión —persona por nacer— es objeto de derecho, siendo inválido por vulnerar la regla básica del objeto de los actos jurídicos y el otro, el relativo a la manipulación de embriones: congelación y/o prácticas aberrantes y/o destrucción de los mismos.

Últimos y recientes desafíos a la naturaleza, difundidos por medios periodísticos, es el surgimiento con media sanción en Gran Bretaña, de una técnica de reproducción que usa ADN de tres personas o bien la reciente investigación conjunta de Israel y Estados Unidos a raíz de la cual los padres del mismo sexo podrán tener hijos biológicos mediante una técnica que permite generar células primitivas a partir de extractos de la piel.

Aprendimos en nuestra infancia que Dios —creador— perdona; el hombre, suele perdonar, mas la naturaleza es inexorable. Mejor evitar su desafío.

Para concluir, el misterio del Derecho estriba en que su sustancia es, además, amor. También el Derecho lleva en sí un mensaje de salud humana.

Tropezará con el Derecho el científico afanoso de sus métodos, pero no llegará a degustarlo si, en su alma, domina la ciencia a la fe.

En lo que cree y no ve, porque no puede verlo, radica para un jurista verdadero el secreto, el misterio del Derecho. ♦

EL MODELO SINDICAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. IMPACTO EN LA DINÁMICA DE LAS RELACIONES COLECTIVAS Y EN LA REPRESENTACIÓN GREMIAL EN LA EMPRESA

POR DANIEL FUNES DE RIOJA (*)

I. A modo de prefacio

Desde una perspectiva integral, el tema comprende múltiples aspectos, incluidos la relación de los sindicatos entre sí para dirimir las cuestiones de encuadramiento, el alcance de las cotizaciones y las llamadas contribuciones de solidaridad para los no afiliados, así como el caso único —a nivel internacional— de que los sindicatos administren parte del Sistema Nacional de Salud a través del régimen legal de Obras Sociales.

No obstante ello, este trabajo se centrará en el modelo sindical como tal y —además— su impacto en la representación gremial en la empresa, cuestiones estas que se vinculan a la definición y alcances de la libertad sindical.

La razón de esta selección temática tiene que ver con los fallos recientes y novedosos de la Corte Suprema que, como corolario de este análisis, repercuten sobre los sistemas aludidos.

II. Introducción

Como nos tocara señalar glosando a C. van Gestel: *“las personas y las agrupaciones intermediarias tienen derecho a existir, a afianzarse y a defender sus actividades: La colectividad debe respetar ese derecho y, en caso*

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 14 de mayo de 2015.

de necesidad facilitar y completar su ejercicio”, recordando para ello que Pío XI en la Encíclica Quadragésimo Anno afirmaba que “así como, siguiendo el impulso natural, los que están juntos en un lugar forman un municipio, asimismo los que se ocupan en un mismo arte o profesión, sea económica o de otra especie, forman asociaciones o cuerpos”” (La Doctrina Social de la Iglesia).

Decíamos en el artículo *Trabajo sobre libertad sindical ratificado por la Ley 14.932* (título: “La libertad de agremiación y el pluralismo sindical en el régimen legal argentino”, publicado en DT 1981-A-395): “*El derecho de crear asociaciones, de afiliarse a las mismas y la garantía de la no intervención estatal en su organización y administración (aspecto positivo), se complementa con un aspecto esencial que es no solo la libertad de afiliarse, sino también de no afiliarse o desafilarse. Repudiamos toda fórmula que lleve a la afiliación compulsiva, por contravenir el espíritu y la letra de nuestra Constitución, que se nutre fundamentalmente de un valor supremo: la Libertad.*

“La Jurisprudencia de nuestros tribunales ha adscripto indiscutiblemente a este criterio y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha llegado a sostener que “la libertad de asociación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse. Es incongruente con ello que el derecho de trabajar quede supeditado a una afiliación gremial necesaria y permanencia en determinado sindicato mientras se mantenga en relación de trabajo, pues no puede cohonestarse en razones de interés sindical o de bien común, la agremiación coactiva. La agremiación sindical útil y justa prestigiada por la bondad de sus fines y realizaciones reclama una afiliación libre sin sujeción a su aceptación forzosa, doctrina que se conforma con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención 87 de la Organización Internacional del Trabajo ratificada por la ley 14.932”.

III. La realidad argentina y los principios en el plano internacional

La cuestión sindical y, en particular, el respeto al derecho de asociación —en sentido lato— y, específicamente, a la libertad de afiliarse o no, ha generado múltiples divergencias en el plano nacional e internacional.

La concordancia de la normativa que desde el año 1943 viene dictándose en la materia con las normas constitucionales y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ha suscitado un debate —aún abierto— que, a nuestro entender debe finalmente encontrar un cauce definitivo para la plena concordancia entre la regulación en el campo nacional, con los instrumentos supra legales antes aludidos.

Nosotros opinamos enfáticamente que la decisión sobre la elección de afiliarse o no, o buscar modelos de representación de unicidad o pluralismo, solo puede ser resultado de la libre elección de los trabajadores (o de los empleadores, en su caso) respetando esta libertad básica y fundamental, para responder al mandato constitucional del art. 14 sobre libertad de asociación y el resultante del art. 14 bis, en cuanto establece que la organización sindical libre y democrática será *“reconocida por la simple inscripción en un registro especial”*.

Sin embargo se puede constatar que a través del tiempo y con distintos matices, nuestra legislación ha privilegiado a las llamadas asociaciones con personería gremial, a quienes atribuyó —en exclusividad— las facultades de representación de los trabajadores tanto frente a los empleadores, como al Estado y a los organismos internacionales y en detrimento de las *“simplemente inscriptas”*.

Además del derecho de asociación (art. 14) y de consagrarse la organización sindical libre y democrática mediante la simple inscripción en el Registro especial (art. 14 bis), debemos tener en cuenta que de acuerdo al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales sobre libertad sindical de la OIT ratificados por la Argentina (principalmente el Convenio 87), tienen jerarquía superior a las leyes, marco institucional dentro del cual han de analizarse las cuestiones relativas a la instrumentación legal de este principio constitucional.

Nos ha tocado decir: *“Para determinar los alcances de la libertad de asociación en el campo internacional, cabe recordar que numerosos son los antecedentes de la Organización Internacional del Trabajo en la materia.*

“Dicho principio se encuentra señalado entre los objetivos constitucionales de la Organización, así como en la Declaración de Filadelfia de 1944 y, en especial, en los Convenios sobre Libertad sindical y protección del derecho de sindicación (Convenio 87 del año 1948) y de Derecho de sindicación y negociación colectiva (Convenio 98 de 1949).

“Es interesante señalar que estos instrumentos ya reconocían precedentes, pudiendo citar el Convenio relativo a los Derechos de Asociación y de Coalición de los Trabajadores Agrícolas (1921); una Encuesta realizada en el año 1923 sobre Libertad Sindical; una Recomendación sobre los Contratos Colectivos adoptada en 1951 (n. 91); otra sobre la Conciliación y el Arbitraje Voluntario (1951, n. 92); sobre la Colaboración en el Ámbito de la Empresa (1952, n. 94); sobre la Consulta y la colaboración entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las ramas de actividad económica y en el ámbito nacional (1960, n. 113); sobre las

Comunicaciones dentro de la Empresa (1967, n. 129); sobre el Examen de Reclamaciones (1967, n. 130); etcétera.

“La preocupación de la Organización Internacional del Trabajo sobre el tema no se circunscribe al marco exclusivo de la libertad sindical strictu sensu, sino que se vincula, también, en forma más amplia, con el goce efectivo de los derechos civiles.

“En el Informe Séptimo a la Trigésima Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en 1947, se había puesto de relieve que la libertad de asociación profesional es un aspecto de la libertad de asociación, que debe integrarse en un vasto conjunto de libertades fundamentales del hombre, interdependientes y complementarias unas de otras, que comprenda además la libertad de reunión, de palabra y de opinión, la libertad de expresión y de prensa, etcétera’.

“En la Memoria del Director General a la 52ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1968, se establecía que ‘Las prescripciones legales que imponen en muchos países restricciones especiales, más particularmente a las organizaciones de trabajadores, constituyen grandes obstáculos al libre ejercicio de los derechos sindicales; durante mucho tiempo ciertos actos, lícitos por sí mismos, fueron prohibidos cuando eran realizados por trabajadores o por sus organizaciones. En la actualidad, las restricciones a la libertad sindical surgen más frecuentemente en los casos y en los países donde se limita el conjunto de las libertades civiles, trátase del derecho de asociación en general, del derecho de reunión, de la libertad de pensamiento y de palabra, del derecho a no ser detenido, encarcelado o exiliado arbitrariamente o del derecho a juicio equitativo y público ante el tribunal independiente e imparcial, con presunción de inocencia hasta prueba de lo contrario’.

“Esta preocupación vuelve a reafirmarse en la 54ª Reunión realizada en Ginebra en 1970 y así vemos que, en el informe que precedió a las discusiones, se señalaba que ‘el examen de las medidas nacionales en la esfera de las libertades civiles relacionadas con los derechos sindicales ha demostrado el importante eco que encuentran los conceptos universales en el plano nacional. Aunque no se ha tratado de evaluar la eficacia de la protección de las libertades civiles que ofrecen las legislaciones nacionales en particular, se han señalado cuatro factores determinantes, a saber: el clima general de respeto a las libertades civiles en cada país; las reglas jurídicas detalladas que definen las condiciones del goce de las libertades civiles; la medida en que las libertades civiles son protegidas contra su menoscabo como consecuencia del ejercicio de las facultades previstas en caso de estado de excepción, y la existencia de procedimientos efectivos para garantizar la observancia de las

libertades civiles. Nuevos progresos en esas materias fortalecerían considerablemente la acción emprendida por la OIT a fin de proteger los derechos sindicales y podría ser de gran utilidad que la Conferencia subraye una vez más la importancia de tales progresos” (título “La libertad sindical y el caso n. 842”, autor FUNES DE RIOJA, Daniel, publicado en DT 1980-947).

Con carácter prescriptivo, la normativa constitucional e internacional reconoce el principio de que los trabajadores (o empleadores) pueden asociarse libremente (lo que comprende también el derecho a no afiliarse) y —consecuentemente con ello— el Estado no debe interferir en dicha decisión respecto a la vida asociacional. Ello está palmariamente reflejado en los Convenios 87 y 98 de la OIT y en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1998.

El Convenio 87 básicamente contempla los siguientes principios: “a) *Que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.* b) *Que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.* c) *Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.* d) *Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.* e) *Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.* f) *La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los arts. 2º, 3º y 4º de este Convenio...”*

En cuanto al Convenio 98, complementariamente a lo antepuesto, establece que: “...*Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.”*

Por otro lado, se determina que “*Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.*” Así como que “*Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores...*”

Los principios contenidos en estos Convenios fueron recogidos por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1998 y, más allá de la ratificación de los convenios a los que corresponden tales principios, son de observancia obligatoria para todos los Estados miembros.

Por tanto, a nuestro entender, de ello se deriva un doble vínculo, el emergente de la ratificación (para los países que adhieren a los Convenios) y el compromiso de observancia de los Derechos Fundamentales en el trabajo por todos los países integrantes de la OIT.

IV. El régimen legal argentino

A. Principios generales

Históricamente y en virtud de los regímenes imperantes en la Argentina, múltiples cuestionamientos se han formulado en relación a la efectiva vigencia de la libertad sindical en nuestro país.

Para una debida evaluación de este tema, es conveniente recordar —por un lado— algunos de los principios generales que caracterizan la naturaleza jurídica de la organización gremial y —por otra parte— la evolución histórica de los regímenes sindicales en la Argentina, siempre en lo que hace a la vigencia o no del principio de libertad de asociación.

En torno a la primera cuestión vinculada con los *principios* que rigen la problemática sindical, debe recordarse que son los siguientes:

a) *Principio de pureza*: en virtud del mismo, la asociación profesional debe nuclear exclusivamente a trabajadores. En la Argentina, ninguna prescripción legal ha reconocido el sindicato mixto de empleadores y empleados.

b) *Principio de autonomía*: también llamado de autarquía sindical, en virtud del cual el sindicato debe mantenerse independiente frente a los empleadores y las instituciones gubernamentales. En tal sentido, la legislación argentina no ha estado exenta de notas que han caracterizado una injerencia del Estado en la organización y vida asociacional.

c) *Principio de especialidad*: por el mismo, la asociación profesional debe perseguir exclusivamente los intereses específicos del grupo, vale decir, los intereses profesionales. En nuestro país, la actuación en política partidaria de los sindicatos, “de manera abierta”, hizo postergar —en muchos casos— la defensa de los derechos estrictamente gremiales.

d) *Principio de igualdad o no discriminación*: algún sector de la doctrina incluye este cuarto principio que no es más que el replanteo a nivel sindical del principio contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional y, por tanto, es obvio y general y no específico para el análisis del tema.

Recordemos también que los sindicatos pueden adoptar dos formas de constitución: la vertical o por industria y la horizontal o por oficio y aún podría hablarse de una tercera modalidad, el sindicato de empresa.

Sin perjuicio de resaltar que, en grandes rasgos, el tratamiento legal de las asociaciones profesionales de trabajadores nace con la Ley Le Chapelier en 1791, coincidiendo en esta apreciación con Deveali (“Derecho sindical y de la previsión social”, 3ª ed., Buenos Aires, p. 27), podemos destacar que en su evolución se anotan las siguientes etapas:

a) La primera, de prohibición, donde incluso se tipifica como delito la actividad sindical.

b) Luego, durante gran parte del siglo XIX, se derogaron las disposiciones represivas, inaugurándose un período de prescindencia legal, tolerándose de hecho el desarrollo de la misma.

c) Por último, a partir de 1871, con la Trade-Union Act inglesa, se institucionaliza el quehacer de las citadas organizaciones intermedias.

Dentro de esta última etapa, a su vez, debemos realizar alguna disquisición en particular. En efecto, no todos los países han seguido un modelo uniforme de regulación sino que la misma ha estado condicionada por aspectos esenciales que definían la filosofía política que lo inspiraba.

Esquemáticamente, podría simplificarse tal distinción en dos grandes vertientes:

a) *Regímenes totalitarios*: en ellos la legislación ha buscado transformar al sindicato en un órgano de estrecha colaboración con el Estado y subordinarlo al poder político, incluso por la dependencia estatutaria y de las autoridades respectivas.

En este supuesto, es evidente que el Sindicato se convierte en instrumento del Gobierno o del partido dominante.

b) *Regímenes democráticos*: en ellos, el Sindicato es regulado legalmente y actúa como persona de derecho privado. En este supuesto se conjuga tal estructura con el principio de libre asociación, colaborando con el Estado pero manteniendo independencia en el criterio y en el accionar como “protagonista social” (no político).

B. La normatividad nacional en la materia

Aunque el dec. 2669/1943 es el primer antecedente legislativo sobre la constitución, organización y funcionamiento de las asociaciones profesionales —esta norma que incluía tanto a las obreras como a las patronales— no fue aplicada, por lo que es recién el dec.-ley 23.852/1945 el que legisla exclusivamente sobre asociaciones profesionales de trabajadores y es, en la práctica, el primer régimen que registra nuestro país en la materia. Su vigencia se prolongó hasta el año 1956, época en la que el llamado Gobierno de la Revolución Libertadora lo derogó implantando un sistema que solo rigió durante un breve período pues se lo sustituye en el año 1958 por un nuevo régimen (el de la ley 14.455) vigente hasta el año 1973, en el que fue reemplazado por la ley 20.615 y en el año 1979 por la ley 22.105 hasta que, finalmente, en el año 1988 se dicta la ley 23.551, hoy vigente.

El dec.-ley 23.852/1945 es —se ha dicho— el primer ordenamiento legislativo que se aplicara en nuestro país en la materia, destacando dicha norma que la personería gremial se otorgaba a las entidades suficientemente representativas, sin fijar parámetros numéricos para medir dicha representatividad. Se consagraba un amplio margen de discrecionalidad estatal —como afirma Guillermo A. F. López en su obra “Derecho de las Asociaciones Profesionales”— lo que daba al gobierno la posibilidad de digitar qué asociación profesional tendría personería gremial y de tal modo se violaban las disposiciones dictadas por la Organización Internacional del Trabajo para regular la materia.

El dec.-ley 9270/1956 estatuye un régimen de pluralidad sindical y es el único precedente argentino en esa línea, pues respeta el principio de la libertad sindical, es decir la de constituir “libremente” asociaciones gremiales de trabajadores.

La ley 14.455, dictada en 1958, retorna al modelo de 1945, pero con variantes, al establecer que la personería gremial se otorgaría a la entidad más representativa, limitando el discrecionalismo estatal en el tema. De tal modo, se acordaba personería gremial al sindicato que tuviera mayor cantidad de afiliados cotizantes, siendo tal entidad quien representaba colectivamente a los trabajadores, discutía convenios colectivos, etcétera.

Para una mayor precisión al demarcar estos hitos, deberá indicarse que en el año 1966, aún durante el gobierno del Dr. Illia y como reglamentación, se sanciona el dec. 969 que de algún modo trata de limitar los excesos a que daba lugar la legislación sindical vigente, pero esta norma no llegó a aplicarse y fue dejada sin efecto por el gobierno militar de entonces.

La ley 20.615 sigue, en esta materia, los mismos lineamientos que el régimen sancionado durante el Gobierno del doctor Frondizi, pero con agravantes, debido a que por vía reglamentaria se introdujo la cotización obligatoria de todos los trabajadores al sindicato con personería gremial.

¿Garantizan estas normas el derecho de asociación y el principio de libertad sindical? La respuesta es que sólo dentro de un sistema que permitiera un auténtico pluralismo o competencia, estaría asegurada la *par conditio* de las entidades gremiales. En efecto, así los trabajadores no solo podrían afiliarse, no afiliarse o desafiliarse, sino también podrían constituir las asociaciones que mejor estimen, para la defensa de sus derechos profesionales.

La mayoría de las normas comentadas han tendido a promover —aunque con atenuantes— un modelo de unicidad sindical, pues si bien es cierto que se admitían los sindicatos “simplemente inscriptos”, además de los “con personería gremial”, la gran diferencia de facultades en favor de estos últimos hizo virtualmente teórica la vigencia del principio constitucional ya mentado, consagrado en el art. 14 bis.

Al respecto, comenta Ernesto Krotoschin que *“debe preguntarse ahora, si la regulación de las actividades de las asociaciones profesionales, tal como está prevista en la ley 20.615, es compatible con la garantía constitucional a la cual se acaba de hacer referencia. Esta ley distingue —como también lo hizo la ley 14.455— entre asociaciones simplemente inscriptas y otras, llamadas ‘más representativas’, únicas que tendrán derecho a gozar de ‘personería gremial’. Estas últimas gozan de derechos exclusivos que no competen a las primeras, en principio (arts. 16, 19 y 30)”*

Luego de señalar que la personería gremial es un atributo que confiere, a solicitud de la entidad en cuestión, el Ministerio de Trabajo, el autor afirma que no habría nada que objetar sobre el trato preferencial que determinadas

asociaciones reciban en virtud de la superioridad numérica por nivel de afiliación, siempre —claro está— que ello no resultase perjudicial para otras asociaciones que se vieran impedidas de ejercer las actividades propias de un sindicato y que la Constitución Nacional garantiza a los “gremios”, sin distinción alguna.

Krotoschin pone de relieve que, de este modo, en la ley 20.615 el sindicato con personería gremial posee todos los derechos típicamente profesionales, que abarca no solo la representación de los miembros, sino que se extiende también en cuanto al derecho a intervenir en negociaciones colectivas, en la colaboración con el Estado en cuestiones de legislación del trabajo y de la seguridad social y en la vigilancia del cumplimiento de la misma, puntualizando —a renglón seguido— que *“Todas estas tareas, que atañen a la esencia de la asociación profesional y son razón de ser y finalidad de su existencia, se declaran ‘exclusivas’ de la asociación con personería gremial. Como se decía, desde el punto de vista jurídico y, sobre todo, práctico, no es censurable que el legislador confiera a los sindicatos reconocidos de hecho o de derecho, como más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales, en sentido amplio del concepto —privilegios que sólo ellos son capaces de ejercer útilmente— siempre que esta preferencia no implique trato discriminatorio respecto de otros sindicatos, menos representativos, a los cuales se priva de todo derecho sindical, contrariamente a lo que tanto la Constitución cuanto el Convenio 87 establecen. Si bien parece razonable que se tenga en cuenta la mayor o menor representatividad y, consecuentemente, se gradúa la capacidad representativa, esta graduación no debe llegar al aniquilamiento de la asociación profesional minoritaria como tal. Es esto, precisamente, lo que ocurre en el derecho argentino”*.

Aparte de la veracidad de tales afirmaciones, que suscribimos en un todo, debe señalarse que el decreto reglamentario de la ley 20.615 introdujo un nuevo elemento para hacer ilusoria —si aún cabía— la libertad de asociación proclamada en nuestra Constitución y tantas veces vulnerada por los ordenamientos normativos que sintéticamente hemos repasado.

El patrimonio de las asociaciones gremiales se constituye con cotizaciones y contribuciones, entre otros ingresos, y ello así estaba regulado en el art. 38 de la ley 20.615. Pero, por su parte, el art. 7º del dec. 1045/1974, reglamentario de esa ley, expresaba que *“las cuotas o contribuciones dispuestas por los organismos respectivos de las asociaciones profesionales con personería gremial alcanzarán a todos los trabajadores de la actividad. Igual criterio es aplicable a las contribuciones que se pacten en las convenciones colectivas de trabajo, con lo que afiliados y no afiliados contribuirán al mantenimiento del sindicato con personería gremial aun contra su voluntad*.

“De más está decir que se incurrió en esta norma, en tremendos errores de calificación jurídica, pues una cosa son las cuotas sindicales que la asociación profesional puede imponer a sus afiliados de acuerdo a lo que resulta del art. 16, inc. 6° de la ley, y otra —muy distinta— es que esas cuotas sindicales se hagan extensivas a los no afiliados, que es lo mismo que la afiliación compulsiva, resultando vulneradas expresas disposiciones constitucionales.

“Puede agregarse que el referido art. 7° del dec. 1045/1974 —ya derogado— excedió a la ley 20.615 que no imponía la obligación de abonar tales cuotas sindicales a los no afiliados.

“En síntesis, ni sería legítimo que efectúe tal pago quien no se encuentre afiliado a la asociación profesional, ni es —obviamente— posible que el Decreto reglamentario exceda a la ley” (título “La libertad de agremiación y el pluralismo sindical en el régimen legal argentino”, FUNES DE RIOJA, Daniel, publicado en DT 1981-A-395).

La ley 22.105 dictada durante el Proceso Militar de aquellos años, mantiene la injerencia estatal y la personería gremial.

C. La legislación actualmente vigente

Finalmente la ley 23.551 resuelve parte de los cuestionamientos que merecía la legislación anterior en lo que hace a la no interferencia estatal en la vida asociacional a través de la intervención judicial en ciertos supuestos de conflicto, pero subsisten las divergencias en lo que hace a la distinción entre las categorías de sindicato simplemente inscripto y aquellos con personería gremial y las condiciones para ser representante sindical.

En principio, las asociaciones sindicales se constituyen libremente, eligen sus autoridades mediante el voto de sus representados y determinan cuáles serán sus estatutos. En todos los casos, el Estado solamente exige el cumplimiento de requisitos meramente formales.

Cumplidos los citados requisitos, las asociaciones profesionales deben hacer su presentación ante el Ministerio de Trabajo y éste les otorga la personería jurídica, inscribiéndolas en un registro especial. Es decir que las asociaciones gremiales se asemejan en su constitución y obtención de la personalidad jurídica a cualquier asociación civil, excepto la autoridad que interviene y el registro en el que figuran inscriptas.

A una asociación que cumpla la totalidad de los requisitos exigidos para su fundación, el Ministerio de Trabajo no puede negarle la inscripción. Si se encuentra en esa situación, ante una negativa o dilación de la inscripción por parte de la autoridad de aplicación, puede obtenerla por orden judicial.

Lo que ha seguido originando serias objeciones de carácter constitucional, es la división que mantiene la ley entre “asociaciones simplemente inscriptas” y “asociaciones con personería gremial”, por la evidente diferencia de derechos y facultades que existe entre ambas, que favorecen notoriamente a las con personería gremial y restringe fuertemente el accionar de las “simplemente inscriptas”.

José M. Onaindia, al comentar el art. 14 bis de la Constitución Nacional, recuerda que: *“Por último, se asegura al trabajador el derecho a la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro. Este derecho se inscribe dentro del principio de ‘libertad sindical’, consagrado por la OIT en su Convenio 87 y tuvo una clara justificación histórica: desterrar el ‘unicato’ sindical impuesto desde el gobierno de facto surgido del golpe de estado de 1943 y que se consolidó durante los gobiernos por el general Perón. Sin embargo, nunca se cumplió esta disposición y las leyes dictadas posteriormente mantuvieron el sistema de sindicato único que viola el principio constitucional y la convención mencionada, ratificada por nuestro país y hoy con rango superior a la ley”* (Constitución de la Nación Argentina, dirigida por Daniel A. SABSAY y coordinada por Pablo L. MANILL, t. 1, Hammurabi, p. 578).

La notable diferencia de derechos y facultades entre ambos tipos de asociaciones lleva al modelo de concentración de la representación y, por lo tanto, afecta el principio de libertad sindical. Desde el punto de vista práctico, es muy difícil que una asociación simplemente inscripta llegue a desplazar a otra con personería gremial, ya que, indiscutiblemente, los trabajadores de la actividad o de la profesión preferirán afiliarse a la que les ofrece mayores posibilidades de defender sus derechos y, también, mayores beneficios (turismo, capacitación, proveeduría, etc.). También existe un desaliento para constituir nuevas asociaciones: es normal que a un trabajador que se encuentre enfrentado con la conducción de su gremio, le convenga más participar de la formación de una línea interna en el sindicato con personería gremial, que en la fundación de uno nuevo simplemente inscripto.

En razón de ello es que el art. 25 de la ley 23.551 establece que la personería gremial se otorgará a la asociación simplemente inscripta más representativa de la actividad o la profesión en una zona determinada, entendiéndose por ello *“la que cuente con mayor número promedio de afiliados cotizantes, sobre la cantidad promedio de trabajadores que intente representar”*, siempre que cuente con una actuación no menor a seis meses y afilie a más del veinte por ciento del total de dichos trabajadores.

A partir del momento del otorgamiento de la personería gremial, el sindicato que la obtenga la mantendrá por tiempo indeterminado y hasta

que otro demuestre que lo desplazó en la mayor representatividad. Para el desplazamiento, la entidad que pretenda ser la nueva asociación con personería gremial que represente a los trabajadores de una actividad o profesión en una zona determinada, deberá iniciar un procedimiento, en el que deberá participar la asociación que intente desplazar y en el que deberá demostrar que, durante los últimos seis meses, tuvo una cantidad considerablemente mayor de afiliados cotizantes que la misma. Los términos “considerablemente mayor”, utilizados por el art. 28 de la ley 23.551, fueron interpretados como una cantidad mayor de afiliados cotizantes de, por lo menos, un diez por ciento, por el art. 21 del dec. 467/1988, reglamentario de la Ley de Asociaciones Sindicales.

Por otro lado, solo en el caso de la asociación con personería gremial, el empleador es agente de retención de la cuota sindical.

La diferencia de derechos y facultades entre los dos tipos de asociaciones son notables, a tal punto que Julio J. Martínez Vivot destacaba que las que tienen la personería gremial son las que cumplen “*las verdaderas funciones gremiales*” (“El Registro de las Asociaciones Profesionales de Trabajadores”, DT 1985-524).

Comparando los arts. 23 y 31 de la ley gremial, es el art. 23 el que determina las facultades de las asociaciones simplemente inscriptas, que son las siguientes:

“a) Peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados.

“b) Representar los intereses colectivos, cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial.

“c) Promover:

“1. La formación de sociedades cooperativas y mutuales.

“2. El perfeccionamiento de la legislación laboral, previsional y de la seguridad social.

“3. La educación general y la formación profesional de los trabajadores.

“d) Imponer cotizaciones a sus afiliados.

“e) Realizar reuniones o asambleas sin necesidad de autorización previa”

Como puede observarse, el referido inc. a) solamente le da facultades para intervenir en conflictos individuales de trabajo y exclusivamente

cuando el propio interesado lo solicita. No es más que un problema entre un trabajador determinado y la empleadora y se limita a la gestión ante esta última y los organismos administrativos, ya que, judicialmente, la representación debe ser ejercida por los profesionales legalmente habilitados al efecto.

De acuerdo a la ley, tales asociaciones no pueden intervenir en conflictos colectivos de trabajo ni en comisiones paritarias para la negociación colectiva, salvo cuando en la actividad o profesión y en la zona, no exista otra asociación sindical con personería gremial. En otras palabras, cuando la asociación esté en condiciones de obtener la personería gremial.

En cuanto al inc. d), si bien las asociaciones simplemente inscriptas se mantienen con las cuotas que pagan sus afiliados —como ya se ha señalado— no tienen facultades para imponer a los empleadores la retención de las mismas de los salarios, por lo que, el ingreso de fondos depende de la buena voluntad de los afiliados que abonen las respectivas cuotas.

Las otras facultades no son propias de las asociaciones gremiales ni agregan nada a la actividad sindical.

En cambio, para las asociaciones que obtienen la personería gremial, las facultades son otras que, parafraseando a Martínez Vivot, constituyen las “verdaderas funciones sindicales”. Del art. 31 de la ley 23.551, surgen las siguientes:

“Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores”. Al contrario de las asociaciones simplemente inscriptas, las que gozan de personería gremial, no solamente representan los intereses individuales de los trabajadores, sino también los colectivos.

Respecto de la representación individual, igual que en el caso de las simplemente inscriptas, necesitan la autorización por escrito de quienes la soliciten, de acuerdo a lo exigido por el decreto reglamentario.

“Participar en instituciones de planificación y control de conformidad con lo que dispongan las normas respectivas”. Esta facultad hace que la personería gremial haga trascender a las asociaciones sindicales del estricto campo del derecho de trabajo, ya que los organismos que la ley les autoriza a integrar pueden estar dedicados al tratamiento de temas económicos o sociales.

“Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social”. La constitución reconoce a “los

gremios” el derecho a “*concertar convenios colectivos de trabajo*”, es decir, participar, junto a la representación de los empleadores, en la creación de las normas que regirán los contratos de trabajo de la actividad o la profesión que representen. Estas normas, luego de la homologación del Ministerio de Trabajo, tendrán vigencia “*erga omnes*”, es decir, se aplicarán a todos los contratos de trabajo del ámbito respectivo, rama, sector o actividad según se haya recurrido a dicha unidad de negociación. También las asociaciones con personería gremial proveerán los integrantes de las comisiones paritarias que muchas veces se crean, para la interpretación de los convenios colectivos.

En cuanto a la vigilancia del cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social, consiste en el derecho a denunciar incumplimientos por parte de los empleadores ante la autoridad pública, a diferencia de la anterior legislación que llegó a dar al sindicato facultades de inspección laboral.

“Colaborar con el Estado en el estudio y solución de los problemas de los trabajadores”.

Precisamente, la ley otorga a las asociaciones sindicales con personería gremial la facultad de proponer y colaborar en la sanción de toda norma, en defensa de los intereses de los trabajadores (art. 2º de la misma ley).

“*Constituir patrimonios de afectación que tendrán los mismos derechos que las cooperativas y mutualidades*”. Las asociaciones con personería gremial están autorizadas a constituir patrimonios o conjunto de bienes, de administración separada del resto de los bienes de las mismas, con diferentes destinos específicos. La administración debe ser propia, ajena a la del sindicato, pero el ejercicio de la misma está a cargo de las autoridades gremiales.

“*Administrar sus propias obras sociales y, según el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo*”. La ley 23.660 reconoce a las asociaciones gremiales con personería gremial el derecho a establecer sus propias obras sociales, disponiendo al efecto que los empleadores retengan los aportes de los trabajadores y efectúen sus propias contribuciones con destino a su mantenimiento.

Al respecto, debemos recordar que las obras sociales sindicales se constituyen como personas jurídicas de derecho privado, de acuerdo al art. 33, segunda parte, inc. 1º del Código Civil (“*Las asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar*”).

La ley reconoce a los trabajadores la propiedad de las obras sociales y a las asociaciones con personería gremial la administración de las mismas, mediante la designación de sus autoridades, en número no mayor de cinco. No hay incompatibilidad entre quienes integren la autoridad de la obra social y quienes encabezen el sindicato.

Como puede apreciarse, esta facultad de las asociaciones sindicales con personería gremial hace que se establezca una clara evidencia de “control social” a favor del Sindicato y a partir de las prestaciones de salud para el trabajador y su familia. Además, la suma de aportes y contribuciones, constituye una fuente de recursos de notoria importancia y ello ha dado lugar a cuestionamientos sobre posible “desvío” de los fondos.

Éstas son las facultades que la Ley de Asociaciones Sindicales otorga a las asociaciones con personería gremial en el art. 31, pero hay otras, también contenidas en dicha legislación, que diferencian todavía más a las asociaciones mencionadas de las simplemente inscriptas.

Por ejemplo, como todas las asociaciones, las sindicales tienen su principal fuente de financiamiento en las cuotas que perciben de sus afiliados. La gran diferencia existente entre las cuotas que perciben las que tienen personería gremial y las simplemente inscriptas es que las primeras tienen seguridad en su cobro, ya que los aportes de los trabajadores deben ser retenidos por los empleadores de sus remuneraciones, asumiendo estos la responsabilidad propia de un agente de retención. Respecto a las segundas, la percepción de las cuotas depende exclusivamente del buen cumplimiento de los propios afiliados, ya que ninguna obligación tienen los empleadores de retenerlas de las remuneraciones.

Además, para fortalecer el patrimonio de las asociaciones sindicales con personería gremial, el art. 37 de la ley 23.551, les otorga la facultad de pactar, dentro de las convenciones colectivas de trabajo, “*contribuciones de solidaridad*”, que alcanzan a los trabajadores no afiliados y también deben ser retenidas por los empleadores.

Sin perjuicio de que no es tema de este análisis, hay doctrina y jurisprudencia que han declarado que dichos acuerdos son inconstitucionales y afectan lo estipulado en tratados internacionales de la OIT, por afectar el principio de libertad sindical, ya que, el pago de una contribución mensual, con poca diferencia respecto a las cuotas de afiliación, constituye una afiliación compulsiva. Por lo tanto, solamente sería viable que la contribución solidaria constituya un porcentaje del aumento conseguido en la convención colectiva, como una compensación por el beneficio obtenido por la negociación del sindicato, el cual se debería mantener con cuotas que pagan los afiliados (“*negotiorum gestio*”).

D. Los alcances de la protección legal al representante gremial

Adicionalmente otro tema que ha venido generando divergencias doctrinarias y jurisprudenciales es la diferencia en el tratamiento entre los representantes sindicales de las organizaciones que gozan de personería gremial y los de las simplemente inscriptas. Los primeros no pueden ser despedidos, suspendidos ni sufrir modificaciones en sus condiciones de trabajo, mientras dure su mandato y hasta un año más mientras que los candidatos no electos tienen “tutela” por el término de seis meses.

Esta protección no alcanza a los segundos, los que han conseguido que los Tribunales, en virtud de otra norma legal, les dieran una suerte de “estabilidad propia”.

Si bien el art. 14 bis de la Constitución Nacional determina que: “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”, de conformidad con lo establecido por el Convenio 98 de la OIT. Lo cierto es que sólo a los representantes gremiales provenientes de un sindicato con personería gremial los alcanza la estabilidad establecida por la ley 23.551, en particular a:

1. Los delegados, que, por ser quienes permanecen trabajando en las empresas, son los más expuestos.
2. Los funcionarios de los sindicatos, o sea, los miembros de la comisión directiva, los congresales, los integrantes de las comisiones revisoras y de la junta electoral, tanto en el ámbito nacional, como en los que corresponden a cada una de las delegaciones del interior del país.
3. Los miembros de comisiones paritarias.
4. Quienes ocupen cargos en poderes políticos nacionales, provinciales o municipales.
5. Los candidatos.

Siguiendo el mandato constitucional y lo establecido por la OIT, nuestra legislación implementa medios contra actos de discriminación y/o tendientes a coartar o, más aún, impedir la libertad de actuación de los representantes sindicales. De tal forma, esta tutela se establece garantizando la estabilidad de dichos representantes en sus empleos, protegiéndolos de sanciones disciplinarias que no se correspondan con reales faltas de los mismos y limitando la facultad de modificar las condiciones de trabajo que detentan dichos trabajadores.

Tal como lo expresara Julio Martínez Vivot: *“La Constitución Nacional garantiza sólo la estabilidad laboral a los empleados públicos y a los representantes gremiales”*. El autor aclara inmediatamente que, en este último caso, se trata de “los representantes sindicales vinculados a las asociaciones tales, con personería gremial, no a los que pertenecen a las simplemente inscriptas en el Registro pertinente” (*“La Discriminación Laboral”*, Ciudad Argentina, USAL, ps. 86/7).

El régimen de estabilidad imperfecta fue refrendado por distintos fallos de la CSJN, pronunciados en épocas de distintas conformaciones del Alto Tribunal. El primer fallo fue *“De Luca c. Banco Francés”*, pronunciado el 25/02/1969. En dicho fallo, se consideran exorbitantes las normas que determinaban que los bancarios que eran despedidos, podían ser repuestos en sus empleos, debiendo abonar el empleador los salarios hasta el tiempo de la jubilación, cumpliera o no con la reincorporación. Además, obligaba a los bancos a mantener en sus puestos a trabajadores que habían dejado de gozar de su confianza, lo que podía considerarse contrario a la libertad de contratación.

Con la misma integración, la CSJN dicta un fallo con el mismo criterio, el 11/11/1971, en los autos *“Álzaga c. Cervecería Córdoba”*.

Con otros miembros, el 04/09/1984, se dicta el fallo *“Figueroa c. Loma Negra”*, que considera inválida la cláusula de un convenio colectivo de empresa, que establece la estabilidad absoluta.

Con nueva integración, se produce un nuevo fallo de la Corte, el 26/12/1991, en la causa *“U.O.M. c. SOMISA”*, mediante el cual se revoca una medida cautelar, pedida por la asociación gremial, con el fin de hacer cumplir un acta por la cual la empleadora se comprometió a no efectuar despidos.

La Corte, con su conformación actual, dicta el fallo *“Madorrán c. A.N.A.”*, el 23/05/2007, por el cual se reconoce la estabilidad perfecta del empleado público. Pero, en la sentencia, se deja muy claro que otra cosa es la prevista para el empleo privado. La Corte dice: *“En el campo de las relaciones de derecho privado, la situación es distinta (de la del empleado público). El poder discrecional, que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. Resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más”*.

Rodríguez Mancini acota que a través de este fallo resulta indiscutible que el criterio de la Corte actual se inclina por el mantenimiento del régi-

men de estabilidad impropia para la actividad privada, ya que la sentencia comentada, cita un voto de los ex ministros Zavala Rodríguez y Aberas-tury, en los autos “Enrique c. Provincia de Santa Fe”, en el que se hace una clara distinción entre lo dispuesto por el art. 14 bis de la C.N. respecto a los empleados públicos y a los privados, ya que, respecto a los primeros, establece expresamente el derecho a la estabilidad, por lo que es evidente que no encuentra incluida la misma en la “*protección contra el despido arbitrario*”. Por lo tanto, una interpretación distinta, significaría que la C.N. “*nada menos que en la formulación de derechos fundamentales, ha incurrido en un mismo artículo y no obstante el empleo de palabras diferentes y extrañas a la sinonimia, en enunciados superfluos por repetitivos*” (“Estabilidad Impropia o Relativa según la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DT, agosto 2009, 829).

La ley 23.592, de “Medidas contra actos discriminatorios”, publicada en el Boletín Oficial el 5 de septiembre de 1988, en su art. 1º determina: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”, no influyó en la consideración clásica de la estabilidad, como relativa o impropia, respecto al trabajo privado.

Incluso, el legislador dejó en claro su posición respecto al mantenimiento del régimen de estabilidad imperfecta, aun en caso de despido discriminatorio, ya que la ley 25.013, publicada el 24 de septiembre de 1998, que se refería a dicho tipo de despido, sancionaba el mismo, en su art. 11 (ya derogado), con una indemnización agravada, pero, de ninguna manera, dejaba sin efecto la rescisión del contrato de trabajo.

Sin embargo, la aplicación del art. 1º de la ley 23.592 a las relaciones laborales, comenzó a insinuarse en algunos fallos de tribunales del trabajo, especialmente a los casos de trabajadores que tenían actividad sindical, pero sin ejercer cargos sindicales en la asociación con personería gremial. Tales los casos de “Balaguer c. Pepsico” (CNAT, sala IV, 10/03/2004); “Stafforini c. Ministerio de Trabajo” (CNAT, sala X, 29/06/2001); y “Álvarez c. Cencosud” (CNAT, sala II, 25/06/2008), entre otros.

La posición que sostiene la aplicación del art. 1º de la ley 23.592 para los casos de discriminación, considerando, en consecuencia, que los despidos

son nulos y, en consecuencia, deben reincorporarse a los trabajadores despedidos a sus tareas, debiendo abonárseles los salarios del tiempo en que han estado privados del trabajo, tiene defensores y detractores.

Entre los que rechazan ese criterio, puede citarse a RODRÍGUEZ MANCINI, que, en su obra *Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales* (Astrea, ps. 246 a 252), expone los argumentos en los que se funda.

En primer lugar, el autor hace notar que la ley 23.592 es una norma general, que protege a todos los habitantes del país. Por lo tanto, si un empleador despide a un trabajador o si éste es el que se considera despedido, debe aplicarse la ley especial, que es la de contrato de trabajo, que protege a los trabajadores y que determina el pago de un resarcimiento tarifado, “puesto que de lo contrario no se trataría de una aplicación subsidiaria sino de un reemplazo de una norma especial por la general y esto es francamente contrario a los principios elementales de coordinación normativa en el sistema general de derecho”.

Agrega Rodríguez Mancini que tampoco puede admitirse la aplicación subsidiaria de la ley 23.592 a las relaciones laborales, porque sólo puede admitirse la aplicación subsidiaria de una norma cuando la misma sea compatible con los principios propios del derecho del trabajo. En el caso, la aplicación de la ley 23.592 puede dar lugar a la reinstalación del empleado y *“...esa posibilidad de reinstalación se enfrenta con un principio básico del sistema regulador del contrato de trabajo, consistente en la admisión del derecho a la estabilidad relativa, según el cual el empleador siempre puede poner fin al contrato, aun injustificadamente, haciéndose cargo —en tal caso— del pago de una indemnización tarifada, pero sin que pueda objetarse la eficacia de esa medida para disolver definitivamente el contrato. Esto constituye una base central del sistema y, por lo tanto, nada que lo contraríe puede admitirse”*.

Añade el autor que todos los sistemas de reinstalación adoptados en la Argentina por estatutos profesionales o convenciones colectivas, han sido descalificados por la Corte Suprema de Justicia, conforme cita en el artículo y nosotros coincidimos con dicho enfoque que —caso contrario— generaría una mayor protección a los representantes de las asociaciones simplemente inscriptas que a los de la que tiene personería gremial y que —consecuentemente— están más expuestos, casualmente sus representantes por ejercer el pleno de los derechos colectivos (la aplicación de la Ley Antidiscriminación 23.592 a las relaciones laborales. Recientes fallos de la Corte Suprema Autor: Funes de Rioja, Daniel, publicado en IMP2011-3, 257).

V. Las objeciones de la OIT

Sin remontarnos a todas las objeciones a la legislación argentina en la materia, realizadas en el transcurso de los años y para referirnos concretamente a las que tienen hoy vigencia, conviene recordar —aunque sea sumariamente— los argumentos vertidos por los ya mencionados órganos de contralor de la OIT.

En el 2007, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo tuvo oportunidad —una vez más— de examinar la aplicación del Convenio 87 por parte de la Argentina y pidió al gobierno que con los interlocutores sociales y la asistencia de la OIT, elaborara un proyecto de ley para dar plena aplicación al Convenio sobre libertad sindical, teniendo en cuenta las observaciones de la Comisión de Expertos.

Ésta fue la última ocasión en que la Conferencia —como tal— abordó el caso argentino, mientras que la Comisión de Expertos produjo su más reciente pronunciamiento en 2013.

Además de celebrar la modificación de ciertas disposiciones de la anterior ley 22.105 que estaban en pugna con los principios de la OIT en la materia, señaló que había —todavía— varias cuestiones que no guardaban conformidad y en particular:

— El art. 25 de la ley 23.551, por el que la asociación que en su ámbito territorial y personal de actuación cuente con una afiliación de más del 20 por ciento de los afiliados cotizantes, sobre la cantidad promedio de trabajadores que intente representar durante los seis meses anteriores a la solicitud, será considerada la más representativa y por tanto obtendrá la personería gremial.

— Asimismo el art. 28 que sienta las bases sobre las cuales una asociación puede petitionar la personería gremial para actuar en la misma zona y actividad o categoría donde ya existiere una asociación sindical con dicha personería y establece que la peticionante deberá afiliar a una cantidad “considerablemente superior” de afiliados cotizantes durante un período mínimo y continuado de seis meses.

El dec. regl. 467/1988 en su art. 21, calificó el término “considerablemente superior” al establecer que la asociación que pretenda la personería gremial debería superar a la que la posea como mínimo en un 10 por ciento de sus afiliados cotizantes, lo que —a juicio de la Comisión—, fue considerado como excesivo.

— El art. 29 de la ley dispone que *“sólo podrá otorgarse personería gremial a un sindicato de empresa, cuando no obrare en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación de primer grado o unión”*; y el art. 30 estipula que *“cuando la asociación sindical de trabajadores con personería gremial invista la forma de unión, asociación o sindicato de actividad y la peticionante hubiera adoptado la forma de sindicato de oficio, profesión o categoría, la personería podrá concedérsele si existieran intereses sindicales diferenciados para justificar una representación específica... y siempre que la unión o sindicato preexistente no comprenda en su personería la representación de dichos trabajadores”*.

En definitiva y luego del análisis concreto de dichos textos normativos, la Comisión considera objetables este tipo de disposiciones, pues podrían tener por efecto restringir el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones (Derecho consagrado en art. 2º del Convenio 87).

— También considera, no conforme a los principios internacionales antepuestos, los arts. 38 y 39 de la ley, en tanto las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial disfrutaban de ciertos privilegios en materia de retención de cotizaciones sindicales y exenciones fiscales. En particular el art. 38 de la ley que solo permite a las asociaciones con personería gremial, pero no a las simplemente inscriptas, la retención en nómina de las cuotas sindicales que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales.

— Se objeta el hecho de que las funciones de representación de los trabajadores en la empresa solo pueden ser ejercidas por los miembros de las organizaciones con personería gremial (art. 41 de la ley) y que únicamente los representantes de esas organizaciones se benefician de una protección especial o fuero sindical (arts. 48 y 52 de la ley).

A este respecto, tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical se han pronunciado en el sentido de que cuando, sin espíritu de discriminación, el legislador confiere a los sindicatos más representativos, ciertos privilegios la concesión de los mismos no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyesen indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse (véase párr. 146 del Estudio general de la Comisión de Expertos de 1983 y párrs. 234, 235 y 238 de la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical).

VI. Nueva realidad a partir de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recientes fallos de la Corte que cuestionan el modelo sindical se fundan, especialmente, en que el mismo no se adecua a los ya citados convenios internacionales, en especial al n. 87 de la OIT ni tampoco a lo preceptuado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que desde 1994 pasó a disponer que *“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”*.

Ello originó que, sin perjuicio del tradicional control constitucional que la Corte ejerce sobre las leyes, se agregara el específico respecto a la prevalencia de dichos tratados.

La Corte Suprema así lo ha justificado en su momento en el fallo recaído en los autos *“Méndez Valles, Fernando c. Pescio, A. M.”*, de fecha 26/12/1995, es decir, poco tiempo después de la vigencia de la reforma constitucional de 1994: *“...cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si estos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino”* (conf. VERDROSS, *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1963, p. 307 y ss.; ROUSSEAU, *Derecho internacional público*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 366 y ss.; “Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione”, 1950; BASDEVANT, “Le role du juge national des l’interpretation des traités diplomatiques”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1949, p. 413 y ss.).

Dicho control implica también tener en cuenta la ya referida opinión de los organismos de supervisión de la OIT, para la resolución de los casos y aunque no haya “jurisprudencia vinculante” en sentido estricto, no cabe duda sobre el valor doctrinario de tales opiniones o decisiones internacionales.

En particular, son tres los fallos que, en los últimos años, han llevado a la Corte a poner en crisis el modelo actual legalmente vigente en materia sindical, así como de la representación gremial en la empresa, impuesto tradicionalmente en la legislación argentina.

A) El primero de ellos, fue dictado el 11/11/2008, en los autos *“Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”*. La Asociación Trabajadores del Estado (ATE) llamó a elecciones de delegados del personal del Estado Mayor General del Ejército y del Estado Mayor Conjunto. Dicha

convocatoria fue impugnada por la Unión Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA), que era la asociación sindical con personería gremial que representaba al personal de dicho ámbito, mientras que ATE, respecto al mismo, era simplemente inscripta. La impugnación se fundó en el art. 41, inc. a) de la ley 23.551, en cuanto establece que, para ser delegado, es necesario estar afiliado a la asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta.

El Ministerio de Trabajo hizo lugar a la impugnación, lo que fue ratificado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala VI), al resolver la respectiva apelación. Dicho Tribunal rechazó el recurso extraordinario, por lo que ATE recurrió en queja a la Corte Suprema de Justicia, la que, por el voto de seis de sus siete miembros (no votó la Dra. Argibay), revocó la decisión.

El voto conjunto de los actuales miembros de la Corte funda su oposición a la solución dada por el art. 41, inc. a) de la ley 23.551 en que la misma constituye un claro caso de violación al principio de libertad sindical.

Al efecto, considera a la citada norma violatoria de los tratados de derechos humanos, que reconocen el derecho de toda persona a asociarse libremente para proteger sus derechos e intereses legítimos de orden sindical, teniendo facultad para fundar sindicatos y afiliarse al de su elección. En forma especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 8º, inc. 1c), reconoce *“el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos”*.

Recuerda la Corte que el reconocimiento al principio de libertad sindical ya figuraba en el Tratado de Versalles de 1919, en la creación de la OIT, a la par que destaca el Convenio 87 ratificado por la Argentina en 1960.

Sigue el fallo refiriéndose al art. 14 bis de la Constitución Nacional, el cual garantiza —como ya se ha hecho referencia— una *“organización sindical libre y democrática”*, para sostener que la libertad, en el plano individual, significa que el trabajador pueda disponer afiliarse, desafiarse o no afiliarse a la asociación sindical que elija. Además que los sindicatos *“pueden ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones que reduzcan injustificadamente las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical”* y que su reconocimiento *“por la simple inscripción en un registro especial”*, constituye un refuerzo para dicha finalidad.

Según la Corte, esta interpretación coincide con la que han hecho del Convenio 87 de la OIT el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del citado Organismo Internacional. Agrega que, en fecha reciente, la Comisión de Expertos ha “recordado” al Estado Argentino que *“la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales.”* Ya en 1989, observó la ley 23.551, en cuanto restringía la función de representantes de los trabajadores en las empresas a los afiliados a asociaciones con personería gremial.

Recuerda el fallo que, según el Comité de Libertad Sindical, favorecer a un sindicato influye sobre los trabajadores en la elección de una organización para afiliarse, optando por la que les ofrece mayores servicios, aunque sus posiciones ideológicas los inclinen hacia otra.

Por lo expuesto, el fallo de la Corte resuelve que el art. 41, inc. a) de la ley 23.551 es contrario al art. 14 bis de la Constitución Nacional y a los tratados internacionales señalados, *“en la medida que exige que los ‘delegados del personal’ y los integrantes de ‘las comisiones internas y organismos similares’ (...) deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta”.*

B) El segundo de los fallos, de acuerdo a la fecha de su pronunciamiento, fue el recaído en los autos “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional - Armada Argentina”, del 09/12/2009.

La actora trabajaba para el Hospital Naval y era presidente de la Asociación de Profesionales de la Salud del Hospital Naval, PROSANA, sindicato de primer grado simplemente inscripto y miembro titular del Consejo Federal de la Federación Médica Gremial de la Capital Federal, FEMECA, federación con personería gremial, a la que estaba adherida PROSANA.

Las autoridades del Hospital se oponían a la actuación sindical de PROSANA y de FEMECA dentro de su establecimiento, en razón de la existencia de la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, PECIFA, asociación sindical de primer grado, con personería gremial.

Ante una medida de fuerza adoptada por PROSANA, consistente en retención de tareas, que afectaba parcialmente la prestación de servicios del Hospital, este aplicó a la actora una suspensión disciplinaria de cinco días y dispuso un cambio de tareas.

La accionante planteó un procedimiento sumarísimo, aduciendo que estaba protegida por la tutela sindical (art. 52 ley 23.551), por lo que no se le podían aplicar sanciones disciplinarias ni cambiarle sus tareas, sin previo desafuero judicial.

Las sentencias, tanto de Primera como de Segunda instancia (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II), no le fueron favorables a la demandante, ya que interpretaron que el art. 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales no le era aplicable a la misma, pues pertenecía a una asociación sin personería gremial (PROSANA), requisito exigido por el citado artículo para ser alcanzada por la tutela sindical y a otra (FEMECA), con personería gremial, pero impedida de actuar en ese ámbito, de acuerdo a lo establecido por el art. 35 de la ley 23.551, que dispone: *“Las federaciones con personería gremial podrán asumir la representación de los trabajadores de la actividad o categoría por ellas representadas, en aquellas zonas o empresas donde no actuare una asociación sindical de primer grado con personería gremial”*.

Ante el rechazo del recurso extraordinario interpuesto por la actora, la misma recurrió a la Corte mediante queja, a la cual corresponde el referido fallo.

Mediante el voto mayoritario de seis de sus miembros y el minoritario de la Dra. Argibay —coincidente en la revocación de la sentencia de Cámara, pero con otro fundamento— la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 23.551 por su no conformidad con los tratados internacionales de jerarquía superior, en cuanto excluye a la actora de la tutela sindical, otorgada a los representantes de asociaciones sindicales con personería gremial.

El Tribunal reitera las argumentaciones del referido fallo “ATE c. Ministerio de Trabajo” y resalta que el art. 14 bis de la Constitución Nacional determina: *“Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”*. La protección, si bien está a cargo del Estado, no solo defiende a los representantes gremiales de las acciones de aquel, sino también de las de particulares o actores no estatales, como los empleadores privados.

Recordando lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el fallo menciona que, respecto a la libertad sindical y a la de las asociaciones, *“a la obligación estatal ‘negativa’ de no interferir, se yuxtapone una obligación ‘positiva’, esto es, la de adoptar las medidas apropiadas para proteger y preservar el ejercicio de la actividad sindical ‘sin temor’ por parte de los representantes sindicales”*.

Agrega que al diferenciar de manera notable los grados de tutela otorgados a los representantes de las asociaciones con personería gremial, frente a los de los representantes de las simplemente inscriptas, se ataca la libertad de los segundos y se constriñe a los trabajadores a afiliarse a las que gozan de personería gremial, para el caso en que tengan intenciones de dedicarse a la actividad gremial, por lo que se afecta el principio de la libertad sindical dado que la actividad sindical es propia de ambos tipos de sindicatos, por lo que no pueden admitirse privilegios de unos en detrimento de otros.

El voto termina refiriéndose al Convenio 87 de la OIT, que el Alto Tribunal considera el *“instrumento indudablemente fundamental en la materia”*, señalando que el referido convenio obliga a los estados a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación, así como también a abstenerse de toda intervención que tienda a limitar a las organizaciones de trabajadores la libre organización de sus actividades. El alcance es muy amplio, en lo que a asociaciones sindicales se refiere, ya que el art. 10 aclara que *“organización”* significa *“toda organización que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores”*.

Vuelve a manifestar el Alto Tribunal la disconformidad de la Comisión de Expertos de la OIT con las normas en discusión y su coincidencia con el Comité de Libertad Sindical, respecto a que esperaba que el Gobierno tomara las medidas necesarias para ajustar la legislación a los compromisos internacionales.

El voto de la Dra. Argibay también es coincidente en la revocación del fallo de Cámara, pero no cree necesario fundarlo en la inconstitucionalidad de ningún artículo de la ley 23.551, por ocupar la actora un cargo electivo en FEMECA, federación con personería gremial, por lo que estaba alcanzada por la tutela sindical establecida en la ley 23.551. Agrega el voto que no existe ninguna distinción en la tutela entre representantes de asociaciones de primer y segundo grado, por lo que la actora se encontraba protegida por la misma.

C) El tercero de los fallos es de fecha 18/06/2013 y fue dictado en los autos *“Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad”*, también de la Corte Suprema.

La acción había sido promovida contra la validez del dec. 5/2003, dictado por la Intendencia de la ciudad de Salta, mediante el cual, considerando la existencia de una situación de emergencia, se dispuso una rebaja de las remuneraciones de los agentes municipales.

En lo pertinente, la Corte de Justicia de Salta rechazó el planteo, por considerar que ATE carecía de legitimación para representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales, por tratarse de una asociación sindical simplemente inscripta, en tanto que el art. 31 de la ley 23.551 concede la representación colectiva exclusivamente a las asociaciones con personería gremial (en el caso, la Unión de Trabajadores Municipales de Salta), mientras que las simplemente inscriptas, solo pueden representar intereses individuales (art. 23 ley 23.551).

El recurso extraordinario fue rechazado, por lo que el caso llegó en queja a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ella se pronunció revocando el pronunciamiento recurrido con el voto conjunto y único de los Dres. Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. La Corte no solo revocó la totalidad de lo dispuesto por el Superior Tribunal provincial, sino que —en lo que se refiere a la falta de legitimidad— volvió a cuestionar el privilegio dado por la Ley de Asociaciones Sindicales a los sindicatos con personería gremial.

Al respecto reiteró, como fundamento, lo fallado en los casos antes analizados, señalando especialmente la incompatibilidad del art. 31, inc. a) de la ley 23.551 con el 14 bis de la Constitución Nacional, los Tratados de derechos humanos y el Convenio 87 de la OIT, en cuanto el privilegio otorgado a las asociaciones con personería gremial excede el marco de la representación en negociaciones colectivas, la consulta de las autoridades y la designación de delegados ante organismos internacionales.

Refiere también en su apoyo, la opinión de la Comisión de Expertos de la OIT y resuelve que *“no cabe sino concluir en que el derecho invocado por la coactora ATE de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el presente reclamo judicial, está inequívocamente reconocido por las aludidas normas de jerarquía constitucional”* y que *“es incompatible el precepto legal aplicado por el a quo (art. 31.a de la ley 23.551), en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras”*.

VII. El impacto de los fallos en las relaciones laborales colectivas

Los tres fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han de afectar aspectos relevantes del actual modelo sindical.

Por un lado, se confiere a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas el derecho a elegir delegados que representen a los trabajadores en las empresas.

Por otro, se extiende la tutela sindical al representante de una asociación simplemente inscripta.

En el tercero, se reconoce a una asociación simplemente inscripta, el derecho a representar colectivamente a los trabajadores.

En tal sentido, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando la inconstitucionalidad del art. 41 inc. a) de la ley 23.551, en cuanto exige que los delegados sean afiliados a asociaciones sindicales con personería gremial y del art. 52 de la misma norma legal, en cuanto otorga la estabilidad solamente de los funcionarios y delegados de entidades gremiales también con personería gremial, han de tener influencia en el futuro de la representación gremial en las empresas.

A nuestro entender, la inconstitucionalidad de la representación exclusiva por delegados afiliados a asociaciones sindicales con personería gremial necesita una rápida respuesta de tipo normativo respecto a la forma en que va estar constituida la representación gremial en las empresas, con el fin de aclarar a quiénes deben reconocer los empleadores como delegados, cómo deben ser estos electos, quién convoca las elecciones, qué alcance tendrá la representación de cada uno de ellos, si también puede haber delegados que no pertenezcan a asociaciones gremiales, es decir nombrados por los propios trabajadores, etc.

Dos destacados autores, Jorge Rodríguez Mancini y Julio César Simón, en sendos artículos aparecidos de Derecho del Trabajo, en febrero (n. 223) y octubre (n. 2591) de 2010, respectivamente, reunidos en el “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo”, *Relaciones Colectivas*, t. II (p. 949 y ss. y p. 991 y ss.), dirigido por Julio César Simón y coordinado por Federico Pavlov, se han ocupado del tema. Es interesante seguir sus coincidencias y discrepancias, para arrojar alguna luz al panorama que presenta la representación sindical en las empresas, luego de los fallos de la CSJN.

Ambos autores coinciden en que se mantienen sin variantes las normas referentes a personería gremial y a encuadramiento. También, las que rigen la formación de comisiones paritarias para celebrar convenciones colectivas de trabajo.

Rodríguez Mancini cita, al efecto, al Convenio 135 de la OIT, ratificado por la Argentina, en cuanto establece en su art. 4º, “*la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o qué clases de trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio*”.

El autor llama la atención de la cita que hace del aludido Convenio el dictamen de la Fiscal de la Corte y de la ausencia de referencias al mismo en los fallos de los Ministros. Parecería que el Convenio, que es una norma de jerarquía superior a la ley, no está de acuerdo con la doctrina del fallo. Rodríguez Mancini, sin embargo, justifica el criterio de la Corte, en razón de estar guiado por las disposiciones de la Constitución Nacional, cuyas normas son jerárquicamente superiores a las del Convenio.

Concuerdan ambos autores en que, en las convenciones colectivas de empresas, los delegados de los sindicatos sin personería gremial tienen derecho a participar y que obligatoriamente tiene que pertenecer a una asociación sindical, ya que el fallo no habilita otra forma para su designación. Simón agrega que el art. 14 bis de la C.N. denomina a quienes tienen protección especial como “representantes sindicales” y que la Ley de Asociaciones Gremiales establece que el delegado representa al sindicato ante el empleador.

Simón es partidario de extender los beneficios de la jurisprudencia de la Corte, no solo a los delegados afiliados a asociaciones simplemente inscriptas, sino a quienes pertenezcan a otras asociaciones con personería gremial, pero que puedan sentirse habilitados a representar a todos o parte de los trabajadores, ya que es la forma de guardar coherencia con el principio de libertad sindical. Como ejemplo, cita las superposiciones de personería, tales como se da en los conocidos casos de UOMRA y SMATA, respecto de la industria de automotores y autopartes, SMATA, FAECyS y SOEESGYPE, respecto de las estaciones de servicio, etc.

Lo que también ambos juristas dan como cierto, es que se mantiene plenamente vigente el art. 45 de la Ley de Asociaciones Sindicales, que establece el número de delegados por empresa, en base a la cantidad de personal a representar en cada una de ellas. Rodríguez Mancini acota al respecto: “*Podría llegarse, se ha dicho, a que hubiera un sinnúmero de sindicatos y un número infinito de delegados (fallo “ATE”) protegidos hasta cubrir todo el elenco de personal de la empresa (fallo “ROSSI”)*” (op. cit., p. 957). Si bien aclara que esta hipótesis lleva las conclusiones del fallo hasta sus últimas consecuencias, no deja de ser cierto que, en una pequeña y mediana empresa, la no aplicación del art. 45 citado, puede llevar la cantidad de delegados hasta un gran número, teniendo en cuenta el total de personal de la misma, de no aplicarse la norma limitativa.

Donde se produce una marcada discrepancia entre el criterio de los autores, es en el alcance de la representación de los delegados afiliados a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas. Para Simón, tienen la misma representación que los afiliados a las asociaciones con personería

gremial, mientras que, para Rodríguez Mancini, solo representan a los trabajadores afiliados a esa asociación.

De allí, entonces, que haya también criterios distintos respecto a la elección de dichos delegados. Rodríguez Mancini sostiene que la asociación simplemente inscrita es la que llama a elecciones y solo pueden votar en el acto comicial los afiliados a la misma. En cambio, Simón es de la opinión de que los delegados, tanto de asociaciones con personería gremial como de asociaciones simplemente inscritas, deben ser electos en un solo comicio, el que debe ser convocado por las primeras.

Como puede verse, Simón es partícipe de unificar la representación sindical, con fundamento en el art. 45 de la Ley de Asociaciones Sindicales, que establece: “*Cuando la representación sindical esté compuesta por tres o más trabajadores, funcionará como cuerpo colegiado*”.

A nuestro entender, desde hace más de una década, los mayores problemas entre sindicatos se generan por el encuadramiento de los trabajadores de determinadas empresas o establecimientos, tendiendo a reivindicar un modelo de representación horizontal o de oficio, en lugar de la clásica fórmula vertical o de actividad. Incluso en el sector privado, dichos conflictos son más frecuentes entre sindicatos con personería gremial y los simplemente inscriptos.

También, desde el punto de vista técnico, debe distinguirse entre “encuadramiento sindical” y “encuadramiento convencional”. Guillermo López define el primero como: “...*un conflicto intersindical de derecho, planteado entre dos o más asociaciones con personería gremial sobre la capacidad jurídica que emana de sus respectivas personerías, para representar a los trabajadores de uno o de varios establecimientos*” (“Derecho de las Asociaciones Sindicales”, La Ley, p. 105). Y agrega: “*El encuadramiento sindical es diferente e independiente del encuadramiento convencional. Aquél es un diferendo intersindical de derecho, que se resuelve en la vía asociacional o administrativa, por la interpretación jurídica del alcance legal de las respectivas personerías gremiales; éste, es siempre un problema individual o plurindividual de derecho, de competencia exclusiva del poder judicial*” (op. cit., ps. 104/5).

Carlos Alberto Etala aclara que el encuadramiento convencional es la decisión “*en virtud de la cual se resuelva declarar aplicable a una relación o a una pluralidad de relaciones de trabajo un determinado convenio colectivo de trabajo*” (*Derecho Colectivo del Trabajo*, Astrea, p. 151).

Es conocido el criterio de la jurisprudencia y la autoridad de aplicación que —con el propósito de dotar a los trabajadores de medios más eficaces

de defensa de sus derechos— trata de unificar la representación gremial en las empresas, en el sindicato que represente su actividad principal, independientemente de que algunos trabajadores desempeñen, en forma secundaria, tareas que puedan estar comprendidas en otra representación gremial.

Si se siguiera el criterio opuesto, en algunos casos, la polarización de sindicatos representativos sería tal que los derechos de muchos trabajadores, dada la reducida proporción de la representación que correspondería a cada asociación, se encontrarían escasamente defendidos.

Ricardo Luis Lorenzetti, en su obra *Convenciones Colectivas de Trabajo* (Rubinzal-Culzoni, p. 94) al tratar la aplicación de las convenciones colectivas del trabajo, sostiene que: *“Al pactarse convenios por actividad, como ocurre preponderantemente en la Argentina, es lógico que ese concepto no sea omnicomprendivo. Las empresas que quedan subsumidas en dichos convenios suelen tener otras actividades secundarias; así, una empresa metalúrgica puede tener viajantes, personal administrativo, de limpieza, computación, equipos de albañilería permanentes, que pueden no estar contemplados en la norma convencional o bien mejor contemplados en otros convenios específicos de esas actividades. El dilema es, en primer lugar, definir si estas actividades son marginales o principales en la empresa, lo que es una cuestión de orden probatorio...”*

El autor referido, cita a Deveali cuando sostiene que debe aplicarse el convenio de la actividad prevalente de la empresa, salvo que realice una doble explotación, comercial e industrial por ejemplo y que ninguna de ellas sea subsidiaria. Afirma con razón que no hay analogía ni plenitud del ordenamiento convencional y que si hay lagunas es porque las partes consideraron conveniente no legislar (DT 1955-491).

Además, Lorenzetti indica que en la jurisprudencia se siguió mayoritariamente el mismo criterio y que —como criterio general— por actividad debe entenderse la principal y no la simplemente accesoria y si la empresa tiene una actividad mixta, en parte comercial y en parte industrial, se ha admitido que debe establecerse cuál es la actividad principal.

Este principio se ha denominado de la “unidad de la empresa” o de “la obligatoriedad genérica industrial” y señala que la convención de la actividad principal de la empresa prevalece sobre las convenciones parciales, cuando estas últimas refieren a oficios que no son extraños a la explotación, sino accesorios o complementarios.

Vinculando el principio de unidad sindical con las cuestiones de encuadramiento, Víctor Hugo Guida agrega: *“En un conflicto de encuadramiento*

sindical suscitado entre dos o más sindicatos 'de actividad,' se debe preferir aquel cuya personería gremial comprenda, específicamente, a la actividad principal de la empresa o establecimiento de que se trate" ("Encuadramiento Sindical", en *Jurisprudencia Laboral*, dirigido por Juan J. FORMARO, t. 1, Hammurabi, p. 258).

En un artículo publicado por el que suscribe, está glosada la opinión de Juan José Etala (h.) al comentar un fallo al respecto, donde dice que *"...el principio, que ha sido reconocido históricamente y en forma pacífica por la jurisprudencia, que la actividad principal es la que rige en toda la empresa y que no puede ni debe sectorizarse ya que el régimen sindical es vertical, y solamente en el caso de los viajantes de comercio, y porque una ley así lo indica, es horizontal, aun cuando alguna jurisprudencia ha rechazado este criterio y ha aceptado que los viajantes de encuentren comprendidos dentro del convenio colectivo que rige en la empresa"* (DT, enero 2011, n. 1, p. 108). Título "Conflictos entre gremios. La cuestión del encuadramiento", autor FUNES DE RIOJA, Daniel, publicado en: IMP2012-2, 241).

La cuestión a dilucidar es que, en los últimos años, estas controversias se han resuelto por la "vía de los hechos" y no por los medios previstos en la ley y ello ha derivado en una fuerte agresión al principio de la "prevalencia de la actividad principal". La razón de este comportamiento no ha sido el resultado de lagunas de derecho o falta de celeridad o eficacia en la resolución del diferendo, sino —lisa y llanamente— se ha basado en la voluntad y decisión impuesta por un gremio frente a otros y a los empleadores afectados.

En la otra cuestión abordada por la Corte, el reconocer a un sindicato simplemente inscripto la representación en el conflicto colectivo, ha de implicar que quien promueve el conflicto, conduzca la negociación. En efecto, ello no será consecuencia legal de la decisión jurisprudencial sino que se producirá por imperio de los hechos.

Vale decir que el decisorio de la Corte, tal y como ha sido planteado, tiene como consecuencia la posible equiparación entre sindicalismo con personería gremial y los simplemente inscriptos en la realidad y dinámica de la vida laboral.

Como dato adicional y con relación al alcance de la tutela sindical, a la actual jurisprudencia se unió la aplicación, por parte de los tribunales de trabajo, de la ley 23.592 o Ley Antidiscriminatoria. Al considerar a dicha ley aplicable a los despidos de trabajadores, los afectados por esa medida pueden dejar el despido sin efecto y ser restituidos a sus respectivos

puestos, por considerarse discriminados por haber ejercido cualquier tipo de actividad sindical, sin necesidad de que ocupen un cargo electivo o representativo en un sindicato y, menos todavía, que este detente personería gremial.

VIII. Conclusiones

Se vislumbra un panorama de situaciones conflictivas, tales como un exceso en el porcentaje de empleados con tutela sindical, delegados de distinta pertenencia sindical actuando en las empresas y no en forma coordinada sino —muchas veces— compitiendo políticamente entre ellos, con medidas contradictorias, disidencias que impidan llegar a acuerdos con el empleador, la iniciación de cantidad de juicios reclamando nuevos derechos, medidas de fuerza por disidencias entre gremios o delegados, etc.

Frente a ello, entendemos que la “laguna de derecho” que se crea a partir de las inconstitucionalidades decretadas, debería llevar a una reglamentación de estos aspectos que contemple las decisiones de la Corte, a la par que recoja la necesidad de una razonable articulación de la actividad gremial, tanto respecto del ejercicio de los derechos gremiales, como de los condicionantes y límites para el cumplimiento efectivo de la representación gremial en la empresa que se verá claramente afectado por la habilitación a los sindicatos simplemente inscriptos al concedérseles la facultad de representación en conflictos colectivos y por la capacidad de contar con representantes gremiales.

Sin lugar a dudas, la legislación sindical que ha llevado a la promoción del sindicato único por rama de actividad y ha favorecido dicho monopolio ha merecido observaciones no solo doctrinarias sino judiciales y de los órganos de contralor de la OIT y no se adecua a los postulados constitucionales en materia de libertad de asociación.

En la historia de nuestra realidad laboral, dicho modelo se ha correspondido con etapas de un proceso institucional con lamentables altibajos en cuanto al respeto de los principios de libertad y autonomía. Sin embargo, parecería que ha llegado la hora de buscar la convergencia entre la normativa nacional, la Constitución y los Principios internacionales a los que la Argentina ha adherido, no para propiciar la atomización o desmembramiento de la organización sindical, sino para generar el ámbito de responsabilidad y transparencia que asegure tal libertad. ♦

LIMITACIONES A LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

I. Introducción

Entre las convenciones matrimoniales que el nuevo Código Civil y Comercial admite que los esposos pueden celebrar, enumera en el inc. d) del art. 446 la opción que los mismos hagan *por alguno de los regímenes patrimoniales* (1) *previstos en este Código*, que son el de comunidad de ganancias, y el de separación de bienes. De no haberse efectuado dicha opción, *los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias...* (art. 463 del Código). Para encontrarse incurso en el cual, no debe efectuarse opción alguna. (2)

La opción por el régimen de separación de bienes debe ser hecha *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* (art. 448), debiendo la misma ser anotada al margen del acta de matrimonio para que tenga efectos respecto de terceros. Adviértase que si bien dicha disposición requiere que la opción por el régimen de separación de bienes

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 11 de junio de 2015.

(1) En lugar de “patrimoniales”, en el Proyecto de Código se hacía referencia a los regímenes “matrimoniales”. Con la modificación el texto se adapta a la terminología del Código.

(2) Conf., ROVEDA, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, AA.VV., Buenos Aires, 2012, p. 356, n. 5; CORBO, Carlos María, “El régimen patrimonial del matrimonio. Proyecto de Reforma”, en Derecho de Familia y de las Personas, de La Ley, año 5, nro. V, junio de 2013, p. 13, I; CAMPOS, Roberto D., “La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código Proyecto”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, de La Ley, año IV, nro. 10, noviembre de 2012, p. 45, III.

sea practicada *antes de la celebración del matrimonio*, lo mismo sería si la escritura fuera otorgada en el momento mismo de la celebración, que es a lo que se hace mención en los Fundamentos del Código, donde se afirma que la elección del régimen “se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Estado Civil y Capacidad de las Personas...”.

Pues bien, en el supuesto de la aplicación del régimen de comunidad el nuevo Código establece, al igual que el Código de Vélez, una serie de limitaciones relacionadas con la administración y disposición de los bienes gananciales —que en parte difieren de las anteriores—, a la mayor parte de las cuales nos referiremos seguidamente, ya que dejaremos de lado tanto las contenidas en el art. 456, según el cual *ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella*, como también la del art. 462, que en su primera parte 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 los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión*.

II. La disposición establecida en el art. 470

De conformidad a lo dispuesto en dicha norma, *la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido*. No obstante, el artículo agrega que *es necesario el asentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los arts. 456 a 459*.

Como se advierte, la norma transcripta ya no utiliza el término *disponer* a que se refería el art. 1277 del anterior Código, en lugar del cual se menciona el vocablo *enajenar*.

III. Fundamentos del art. 470

Aparte de lo dispuesto en los arts. 456 y 462, el art. 470 constituye la limitación más importante al principio de administración dual establecido en su primera parte, siendo el evidente fundamento del artículo la protección del eventual derecho del esposo no administrador de determinados bienes gananciales, sobre el cincuenta por ciento de los mismos —o de su valor—, que le corresponderá al tiempo de la disolución de la comunidad, en el supuesto de que esos bienes continuaran existiendo en dicha oportunidad. En otras palabras, con el asentimiento del cónyuge no administrador —o la supletoria autorización judicial contenida en el art. 458— se tiende a asegurar que los bienes gananciales de la titularidad del otro esposo no sean sustraídos fraudulentamente de la posibilidad de la división de esos bienes al tiempo de la disolución de la comunidad. De más está decir que de no requerirse el asentimiento conyugal, el derecho del esposo no titular de los bienes gananciales podría tornarse ilusorio debido a que, en tal supuesto, el cónyuge a cuyo nombre se encuentran los mismos podría disponer de ellos sin la anuencia y en desmedro de su consorte. (3)

Las limitaciones establecidas en el art. 470 tienen su fuente en los arts. 462 y 463 del Proyecto de 1998, cuyo antecedente es, a su vez, el art. 1277 del Código de Vélez, modificado por la ley 17.711, uno de cuyos redactores, el Dr. Roberto Martínez Ruiz, ha manifestado que las razones por las que la Comisión optó por reformar dicha disposición, consistió en la necesidad de proteger el núcleo familiar, y en especial a la mujer, que si bien tenía un título jurídico para obtener la mitad de los bienes gananciales, cada vez se producían más inquietantes casos de burla a su derecho, con motivo de maniobras de su cónyuge. La solución adoptada, dijo en su momento Martínez Ruiz, “significa una protección a la familia y el efectivo recono-

(3) Conf., entre otros, MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, t. 2, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 256, parág. 325; NISSEN, Ricardo Augusto, “El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales”, LL 1997-F-752; VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil y el fraude”, LL 1998-B-864; y Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª ed., 6ª reimpr., Buenos Aires, 2005, p. 334, parágr. 286; AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, 2002, p. 138, a; PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires, 2006, p. 803, nro. 591; BOSSERT, Gustavo A., “Protección del hogar conyugal y conflicto conyugal”, LL, 1982-B-717, V; CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, ED 63-471, II; BLAQUIER, Rodolfo, “Dos inquietudes acerca de la transformación de sociedades comerciales en particular y de personas jurídicas de carácter privado en general”, ED 122-919 y ss.; LOYARTE, Dolores - ROTONDA, Adriana Esther, “La separación de hecho y la necesidad del asentimiento conyugal”, LL 1994-D-230, III.

cimiento de un derecho a los bienes gananciales que en casos demasiado repetidos se estaba convirtiendo en ilusorio.” (4)

Si bien los arts. 469 y 470 del nuevo Código establecen un relativamente amplio poder de administración y disposición de los bienes propios y gananciales adquiridos por cada uno de los cónyuges, protege a la vez al esposo no administrador de la disipación de los bienes gananciales por parte de su consorte, al otorgarle un determinado poder de control sobre ciertos actos de su cónyuge que podrían llegar a perjudicarlo. Santiago Carlos Fassi afirma al referirse al art. 1277, que aparte de la prevención del fraude por parte de uno de los esposos, el requerimiento del “consentimiento” que requiere dicha norma se justifica por la preservación del patrimonio común, del empobrecimiento que podría derivarse de la mala fe, la ligereza o la imprevisión por parte del cónyuge administrador. (5)

Se ha resuelto al respecto que “la finalidad del art. 1277 del Código Civil está orientada a prevenir el abuso o el fraude de uno de los esposos, y además preservar el patrimonio común del empobrecimiento que pueda derivarse por ligereza, mala fe o imprevisión del cónyuge administrador”. (6) Como también, que “la restricción al poder de disposición de bienes que establece el art. 1277 1ª parte del Código Civil tiene por finalidad evitar que la libre administración establecida en el art. 1276 del mismo ordenamiento se convierta en un instrumento de fraude en detrimento del otro, privándolo de la mitad que le pudiera corresponder al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal”. (7) En razón de lo cual, dice Cichero que el art. 1277 coincide de alguna manera con el art. 1298, que autoriza a la mujer a *argüir de fraude cualquier acto o contrato del marido, anterior a la demanda de separación de bienes, en conformidad con lo que está dispuesto respecto a los hechos en*

(4) “Las críticas a la reforma del Código Civil”, LL 140-937. No obstante, fueron varios los autores que consideraron inconveniente la reforma, entre los cuales recordamos a LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Estudio de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711, Buenos Aires, 1969, ps. 55 y ss., y 379 y ss.; GAMES, Luis María, “El artículo 1277 del Código civil reformado por ley 17.711 y la transformación y fusión de sociedades de personas”, LL 134-1159 y sig.

(5) “El consentimiento del cónyuge del artículo 1277 del Código Civil”, LL 1976-B-528, IV.

(6) CNCivil, Sala G, ED 94-219. Conf., CNCivil, Sala D, LL 142-461; ídem, Sala E, LL 1978-A-180.

(7) CApel.CC. de San Martín, Sala II, ED 111-241. Conf., Civil y Com. de Salta, Sala V, LL 1998-B-864, con nota cit. de VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil y el fraude”; CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., ED 63-483, X.

fraude a los acreedores; aunque difieren en que aquél establece una medida preventiva contra posibles fraudes, mientras que el art. 1298 proporciona al cónyuge los medios de reparar el fraude ya consumado. (8)

IV. Naturaleza jurídica de la limitación establecida por el art. 470

Con relación a la naturaleza jurídica de la limitación establecida por el art. 470, resulta plenamente aplicable lo expresado al respecto por la doctrina con relación al anterior art. 1277, por constituir éste una disposición similar, por lo que seguidamente recordaremos las opiniones doctrinarias existentes sobre la naturaleza jurídica de esta última norma. Existen al respecto distintos enfoques, que van desde que la misma establecía una incapacidad de derecho, o una de hecho, o una restricción al dominio, hasta, simplemente, una limitación a la capacidad de disponer por parte de los esposos.

a) Tesis de la incapacidad de derecho

Entre otros autores, Guastavino sostiene que la limitación en cuestión establece una incapacidad de derecho. Afirma dicho autor que de los arts. 1276 y 1277 se deduce que un cónyuge no tiene la libre disposición de los bienes comprendidos en la última de dichas normas, por lo que al coartarse la libre disposición de los mismos, resulta —si bien no de una forma sacramental— una prohibición legal susceptible de encuadrarse como determinante de una incapacidad de derecho, entendiendo ésta de una manera amplia, comprensiva no sólo de la falta de aptitud de ser titular de derechos, sino, además, de la existencia de una prohibición de ejercer un derecho, ya sea por sí o por otro. Señala asimismo Guastavino que el asentimiento conyugal o la autorización judicial supletoria no corrigen ni subsanan la incapacidad. (9)

Contrariamente a lo expresado, nosotros creemos que no se puede afirmar la existencia de una incapacidad de derecho (10), ya que no hay otras inca-

(8) “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., ED 63-483 y sig., X.

(9) “Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal en el artículo 1277 del Código Civil”, LL 153-640.

(10) Conf., entre otros, GATTARI, Carlos Nicolás, “El consentimiento conyugal no crea incapacidad (art. 1277, Código Civil)”, LL 147-1052, donde desarrolla con amplitud una serie de argumentos contrarios a las doctrinas que consideran que la norma establecida por el art. 1277 crea una incapacidad ya sea de hecho o de derecho.

pacidades de ese tipo que las expresamente declaradas. Además de lo cual, en el caso no existe una prohibición legal de transferir o gravar determinados bienes, ya que, por el contrario, dichos actos pueden practicarse, pero con el asentimiento o la autorización supletoria correspondiente, debido a que la ley le reconoce al otro esposo la facultad de oponerse a la realización del acto. Y si, como efectivamente ocurre, los actos contemplados en el art. 1277 pueden ser practicados por el esposo titular del bien, ninguna duda puede haber sobre la inexistencia de una incapacidad de derecho, pues quien carece de esa capacidad para la realización de un acto, directamente no puede realizarlo, lo que no es el caso.

Como señala Zannoni, “el cónyuge titular de la gestión, no es un incapaz para *disponer* del bien inmueble o mueble cuyo registro han impuesto obligatoriamente las leyes en los casos previstos por el art. 1277 del Código, sino que carece del poder de obrar sin el asentimiento de su cónyuge, el acto de disposición o gravamen”. (11) En igual sentido, Juan Carlos Venini afirma que si bien el esposo titular del bien no puede disponer del mismo sin el asentimiento de su consorte, ello no es porque sea incapaz de hacerlo, sino porque su cónyuge tiene reconocido por ley el derecho de disenter con la operación a realizar, por motivos razonables, que ponen un límite al derecho subjetivo del titular del bien a disponer libremente del mismo. Y agrega que se dan situaciones en las que una persona no puede ejercer con plenitud un derecho, pudiendo ello ocurrir —como en el caso de que se trata— porque se está reconociendo a otra una prerrogativa que actúa como un límite o dique de contención al ámbito del derecho de aquélla. (12)

No obstante, en algunos fallos se ha resuelto lo contrario, debiendo recordar al respecto lo resuelto por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el sentido de que “la prohibición que establece el art. 1277 del Código Civil, para cualquiera de los cónyuges de realizar los actos de disposición allí contemplados sin la anuencia o asentimiento de su consorte, configura una incapacidad de derecho”. (13)

b) Tesis de la incapacidad de derecho relativa

Señala Perrino que la limitación establecida en el art. 1277 constituye una incapacidad de derecho relativa, “pues el cónyuge no tiene la posibilidad

(11) Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, pág. 612, parágr. 490.

(12) “Falta de asentimiento conyugal. Efectos”, JA 1978-I-719.

(13) ED 55-337. Conf., dos fallos de la misma Sala de la Cámara Civil, publicados en LL 141-45.

de disponer de los bienes porque media prohibición legal que le impide obrar". A lo cual no obsta, agrega dicho autor, que la negativa del esposo no administrador pueda ser suplida con la autorización judicial, dado que, a su juicio, la misma no viene a suplir la incapacidad, sino que la ratifica, por cuanto el titular del bien no puede disponer del mismo sin el asentimiento del otro esposo, supliendo el juez la negativa —si ello fuera procedente—, aunque sin actuar en representación de aquél. (14)

Tampoco coincidimos con esta tesis, y ello, por iguales fundamentos que los recién expresados, a los que remitimos.

c) Tesis de la incapacidad de hecho

Tampoco es a nuestro juicio factible sostener que existe una incapacidad de hecho por parte del dueño del bien, debido a que la aptitud para la realización del acto no se encuentra trabada por una insuficiencia relacionada con la inmadurez de la persona, no siendo por otra parte factible que esa inexistente incapacidad pueda ser suplida por la actuación de un representante legal o convencional suyo; además de que la cuestión no se encuentra enderezada a la protección del patrimonio de una persona considerada incapaz, sino a la del cónyuge no titular del bien. (15)

Guastavino rechaza la tesis de la existencia de una incapacidad de hecho, la cual, dice, no es exacta "por no ajustarse a la finalidad ni a las características de dicha incapacidad". Entre otros conceptos, señala dicho autor que la finalidad de la norma no es la protección de los intereses del supuesto incapaz, sino la de impedir las incorrecciones en las que el esposo titular del bien podría incurrir, a fin de evitar el fraude o despojo que podrían resultar de una gestión unipersonal de ciertos bienes en perjuicio del otro cónyuge, o de los hijos menores o incapaces, en el caso del hogar conyugal. (16) Por su parte, Jorge Mosset Iturraspe afirma que el hecho de no poder uno de los esposos en los supuestos contemplados en el art. 1277, disponer de un bien sin el asentimiento de su cónyuge, no constituye una hipótesis de incapacidad relativa que requiera un representante legal o necesario para suplirla, sino una de capacidad disminuida, que se supera con el asentimiento o, en su caso, con la autorización judicial supletoria. (17)

(14) Derecho de Familia, cit., t. I, p. 806, nro. 595.

(15) Conf., CICHERO, Néstor, "El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales", cit., ED 63-479 y sig., VI.

(16) "Naturaleza del requisito de asentimiento conyugal en el artículo 1277 del Código Civil", LL 153-634 y sig., III.

(17) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Omisión de asentimiento conyugal: ¿nulidad o inoponibilidad?", JA 1982-II-399.

Entre otros conceptos, Martínez Ruiz considera excesivo e infundado afirmar que el art. 1277 consagra una incapacidad para las personas casadas, y afirma que “más bien podría decirse, volviendo el argumento por pasiva, que el desconocerle toda participación a uno de los cónyuges en el otorgamiento de actos de disposición de bienes de una sociedad conyugal que él integra, eso sí realmente importa una subestimación injusta, en época en que la mujer asume responsabilidades cada vez más importantes por las dificultades crecientes que la familia debe afrontar”. (18)

Recordamos, por último, que se ha resuelto al respecto que “la restricción legal introducida por la reforma de 1968, mediante el nuevo texto del art. 1277 del Código Civil, no crea una incapacidad similar a la de los menores emancipados en la hipótesis del art. 135”. (19)

d) Tesis de la existencia de una restricción al dominio

Asimismo, entendemos que no resulta posible considerar que la limitación expresada en el art. 1277, ni tampoco la contenida en el art. 470 del nuevo Código, constituye una restricción al dominio, porque esa especie de restricciones afecta al bien en sí mismo, lo que no parece ocurrir con la limitación establecida por dichas disposiciones, supuesto en el cual, en todo caso, la restricción no está enfocada sobre el bien, sino sobre su titular.

e) Nuestra opinión

Por nuestra parte, nos parece claro que el requisito que establece el art. 1277 —como también lo normado en el art. 470 del nuevo Código— constituye, simplemente, una limitación a la capacidad de disponer (o en el caso del art. 470, de enajenar o gravar) por parte de los esposos (20), por cuanto, como medida de protección al cónyuge no titular del bien, o a la familia —según el caso—, de lo que precisamente se trata es de limitar la posibilidad de disponer por parte de su titular, salvo el asentimiento de su consorte o la autorización supletoria del juez. En igual sentido, De Ambrosi ha sostenido que “el asentimiento implica una limitación al poder de disposición que el art. 1276 del Código Civil atribuye a cada cónyuge sobre sus bienes propios y sobre los gananciales que administre”. (21)

(18) MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, “Las críticas a la reforma del Código Civil”, LL 140-937.

(19) CNCivil, Sala F, ED 72-535.

(20) Conf., ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., p. 611, parág. 490; TRUJILLO, Juan Carlos, “Asentimiento conyugal”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. I, Buenos Aires, 1991, p. 411, 4.

(21) “Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código civil”, LL 144-1061.

Cabe sobre el tema recordar lo expresado por Mazzinghi, en el sentido de que la autorización judicial supletoria no constituye un modo de complementar o integrar la capacidad del esposo, sino que está orientada a resolver una controversia entre el titular del dominio —que quiere enajenar el bien—, y el titular de la facultad de asentir o no con respecto a dicha enajenación. (22)

Queremos asimismo recordar que con respecto a los derechos del esposo titular del bien, se ha resuelto que “la propiedad de los bienes gananciales y el consiguiente derecho de administrar y disponer de ellos corresponde al cónyuge en cuyo nombre o por el cual los bienes son adquiridos, porque el carácter propio o ganancial de los bienes, no afecta la propiedad exclusiva de su dueño, sino que sólo la hace menos plena, en virtud del art. 1277 del Código Civil”. (23)

V. Distintas cuestiones relacionadas con la necesidad del asentimiento conyugal

Antes de entrar de lleno al análisis de los actos comprendidos en el art. 470 para los cuales se requiere el asentimiento conyugal o la supletoria autorización judicial, creemos conveniente referirnos a distintos aspectos relacionados con dicha norma, comenzando por aclarar que corresponde una interpretación restrictiva de su contenido, lo que es así debido a que en su primera parte se establece como norma general —siguiendo la pauta establecida en el art. 469— la libre administración y disposición por parte de cada uno de los cónyuges, de los bienes gananciales adquiridos por cada uno de ellos. Lo que hace que las limitaciones que resultan del art. 470 constituyan supuestos de excepción que, por ser tales, deben ser interpretados restrictivamente. (24) Hay también otros aspectos, que seguidamente analizaremos.

(22) MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 2, pág. 255, parágr. 324, d).

(23) CNFed. Civ. y Com., Sala II, LL Rep. XXXIX, J-Z, p. 2096, sum. 13.

(24) Conf., al analizar el artículo 1277 del Cód. Civil, entre otros, CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., ED 63-476 y 483, IX; GAGLIARDO, Mariano, “¿Es siempre necesario el asentimiento conyugal en las sociedades comerciales?”, ED 174-93; DE AMBROSI, Eduardo Alberto, “Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código Civil”, cit., LL 144-1072; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 816, 2; CNCiv., Sala F, ED 96-708, con nota de Borda, Guillermo A., “Acción del tercero interesado para pedir la venia del artículo 1277 del Código Civil”.

a) En principio, debe tratarse de bienes gananciales

En efecto, salvo el supuesto de la vivienda familiar o de ciertos bienes muebles, contemplados en los arts. 456 y 462 del nuevo Código —en que puede tratarse de un bien de carácter propio de uno de los esposos—, el art. 470 comprende únicamente a la realización de actos de enajenación o constitución de gravámenes sobre los bienes gananciales.

b) No se encuentran comprendidos los bienes muebles no registrables

Debemos además señalar que las limitaciones dispuestas en el art. 470 no comprenden a los bienes muebles no registrables, no obstante que pueden ser de un enorme valor —piénsese, simplemente, en cuadros de artistas reconocidos, alhajas valiosas o muebles de colección, entre otros objetos—, lo que posiblemente ocurre por la evidente dificultad de proceder a un control efectivo con relación a la transferencia o gravamen de esos bienes.

Sostiene en tal sentido Mazzinghi que los bienes que se enuncian en el art. 1277 del anterior Código —de cierta analogía con el precitado art. 470— no lo están sólo debido a su mayor valor económico, sino por la posibilidad de hacer efectivo el control que dicha disposición establece, mediante la necesidad del asentimiento conyugal. (25)

c) Debe tratarse de actos entre vivos

Y aunque nada se diga en el art. 470, va de suyo que el asentimiento que dicha disposición requiere —como también el exigido por el art. 456—, es para la realización de actos entre vivos (26), puesto que ningún asentimiento se le puede requerir al otro cónyuge cuando la disposición de un bien se realiza mediante el otorgamiento de un testamento, ya que el carácter personalísimo de dicho acto excluye la posibilidad de que se le deba solicitar al otro esposo su asentimiento al respecto. (27)

(25) Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., ps. 256 y ss., parág. 325.

(26) Conf., ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., p. 615, parág. 492; DE AMBROSI, Eduardo Alberto, "Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código Civil", cit., LL 144-1069, d); PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 807, nro. 597; MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 260, parág. 327.

(27) Recordamos lo expresado al respecto en los arts. 3618 y 3619 del Código de Vélez: art. 3618: "Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua. Art. 3619: Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Éste no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero".

Se ha resuelto en tal sentido (lo que también se aplica a los supuestos contemplados en el art. 470), que “el art. 1277 del Código Civil es aplicable cuando la disposición es por actos entre vivos, y no cuando lo es por actos de última voluntad”. (28)

d) La norma limita la necesidad del asentimiento a los actos de enajenación, así como a la constitución de gravámenes, pero no a los actos de administración

Es importante asimismo remarcar que el art. 470 limita la necesidad del asentimiento conyugal a la realización de actos de enajenación o constitución de gravámenes sobre los bienes a los que se refiere. Pero no con respecto a los actos de administración, que cada esposo puede realizar libremente con relación a los bienes que forman la masa que a cada uno de ellos le corresponde administrar. Como más arriba puntualizamos, la norma se aparta del art. 1277, al referirse a actos de *enajenación*, en lugar de *disposición*, como resulta de este último artículo, estando la enajenación en una relación de especie a género con relación a la disposición.

No obstante que, como surge de lo que se dirá, no siempre resulta sencillo hacer una diferenciación precisa entre actos de enajenación y actos de administración, dado la enorme cantidad de situaciones que pueden presentarse, creemos que, en principio y de una manera general, se puede afirmar que actos de enajenación con respecto a un bien o a un derecho son aquellos mediante los cuales se los transfiere total o parcialmente por cualquier título —venta, permuta, donación, dación en pago, renuncia, transacción—, provocando una alteración relevante o sustancial en el patrimonio. (29) Claro que, valga la aclaración, no siempre es así, pues no toda transferencia de un bien se puede considerar como un acto de enajenación (en el sentido y con el alcance que le da el art. 470), dependiendo fundamentalmente de la actividad a la que habitualmente se dedica la persona, por cuanto si la misma consiste, por ejemplo, en la venta de frutos y productos, o en la compraventa de cosas, no podría afirmarse con total seguridad que ese accionar constituya actos de esa especie. (30) María Josefa Méndez Costa afirma al respecto que “la enajenación de inmuebles o muebles registrables por el

(28) CNCiv., Sala C, ED 38-805.

(29) Conf., MEDINA, Graciela, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, AA.VV., p. 307, nro. 14.7.

(30) Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, Santa Fe, 2004, ps. 207 y ss.; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 808, nro. 598.

cónyuge titular del dominio será un acto de administración si su actividad profesional consiste en compraventa de inmuebles o muebles, porque esos actos recaen sobre bienes de capital circulante”. (31)

No obstante, al solo efecto del análisis, consideraremos a los actos de enajenación como de disposición, y trataremos de distinguirlos de los actos de administración. Un autor que ha hecho escuela con respecto a dicha distinción ha sido Alfredo Orgaz, que ha expresado al respecto que constituye un acto de administración el que, importando o no una enajenación, tiene por fin hacer producir una renta normal al patrimonio. En cambio, dice Orgaz, es acto de disposición el que, asimismo importando o no una enajenación, altera o modifica sustancialmente los elementos que forman el capital, o bien compromete su porvenir por largo tiempo. (32)

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda destacan la dificultad de establecer con precisión la distinción entre ambos tipos de actos, aunque afirman, no obstante, que, en general, todos los actos de transmisión o modificación de derechos reales sobre inmuebles o muebles registrables, requerirán el asentimiento conyugal, a pesar de que pudiera tratarse de actos de administración, como ocurriría en el supuesto de la persona casada que se dedicara a la compraventa de cosas registrables, como en el caso de lotes de terreno, automotores, embarcaciones, etc. (33) Es que si no consta ese asentimiento, los pertinentes Registros de la Propiedad no inscribirán la transferencia o el gravamen del bien, salvo que el gravamen haya sido constituido para garantizar el pago del saldo de precio de la adquisición del bien sobre el cual se constituye el mismo; es por esa razón que carece de relevancia la afirmación de que la compraventa de bienes inmuebles cuando se hace de ello profesión habitual, constituye un acto de administración y no de disposición (34), pues tratándose de bienes registrables, también en esa circunstancia se requiere el asentimiento del esposo no titular del bien, aunque más no sea por una entendible protección de los derechos de los terceros.

Llambías considera como actos de disposición aquellos que producen una modificación sustancial en el patrimonio, ya sea porque causan el desplazamiento de un valor integrante de la masa, o porque la gestión patrimonial es realizada por modos anormales, que establecen algún riesgo

(31) Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, cit., p. 207.

(32) ORGAZ, Alfredo, “El acto de administración en el Código Civil”, en Nuevos Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, 1954, p. 43 y ss.

(33) Régimen de Bienes del Matrimonio, Buenos Aires, 2004, p. 101.

(34) Véase al respecto, entre otros, DE AMBROSI, Eduardo Alberto, “Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código Civil”, cit., LL 144-1068.

para el mantenimiento del capital de la sociedad conyugal. (35) Belluscio, por su parte, afirma que *actos de disposición* “son los que disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio o comprometen su porvenir por largo tiempo, tales como la enajenación, constitución de derechos reales o arrendamiento por muchos años de inmuebles”; mientras que *actos de administración* son, a juicio de dicho autor, “los que tienen por objeto hacer producir a los bienes los beneficios que normalmente puede obtenerse de ellos, respetando su naturaleza y destino”. (36) Zannoni manifiesta que “actos de administración —o de *administración ordinaria*— son los que tienen por finalidad la conservación del capital de un patrimonio, o la obtención de rentas, utilidades o productos que correspondan de acuerdo con su destino económico”. (37)

José W. Tobías ha hecho un estudio relevante sobre el tema, donde hace referencia a distintas pautas que se han tomado en cuenta para distinguir los actos de disposición de los de administración, e inclusive de los de conservación, que considera una subespecie del acto de administración. Afirma dicho autor que la base de la distinción entre ambos tipos de actos se debe sustentar en el *riesgo*, y no obstante algunas críticas que a ello se le pueden formular, dice que esa distinción está dada por la idea del mantenimiento de la integridad del patrimonio —en un sentido económico—, lo que supone “la manutención de su potencialidad económica, con total independencia de la subsistencia o cambio de los bienes singulares o individuales que lo componen. La permanencia de la integridad patrimonial, por lo tanto, no resulta de la subsistencia inalterada de bienes individuales que componen el patrimonio, sino de la subsistencia de su potencialidad económica, es decir, de su aptitud para conservar su productividad y capacidad funcional”. (38)

(35) Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II, 4ª ed., act., nro. 1452, p. 331.

(36) Manual de Derecho de Familia, t. 2, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 117, parág. 374. Agrega Belluscio que la enajenación de muebles puede constituir un acto de administración, como cuando se vende la producción agropecuaria o las mercaderías de un comercio; pero también puede ser un acto de administración la venta de inmuebles, cuando se hace una actividad habitual la compra de tierras para su ulterior fraccionamiento y venta en lotes.

(37) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., p. 609, parágr. 488.

(38) “Actos de administración y actos de disposición”, en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, ps. 237 y ss. Dice Tobías que “ningún inconveniente existirá en calificar como actos de administración —por la inexistencia de riesgo— a aquellos actos que conducen a la renovación periódica y regular de algunos de los bienes del complejo patrimonial y a la enajenación de

Naturalmente que existen una serie de situaciones que se prestan a discusión y que, en consecuencia, dan lugar a interpretaciones encontradas, como la que se presenta en el caso de la locación de cosas, que, en principio, se puede afirmar que constituye un acto de administración; lo que no sería así en el caso de que la locación fuera por un tiempo muy prolongado. (39) Va de suyo que lo ideal sería establecer con seguridad y en forma anticipada al acto, si éste constituye un acto de disposición o de administración, para el que no se requiere el asentimiento del cónyuge; pero, como hemos visto, la cuestión no parece sencilla, dado el inmenso universo de actos posibles de realizar —muchos de los cuales pueden ser de disposición o de administración, según el caso particular—, por lo que en realidad no se puede dar una seguridad con respecto a esta cuestión, sino ciertas pautas más o menos generales.

e) El art. 470 no resulta aplicable en caso de ejecución forzada, expropiación, o debido al ejercicio de un pacto de retroventa

Asimismo y al igual que lo que ocurre en el supuesto contemplado en el art. 456, en los casos referidos en el acápite no se requiere el asentimiento del cónyuge. En efecto, tal como ha sido resuelto (lo que resulta válido como interpretación del art. 470), “la norma del art. 1277, párr. 1º, del Código Civil que exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles de naturaleza ganancial no es aplicable cuando se trata de la ejecución forzada de un inmueble ganancial, o de una expropiación”. (40) Es que en tal caso no sólo

productos, como modo de conservar su productividad y aptitud funcional o a aquellas otras enajenaciones y adquisiciones que se realizan regularmente en una estructura patrimonial cuyo objetivo es el logro de ganancias a través de la diferencia entre lo que han costado y lo que se ha recibido”.

(39) Conf., DE AMBROSI, Eduardo Alberto, “Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código civil”, cit., LL 144-1068.

(40) CNCiv., Sala B, LL 1998-D-243. Conf., CNCiv., Sala B, LL 1996-D-732; ídem, Sala C, ED 63-454; ídem, Sala D, ED 68-298; C1a.Civ. y Com. La Plata, Sala II, ED 44-543; CApel. Mercedes, Sala II, LL 1980-D-726; CCiv., Com. y Contenciosoadministrativo, 2ª Nomina-ción, Río Cuarto, LL, Rep. LX, J-Z, p. 2384, sum. 13; C2ª Apel. en lo Civ. y Com. de Córdoba, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2003-II, p. 169; MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 261, párr. 328; BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, t. 2, 8ª ed., cit., p. 121, párr. 375; ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., pág. 615, párr. 492; TRUJILLO, Juan Carlos, “Asentimiento conyugal”, cit., p. 417, nro. 11; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 808 y ss., nro. 599; AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 143; VIDAL TAQUINI, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 370, párr. 306; DE AMBROSI, Eduardo Alberto, “Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código Civil”, cit., LL 144-1069, c).

no interesa el asentimiento del esposo no titular del bien, sino tampoco el del propietario del mismo.

De igual manera, tampoco es necesario el asentimiento del cónyuge para transferir un inmueble ganancial, si la otra parte ha ejercido el derecho de retroventa, o con motivo de una expropiación, ni —es sabido— para disponer del dinero obtenido como consecuencia de esa transferencia. (41)

Lo cual es así, debido a que en ninguno de los casos referidos en este inciso se trata de la venta voluntaria de un bien, por lo que, como bien señala Borda, el cónyuge titular del bien ganancial se encuentra legalmente obligado a desprenderse del mismo, por lo que la eventual oposición del esposo no administrador no tendría efecto alguno. (42)

ANÁLISIS DE LOS ACTOS COMPRENDIDOS EN EL ART. 470 DEL NUEVO CÓDIGO

VI. El art. 470 requiere el asentimiento conyugal para enajenar o gravar los bienes registrables

Dicha limitación resulta del inc. a) del art. 470, quedando por analizar cuáles son los bienes registrables que requieren del asentimiento del cónyuge no propietario para poder ser enajenados o gravados. Sobre lo cual debe por de pronto afirmarse que puede comprender —aunque no necesariamente— tanto a los bienes inmuebles, como asimismo a los bienes muebles y a los derechos.

(41) CNCiv., Sala A, ED 218-207; BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, t. 2, 8ª ed., cit., p. 121, parágr. 375; DE AMBROSI, Eduardo Alberto, "Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código Civil", cit., LL 144-1069, a) y b).

(42) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, t. I, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 320, nro. 393.

a) *Con respecto a los bienes inmuebles*

A diferencia del anterior Código, en la nueva normativa sólo se consideran cosas inmuebles a los inmuebles por su naturaleza (43) y por accesión (44), pero no, en cambio, a *las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario* (art. 226, 2ª parte). Como se advierte, si bien la mayor parte de los inmuebles son bienes registrables, no todos lo son, por lo que, en consecuencia, para estos últimos no se requiere el asentimiento del cónyuge no propietario para su enajenación o gravamen; en efecto, si bien los frutos y cosechas pendientes constituyen inmuebles por naturaleza, desde el momento que se encuentran incorporadas al suelo de una manera orgánica (art. 225), no constituyen un bien registrable.

El anterior Código Civil se encargaba de establecer el concepto de cosas *inmuebles* en los arts. 2313 y ss., donde se aclaraba que los mismos podían ser inmuebles tanto por su naturaleza (45), como por accesión (46), por su destino —también denominados inmuebles por accesión moral— (47) o por su carácter representativo. (48) De lo que resultaba que al igual que el nuevo Código, no todos los bienes inmuebles que aquella normativa admitía como tales, eran bienes registrables, por lo que no siempre su disposición o gravamen requerían del asentimiento conyugal. También aquí es válido el ejemplo de los frutos y cosechas pendientes —que al estar incorporados

(43) El art. 225 del nuevo Código dispone que son inmuebles por naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.

(44) De acuerdo a la primera parte del art. 226, son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su accesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario.

(45) En el art. 2314 se establece que son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre.

(46) De acuerdo al art. 2315, son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad.

(47) Art. 2316: Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente.

(48) Según el art. 2317, son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis.

al suelo de una manera orgánica, forman un todo con la cosa (conf., art. 2329 del anterior Código)—, pero cuya transferencia no constituye un acto de disposición sino de administración, pues constituyen el modo normal de explotación del inmueble. (49) Y si bien en cuanto a los inmuebles por accesión la necesidad del asentimiento conyugal resulta clara (50), por cuanto las cosas adheridas al suelo con carácter de *perpetuidad* —como decía la anterior normativa— tienen el mismo carácter que el inmueble al que se encuentran adheridas, ello no es así con respecto a la transferencia o gravamen de lo que el anterior Código consideraba inmuebles por su destino, como pueden ser los útiles de labranza de un campo, para disponer de los cuales resultaba sencillamente absurdo exigir el asentimiento conyugal, no sólo por su normalmente escasa relevancia económica, sino también por la prácticamente imposibilidad de control, trabando la exigencia de ese asentimiento en forma innecesaria, la libre administración del inmueble por parte del cónyuge titular del mismo. (51)

La necesidad del asentimiento del esposo no titular del bien también es exigible cuando el titular lo embarga voluntariamente para garantizar el pago de una deuda, o como contracautela de la traba de una medida cautelar (52), habiéndose resuelto al respecto que “si se ofrece como contracautela un inmueble ganancial, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1277, Código Civil)”. (53) Cabe a todo evento señalar con relación a los *gravámenes*, que los mismos consisten en derechos reales de garantía constituidos a favor de un acreedor sobre bienes de su deudor, para garantizar el pago de su crédito, pudiendo esos bienes, según el tipo de gravamen, quedar en poder del deudor —como en el caso de la hipoteca (art. 2205 del nuevo Código)—, o ser la posesión del bien entregada al acreedor, como en el anticresis (art. 2212). La prenda, en cambio, se puede constituir sobre bienes muebles o sobre créditos, los que deberán ser entregados al acreedor, o quedar en poder del deudor, como es en el supuesto de la prenda con registro (arts. 2219 y 2220).

(49) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 277, parágr. 338, a).

(50) Conf., CRESPI, Jorge Edgardo, “Administración y disposición de bienes en el matrimonio”, ED 37-898, VIII, a); PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 814, nro. 603, a).

(51) MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 376, parágr. 331, c). Conf., PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 814, nro. 603, a).

(52) MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 276, parágr. 336.

(53) CNCivil, Sala B, ED 36-708.

b) *Derechos o bienes muebles registrables*

Debemos por de pronto señalar que dentro de los derechos registrables se encuentran incluidos la constitución de derechos reales, tales como el usufructo, las servidumbres, hipoteca, anticresis, prenda con registro.

Además, existen una cantidad de leyes que establecen la necesidad del registro de ciertos derechos o bienes muebles, aunque no resulta claro si la norma del art. 470 comprende en su contenido a todos los derechos y bienes muebles que de alguna manera deben ser registrados —cualquiera que sea el alcance de esa registración—, o si, en cambio, sólo se refiere a aquellos cuyo registro es indispensable a los efectos ya sea de perfeccionar el derecho real objeto del acto jurídico, o el derecho a escriturar —u obtener el reconocimiento de otros derechos— a favor de la persona a cuyo nombre se practica el registro, así como también, de reconocer en cabeza de un tercero la existencia de un derecho real de garantía constituido a su favor. Nosotros creemos que dicha norma debe ser aplicada en todos estos últimos supuestos, pues es precisamente en ellos que la ley quiere que el cónyuge no administrador pueda controlar y deba prestar su asentimiento al respecto, de manera de lograr la protección del patrimonio conyugal, que, como hemos señalado, es la finalidad de la norma. Por otra parte, cuando el art. 470 hace referencia a *los bienes registrables*, resulta a nuestro juicio suficiente la existencia de una ley que imponga el registro obligatorio de los derechos o bienes muebles, no interesando a los efectos de la necesidad del asentimiento conyugal, si ese Registro es de carácter público o privado (54), pues ninguna distinción se hace en dicha norma, pareciendo de todas maneras razonable exigir que los Registros privados deban ser reconocidos por el Estado. Por ello es que, de acuerdo a lo que más adelante se dirá, el asentimiento conyugal debe ser prestado, por ejemplo, cuando se trata de la venta de caballos de pura sangre de carrera, cuya propiedad y su transmisión deben ser inscriptos en un registro genealógico, que, en el caso, no es público sino privado, y que se encuentra reconocido por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, tal como resulta del contenido de la ley 20.378. (55)

(54) Conf., AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 145; TRUJILLO, Juan Carlos, "Asentimiento conyugal", cit., p. 418, b); OCAMPO, Carlos Guillermo, "Sociedad conyugal: gestión de los bienes", en Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, t. III, 1994, p. 688, nro. 4).

(55) Conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., Régimen de Bienes del Matrimonio, cit., p. 106. Conf. en cuanto a que no debe distinguirse entre los Registros públicos o privados, NISSEN, Ricardo Augusto, "El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales", cit., LL 1997-F-754 y sig., IV;

Aunque también creemos que no es suficiente la sola existencia de una ley —ya sea en sentido material o formal— que imponga el registro obligatorio recién aludido, sino que la disposición legal de que se trate debe ser de carácter nacional, por cuanto, de otra manera, se estarían imponiendo requisitos a determinados actos que de conformidad a lo dispuesto por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, deben ser legislados por el Congreso de la Nación. (56)

Seguidamente nos referiremos a distintos supuestos con relación a los cuales analizaremos si para su transmisión o gravamen resulta o no necesario el asentimiento del cónyuge no titular del bien.

1° Automotores, aeronaves y buques

Corresponde el asentimiento conyugal que requiere el art. 470, cuando se trata de disponer o gravar automotores (dec.-ley 6582/1958, ratificado por la ley 14.457, dec.-ley 5120/63, y leyes 20.167 y 22.977), debiendo ser entendido dicho término en un sentido comprensivo de un amplio espectro de vehículos (57), como también aeronaves (arts. 49 y 50 de la ley 17.285) y buques y artefactos navales (arts. 50, 154 y 159 de la ley 20.094).

2° Lotes previamente fraccionados y vendidos a plazos, y ley de prehorizontalidad

También es necesario el asentimiento conyugal en el caso de la transmisión de derechos constituidos sobre lotes previamente fraccionados y

DE AMBROSI, Eduardo Alberto, "Algunas consideraciones sobre el artículo 1277 del Código Civil", cit., LL 144-1069, b).

(56) Conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., Régimen de Bienes del Matrimonio, cit., ps. 106 y ss.

(57) El art. 1° de la ley 24.673 modificó el art. 5° del dec.-ley 6582/1958 y la ley 22.977, al disponer que a los efectos del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, "serán considerados automotores los siguientes vehículos: automóviles, camiones, inclusive los llamados tractores para semirremolque, camionetas, rurales, jeeps, furgones de reparto, ómnibus, microómnibus y colectivos, sus respectivos remolques y acoplados, todos ellos aun cuando no estuvieran carrozados, las maquinarias agrícolas incluidos tractores, cosechadoras, grúas, maquinarias viales y todas aquellas que se autopropulsen. El Poder Ejecutivo podrá disponer, por vía de reglamentación, la inclusión de otros vehículos automotores en el régimen establecido". Además, el art. 1° de la disposición 849/1996, dictada por la Dirección de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, exigió con carácter obligatorio la inscripción de dichos vehículos en ese Registro.

vendidos a plazos (ley 14.005). También era necesario por aplicación de la ley 19.724 de prehorizontalidad (58), que fue derogada por la ley 26.994.

3° Marcas de fábrica, comercio y agricultura

Como la propiedad y el derecho de uso exclusivo de las marcas de fábrica, comercio y agricultura se obtiene con su registro (art. 4° de la ley 22.362), de ser bienes gananciales, su enajenación o gravamen requieren del asentimiento conyugal. (59)

4° Semovientes

En lo que respecta a los semovientes, los mismos constituyen cosas muebles no registrables, que se encuentran sujetos —de poseerse— a la presunción de propiedad establecida en los arts. 1939, 1ª parte y 1895 del nuevo Código, pues lo que se registra es la marca, y no los animales, por lo que su transmisión o gravamen no exigen el asentimiento conyugal. Lo mismo es en el caso de los animales de *pedigree*, por cuanto no existe una disposición legal que exija el registro de los mismos, que se realiza en una entidad privada al solo efecto de acreditar la genealogía de los animales. (60)

Debe además tenerse presente en el análisis, que, por lo general, la venta de animales constituye un acto de administración y no de disposición (61), por cuanto un acto de esa naturaleza suele formar parte del giro comercial de la empresa agropecuaria; por otra parte y tal como más arriba hemos señalado, los actos comprendidos en el art. 470 deben ser interpretados en forma restrictiva, por tratarse de supuestos de excepción.

Zannoni en cambio afirma, con relación al ganado, que se requiere el asentimiento conyugal para su transferencia en los casos en que —como ocurre de acuerdo a los códigos rurales de distintas provincias—, la reglamentación exige el registro de las marcas de ganadería para gozar de la presunción de propiedad del ganado. (62) Con lo que discrepamos,

(58) Conf., PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 815, 2).

(59) Conf., AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., ps. 145 y sig.; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, pág. 820, 4); MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 284, parágr. 340.

(60) PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 817, 3).

(61) Véase asimismo la res. 325 del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, de fecha 3 de mayo de 2013.

(62) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., p. 618, parágr. 494, b). Conf., CRESPI, Jorge Edgardo, “Administración y disposición de bienes en el matrimonio”, cit., ED 37-899, VIII, c).

debiendo tenerse en cuenta al respecto que las disposiciones legales de carácter provincial que establecen esa presunción de propiedad, son claramente inconstitucionales, por el hecho de inmiscuirse en materias propias del Código Civil, que deben ser dictadas únicamente por el Congreso de la Nación (art. 75 inc. 12, CN). Sin perjuicio de lo cual, no podemos dejar de señalar que, en la práctica, que tengamos conocimiento, en ninguna provincia se requiere el asentimiento conyugal para la transferencia de ganado.

Distinto es el caso de los caballos de carrera, cuya transmisión de dominio, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2º de la ley 20.378, *sólo se perfeccionará entre las partes y respecto de terceros, mediante la inscripción en los Registros Genealógicos* reconocidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, por lo cual, para su disposición o gravamen se requiere el asentimiento conyugal. (63)

5º Debentures nominativos, warrants y derechos mineros de exploración y cateo

Los debentures nominativos, legislados en el art. 335 de la ley 19.550 de sociedades, los warrants —art. 8º, ley 9643 (64)—, y los derechos mineros de exploración y cateo, también constituyen derechos registrables, por lo que para su disposición requieren del asentimiento conyugal por parte del esposo no titular de los mismos. (65)

VII. Acciones nominativas no endosables y las no cartulares

a) La disposición proyectada

De conformidad al inc. b) del art. 470, para la enajenación o el gravamen de las acciones nominativas no endosables y las no cartulares —denominadas escriturales (conf., art. 215, ley 19.550)—, se requiere el asentimiento conyugal. No obstante, se hace una excepción con relación a las acciones *autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824.*

(63) Conf., AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., ps. 146 y sig., 3; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 816 y sig., 3); OCAMPO, Carlos Guillermo, "Sociedad conyugal: gestión de los bienes", cit., p. 690, h).

(64) Dicha norma dispone que el warrant será siempre nominativo. El primer endoso del certificado de depósito, o en su caso del warrant, se extenderá al dorso del respectivo documento, debiendo, para su validez, ser registrado en los libros de la empresa emisora dentro del término de seis días...

(65) BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, t. 2, 8ª ed., cit., p. 122, parágr. 375.

En virtud de lo dispuesto por la ley 24.587, las acciones representadas en títulos sólo pueden ser emitidas en forma nominativa no endosable, por lo que de acuerdo al nuevo Código, para la enajenación o gravamen de todas las acciones representadas en títulos (denominadas *cartulares*), se requiere el asentimiento conyugal. Y en cuanto a las acciones que el art. 470 denomina *no cartulares* (o escriturales), que son aquellas que surgen de inscripciones en cuentas llevadas a nombre de sus titulares por la sociedad emisora (o por bancos comerciales o de inversión o cajas de valores autorizadas) en un registro de acciones escriturales al que se aplica en lo pertinente la disposición establecida en el art. 213 de la ley 19.550, para su enajenación o gravamen también se requiere el asentimiento del esposo no titular de las acciones.

No dejamos de advertir que la necesidad del asentimiento conyugal para la transferencia de las acciones de que se trata, puede traer aparejadas ciertas dificultades prácticas para determinar el verdadero estado civil del vendedor, tanto para el comprador de las acciones, como para la sociedad que debe registrar la transferencia a nombre del mismo. (66) La crítica en contra de la necesidad del asentimiento del cónyuge ha puesto además el acento en la informalidad de los actos de comercio, y en que dicho requisito demoraría en forma injustificada la celeridad que en ocasiones requiere la transferencia de las acciones, lo que ha sido criticado por Nissen, que afirma que ese argumento se ha convertido en una de las tantas muletillas o dogmas que se repiten desde hace tiempo y que, a juicio de dicho autor, no constituyen valores que deben ser tomados en cuenta para concluir en la necesidad o no de dicho asentimiento. Dice Nissen que ni la celeridad ni la informalidad pueden prevalecer sobre la seguridad jurídica o la tranquilidad familiar, y que dichas supuestas características de las operaciones comerciales sólo se justifican en determinados ámbitos, como el bursátil, para lo cual el asentimiento conyugal podría quedar suplido por un apoderamiento genérico otorgado en forma anticipada por el esposo no administrador. Pero con relación a la transferencia de participaciones en sociedades anónimas que no hacen oferta pública de sus acciones, así como en los restantes tipos sociales, agrega, no se requiere una celeridad especial, ni tampoco beneficia a nadie prescindir de su necesaria instrumentación, demostrando la experiencia,

(66) Véase al respecto lo expresado sobre ello por MEDINA, Graciela, en la nota "Aplicabilidad del artículo 1277 del Código Civil a la transferencia o gravámenes de acciones nominativas endosables" (LL 1986-E-1049 y sig.). No obstante reconocer las dificultades de implementación de la registración del asentimiento conyugal en el caso en análisis, dicha autora afirma que las mismas no tienen idoneidad suficiente como para enervar la aplicación en el caso del actualmente derogado art. 1277 del Código Civil.

dice, que no son pocos los casos en que el patrimonio conyugal se encuentra incluido dentro del patrimonio de sociedades anónimas de las cuales los cónyuges son los titulares del paquete accionario de control, pudiendo ocurrir que pretender prescindir del asentimiento del esposo no administrador, lleve a que el cónyuge titular disponga inconsultamente de tales patrimonios, lo que podría conducir a la consumación de actos fraudulentos o simulados. (67)

Como más arriba señalamos, en el inciso en análisis se hace excepción con respecto a la necesidad del asentimiento conyugal para la enajenación o gravamen de las acciones *autorizadas para la oferta pública*, (68) con lo cual se sigue lo establecido en el art. 34 del dec. 659/1974, que dispone la innecesariedad del asentimiento para la transferencia o prenda de títulos nominativos depositados en la Caja de Valores.

Señalamos, asimismo, que en la última parte del inc. b) del art. 470 se dispone que ello es así *sin perjuicio de la aplicación del art. 1824*, que establece que *el incumplimiento del requisito previsto en el art. 470, inc. b) en los títulos nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo, se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública*. Con lo cual se crea una razonable duda, por cuanto si los títulos valores incorporados a la oferta pública constituyen una excepción a la necesidad del asentimiento conyugal para su enajenación o gravamen, no se advierte la razón de la aplicación con respecto a los mismos, del art. 1824.

b) La normativa anterior

Tal como resulta de lo hasta aquí dicho, bien se puede afirmar que el nuevo Código confirma la normativa antes vigente con relación a la necesidad del asentimiento conyugal para la transferencia de acciones, todas las cuales —con la salvedad de las autorizadas para la oferta pública—, debían ser inscriptas a nombre del adquirente en el Registro de acciones

(67) “El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales”, cit., LL 1997-F-756, VI.

(68) En realidad, debió haberse referido a las acciones que se transfieren mediante oferta pública en el Mercado de Valores —o una frase similar—, y no, simplemente, a las autorizadas a tal efecto, por cuanto puede ocurrir que una sociedad que se encuentre autorizada para la oferta pública, las transfiera en forma privada.

que debe llevar cada sociedad —conf. leyes 23.299 (69) y 24.587 (70)—, y en consecuencia, requerían de dicho asentimiento conyugal para su enajenación o gravamen.

A esa conclusión se había arribado, sin importar el hecho de que el Registro no fuera llevado por una dependencia oficial. (71) Recordamos, asimismo, que en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se aprobó que “la disposición de acciones nominativas o escriturales de sociedades por acciones exige el asentimiento del art. 1277 del Código Civil...”

VIII. El asentimiento para enajenar o gravar las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inc. b) del art. 470

El inc. c) del art. 470 del Código establece la necesidad del asentimiento conyugal *para enajenar o gravar las participaciones en sociedades* que no

(69) Cabe señalar que ni esta ley, ni el dec. 83/1986, reglamentario de la misma, requieren el asentimiento del cónyuge del titular de las acciones para que éstas puedan ser transferidas a terceros, o gravadas, no obstante lo cual, Graciela Medina le resta valor a dicha circunstancia, debido a que, según manifiesta, no es relevante que el citado decreto nada haya establecido al respecto, ya que el consentimiento del cónyuge ya estaba establecido por el art. 1277 del Código derogado, el cual, agrega, constituye un imperativo de orden público (“Aplicabilidad del artículo 1277 del Código Civil a la transferencia o gravámenes de acciones nominativas endosables” cit., LL 1986-E-1050).

(70) Conf., NISSEN, Ricardo Augusto, “El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales” cit., LL 1997-F-754; AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 145; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 818, 1); MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, cit., p. 200, quien recuerda que el Capítulo Permanente de la Sociedad por Acciones de la Cámara de Sociedades Anónimas emitió en septiembre de 1989 una Declaración según la cual, el asentimiento conyugal no es exigido por el art. 1277 para la transferencia de acciones nominativas. Conf., asimismo, en cuanto a la necesidad del asentimiento para la disposición o gravamen de acciones nominativas, CRESPI, Jorge Edgardo, “Administración y disposición de bienes en el matrimonio” cit., ED 37-898, VIII, b); VIDAL TAQUINI, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 344, parágr. 292; ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., p. 619, parágr. 494, y “Disolución de la sociedad conyugal por divorcio o por muerte y medidas cautelares que pueden afectar las participaciones de los cónyuges en sociedades comerciales”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 32, ps. 139 y sig., nro. 1; OCAMPO, Carlos Guillermo, “Sociedad conyugal: gestión de los bienes” cit., p. 689, d); MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 281, parágr. 340; CNCivil, Sala E, LL 1999-A-174. Contra, GAGLIARDO, Mariano, “¿Es siempre necesario el asentimiento conyugal en las sociedades comerciales?” cit., ED 174-94.

(71) MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 281, parágr. 340.

estuvieran exceptuadas en el inc. b), o sea, de las participaciones en sociedades que no coticen en el Mercado de Valores, ya que las que cotizan se encuentran expresamente exceptuadas de requerir el asentimiento del cónyuge no titular de las mismas. Como se advierte, el inciso comprende a la participación que uno de los cónyuges tuviera en cualesquiera sociedades distintas a las que coticen en el Mercado de Valores, para cuya transferencia o gravamen se requiere el asentimiento del esposo no titular de esas participaciones.

Con respecto a la anterior normativa, recordamos la opinión de Mazzinghi, quien afirma que el asentimiento conyugal se requiere para la transferencia o gravamen de las cuotas sociales del socio de una sociedad comercial, debido a que los contratos de sociedades comerciales deben ser inscriptos en un Registro —en el caso, de carácter público—, conforme resulta de los arts. 36 inc. 3º y 39 del anterior Código de Comercio, así como de los arts. 5º y 7º de la ley 19.550. (72)

Un caso especial lo constituye el de las sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales las cuotas constituyen derechos de los socios que deben ser registradas en un registro público, conforme resulta de los arts. 5º y 7º de la ley 19.550, por lo que, a nuestro juicio, el supuesto también se encuentra comprendido dentro del contenido del inc. a) del art. 470, que hace mención al consentimiento de ambos cónyuges para enajenar o gravar los bienes registrables. (73) De acuerdo a dicha conclusión, se ha resuelto la necesidad del asentimiento conyugal requerido por el anterior art. 1277 del Código, si se solicita la venta de cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada. (74)

(72) MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 281, parágr. 340.

(73) Lo que también resultaba conforme a la disposición establecida en el anterior art. 1277. Conf., Gowland, Alberto J., "La Sociedad Comercial como instrumento de fraude a la Sociedad Conyugal", ED 180-1291; Méndez Costa, María Josefa, Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, ps. 208 y sigte., VI); Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 818 y sigte., 2) y 3); Fleitas Ortiz de Rozas, Abel - Rove-da, Eduardo G., Régimen de Bienes del Matrimonio, cit., p. 104; Mazzinghi, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., ps. 271 y sigte., parágr. 333, 4.; Ocampo, Carlos Guillermo, "Sociedad conyugal: gestión de los bienes", cit., p. 689, f). Contra, Gagliardo, Mariano, "¿Es siempre necesario el asentimiento conyugal en las sociedades comerciales?", cit., ED 174-92.

(74) CNCiv., Sala B, ED 87-144; C1ª Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, ED 174-91, con nota crítica cit. de Gagliardo, Mariano, "¿Es siempre necesario el asentimiento conyugal en las sociedades comerciales?"; y LL 1997-F-751, con nota cit. de Nissen, Ricardo Augusto, "El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales".

IX. La enajenación o gravamen de establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios

El nuevo Código también requiere el asentimiento del cónyuge no titular para enajenar o gravar establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios (inc. d] del art. 470). Se trata de establecimientos no constituidos como sociedades, por cuanto tanto la enajenación y el gravamen de las acciones de éstos, como de las participaciones en otra especie de sociedades, ya están contemplados en los incs. b) y c) de dicho artículo.

Dentro del inciso en análisis se encuentran comprendidos los fondos de comercio, con respecto a los cuales antes de la reforma la doctrina se encontraba dividida con respecto a la necesidad del asentimiento conyugal en el supuesto de su transferencia, habiendo establecido la ley 11.687 un régimen de publicidad en virtud del cual la transferencia debe ser inscrita en la Inspección General de Justicia para que produzca efectos contra terceros. Con respecto al régimen actual (antes de la reforma), Mazzinghi —con quien coincidimos— afirma que para la transferencia de un fondo de comercio es necesario el asentimiento del esposo no titular, lo que sostiene con fundamento en que si bien según la ley 11.867, la inscripción de la transferencia no hace a la validez del contrato entre las partes, pues sólo lo hace oponible a terceros, al ser la misma de registro obligatorio, el asentimiento conyugal es a su juicio exigible. (75) Borda también coincide con la necesidad del asentimiento conyugal, por la razón recién expresada sobre que la registración de la transferencia del fondo resulta obligatoria (art. 7º, ley 11.687), y además, porque cualquier duda al respecto debe, a su juicio, resolverse de acuerdo al espíritu de la ley, que es el de requerir ese asentimiento para la disposición de los bienes gananciales más importantes, siendo el fondo de comercio uno de ellos. (76)

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, en cambio, afirman la innecesidad del asentimiento conyugal para la transferencia de un fondo de comercio, lo que fundamentan en la afirmación de no tratarse de un bien mueble o derecho cuyo registro haya sido impuesto por la ley, ya que, dicen, la titularidad no es objeto de registro, sino únicamente su transferencia, y

(75) Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., p. 283, parágr. 340, e). Conf. con la necesidad del asentimiento conyugal —o la supletoria autorización judicial— en el supuesto de la transferencia de fondos de comercio, CRESPI, Jorge Edgardo, “Administración y disposición de bienes en el matrimonio”, cit., ED 37-898, VIII, b); ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., p. 619, parágr. 494; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 822; CJ de Salta, Sala II, ED 61-615.

(76) Tratado de Derecho Civil. Familia, t. I, 10ª ed., cit., p. 319, nro. 392, b).

ello, sólo para ser oponible a los terceros, pues entre las partes constituyen requisitos suficientes el acuerdo de las mismas y la tradición. (77) También Vidal Taquini considera innecesario el asentimiento conyugal para la transferencia de un fondo de comercio, aunque aclara que al no tener el mismo una personalidad jurídica, sino, en todo caso, constituir el fondo una universalidad de hecho, para la transferencia de los elementos que lo componen —que conservan su individualidad—, deben observarse en cada caso las formalidades prescriptas por la ley; por lo que, por ejemplo, de transferirse un inmueble que forma parte del fondo de comercio, se requerirá el asentimiento del cónyuge. (78)

X. Las promesas de los actos comprendidos en los incs. a) a d) inclusive, del art. 470

a) La solución establecida

Por último, el art. 470 también requiere el asentimiento conyugal para la realización de los actos mediante los cuales se promete la enajenación o la constitución de un gravamen sobre los bienes comprendidos en los distintos incisos que contiene dicha norma.

Dentro de las promesas a que se refiere la disposición en análisis, se encuentra contemplado un supuesto de relevancia y que ha suscitado variadas controversias tanto doctrinarias como jurisprudenciales, consistente en la necesidad del asentimiento conyugal en el acto de la suscripción de una promesa de venta de un inmueble mediante el denominado boleto de compraventa. Si bien el nuevo Código despeja toda duda al respecto en cuanto a la necesidad del asentimiento, creemos de interés recordar la controversia que existió al respecto.

b) La cuestión de acuerdo a las normas del anterior Código Civil

En la inmensa mayoría de los casos, cuando se suscribe un boleto de compraventa de un inmueble de carácter ganancial, en la práctica el comprador requiere, además de la firma del vendedor, el asentimiento

(77) Régimen de Bienes del Matrimonio, cit., p. 107. Conf., BELLUSCIO, Augusto C., “El régimen matrimonial de bienes en la reforma del Código Civil”, LL 131-1469, y Manual de Derecho de Familia, t. 2, 8ª ed., cit., p. 123, parágr. 375; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, cit., p. 202; CNCom., Sala A, LL 1980-A-556; AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 146, 2.

(78) Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 348 y sigte., parágr. 293. Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, cit., p. 202.

de su cónyuge, no titular del bien, para, de tal manera, evitar una futura oposición al acto por parte del mismo. Pero lo cierto es que no siempre ocurre así, lo que llevó durante la vigencia del Código de Vélez a la discrepancia apuntada. Existen al respecto distintas opiniones, que reseñaremos a continuación.

1° Doctrina según la cual el asentimiento sólo es necesario en el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio

Había autores que afirman —con los cuales hemos coincidimos— que en razón de que como consecuencia inmediata de la suscripción de un boleto de compraventa de un inmueble no se produce la transferencia de dominio del bien, no resulta necesario que constara en el mismo el asentimiento del cónyuge no titular requerido por el anterior art. 1277 del Código, por cuanto en dicho instrumento el promitente sólo se obliga a entregar la posesión del bien y a otorgar la escritura pública traslativa de dominio (arts. 577, 1184, inc. 1° y 1185), no constituyendo de por sí el boleto un acto de disposición sobre la cosa. Por lo cual, el asentimiento del cónyuge no administrador sólo es necesario en el acto del otorgamiento de la escritura (79), asumiendo

(79) CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., ED 63-472; AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 142; y “Los contratos celebrados por uno de los cónyuges y el asentimiento del artículo 1277 del Código Civil”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, nro. 42, marzo-abril 2009, ps. 2 y sigte., II, 2.; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 811 y sigte., nro. 601; LOYARTE, Dolores - ROTONDA, Adriana Esther, “La separación de hecho y la necesidad del asentimiento conyugal”, cit., LL 1994-D-231, V; MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, t. 2, 4ª ed., cit., ps. 261 y sigtes., parágr. 329, quien al igual que Cichero, argumenta con el supuesto de la promesa de venta de una cosa ajena, pudiendo una persona que no es propietaria de la misma, dice, prometerla en venta, con lo que asume la obligación de adquirirla de su propietario y transferirla luego al comprador (art. 1329, Código Civil); véase en ese sentido un fallo de la CNCiv., Sala E, LL 155-547; ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 1, 5ª ed., cit., p. 616, parágr. 493; FASSI, Santiago C., “El consentimiento del cónyuge del artículo 1277 del Código Civil”, LL 1976-B, 529, V; VIDAL TAQUINI, Carlos H., El régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 368, parágr. 306, lo que es así, afirma dicho autor, aunque se considere que el boleto de compraventa constituye un acto de disposición, por lo cual del hecho de no prestar en esa etapa el asentimiento no emerge ninguna nulidad del boleto. Conf., asimismo, CNCiv., Sala A, LL 1978-A-407; ídem íd., LL 1987-B-562; ídem íd., LL 1996-C-223, con nota cit. de BAYO, Oscar A., “El asentimiento de los cónyuges en la venta de inmuebles de carácter ganancial”; ídem, Sala E, LL 155-547; ídem íd., LL 1978-D-735; ídem íd., LL 1996-E-17; ídem, Sala F, LL 1999-B-161; ídem, Sala G, LL 1990-D-404; ídem, Sala J, LL 1997-D-513, con nota de HERRERA, Micaela, “Asentimiento conyugal en los juicios por escrituración”; SC Buenos Aires, ED 190-292; CApel. Civ. y Com. de Morón, Sala I, ED 95-588.

do el vendedor en el boleto, como una obligación implícita, conseguir ese asentimiento en el acto del otorgamiento de la escritura.

Lo que hace que la omisión del asentimiento por parte del esposo no titular del bien en el boleto de compraventa, no lleva a la nulidad del acto. Cichero coincide con lo expresado, y, entre otros argumentos, recuerda que incluso tratándose de la venta de cosas parcialmente ajenas, en la que no se requiere sólo el asentimiento del condómino, sino un consentimiento del mismo, la nulidad del acto —relativa— queda cubierta en el supuesto de que el comunero que no intervino en el acto, lo ratificara, o por devenir el vendedor sucesor particular o universal de aquél (conf., arts. 1329, 1330, 1331, 2504 y 2683, del anterior Código). (80)

En el fallo de la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, antes citado en nota, se dijo que “la suscripción de un boleto de compraventa sin el asentimiento conyugal previsto por el art. 1277 del Código Civil debe ser entendida en el sentido de que el firmante asumió el compromiso de obtenerlo para la oportunidad de formalizar la escritura traslativa de dominio, obligándose a resarcir al adquirente los perjuicios derivados de la frustración de ese negocio”. (81) Y aunque no se trata de inmuebles, con respecto a la cesión de las cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada recordamos que se ha decidido que si la misma ha sido practicada sin cumplimentar las formalidades legales y sin que se haya dado el asentimiento conyugal requerido —en el caso, en instrumento privado sin firma certificada—, la misma “obliga válidamente al cónyuge otorgante, quien deberá en oportunidad de transferir el dominio otorgar el título suficiente con asentimiento conyugal. Ello así, pues resulta innecesario el asentimiento conyugal en un contrato en el que las partes se están obligando a otorgar otro pacto con las formas legales”. (82)

Desde ya que si las partes del negocio jurídico subordinaron la validez del acto a la obtención del necesario asentimiento conyugal, pero sin que el vendedor se hubiera obligado a obtenerlo, en el caso de que el asentimiento no se obtuviera sin culpa de este último, el acto quedará sin efecto, sin responsabilidad por parte del vendedor (conf., art. 888 del Código Civil). (83)

(80) CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, cit., ED 63-473.

(81) LL 1996-E-17. Se han dictado innumerables fallos en ese sentido, recordando, entre otros, CNCiv., Sala A, LL 1978-A-407; ídem íd., LL 1978-C-304; LL 1987-B-562; ídem, Sala B, ED 142-226; ídem, Sala E, LL 1978-D-735; CNCom., Sala A, ED 73-229; etc.

(82) C1ª Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, LL 1997-F-752.

(83) Conf., CNCiv., Sala C, LL 1977-C-49.

Debemos no obstante señalar con respecto a la conclusión arribada sobre la innecesariedad del asentimiento conyugal en el boleto de compraventa, que un mínimo de prudencia indica la conveniencia de que en ese instrumento conste la conformidad del esposo no titular del bien, de manera de evitar ulterioridades resultantes del hecho de negarse este último a otorgar el asentimiento en la escritura traslativa de dominio.

2° Doctrina que afirma la necesidad del asentimiento conyugal en el boleto de compraventa

Otra parte de la doctrina (84), en cambio, entiende que si bien para la transmisión del dominio de un inmueble resulta necesario —entre las partes del acto— la escritura pública y la entrega de la posesión (arts. 577, 1184, inc. 1° y 1185), la obligación asumida en el boleto de compraventa de otorgar la escritura pública, implica un acto de disposición, dado el derecho de que se le confiere al comprador de ejecutar el boleto y lograr, de esa manera, la transferencia a su favor del dominio del inmueble, que para tener efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble.

María Josefa Méndez Costa se inclina por considerar al boleto un acto de disposición —lo que sostiene no obstante afirmar que el acto no exterioriza un negocio de enajenación—, debido al riesgo que acompaña al negocio, ya que si bien —dice— el acto debe ser formalizado en escritura pública, ello va acompañado de ciertos efectos sustitutivos de definida trascendencia sobre el patrimonio del esposo titular del bien, tales como el de poder el juez otorgar la escritura si aquel se rehúsa a hacerlo, o de resolverse el negocio en la satisfacción de los daños y perjuicios causados al adquirente. (85) En el trabajo publicado en *Jurisprudencia Argentina* recién citado en nota, no obstante expresar sus dudas al respecto, Méndez Costa afirma que el asentimiento expresado por el esposo no titular del bien en el boleto de compraventa, “exime de la necesidad de repetirlo en la escrituración porque no está establecida la formalidad del instrumento público para el asentimiento, sin perjuicio del derecho del comprador a reclamar que se preste en él para evitar observaciones a su título”.

(84) CRESPI, Jorge Edgardo, “Administración y disposición de bienes en el matrimonio”, cit., ED 37-898, VII, b); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - Roveda, Eduardo G., Régimen de Bienes del Matrimonio, cit., p. 102.

(85) Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, cit., p. 205. Véase, también, de la misma autora, “Obligación de resarcir emergente del incumplimiento del boleto de compraventa y deudas de los cónyuges con respecto al acreedor”, JA 1981-II-104 y sigte.

En el sentido de la necesidad del asentimiento conyugal en el boleto de compraventa se ha resuelto que “la concertación del boleto de compraventa sobre un inmueble ganancial reviste el carácter de acto de disposición en los términos del art. 1277 del Código Civil”. (86)

3° Doctrina que afirma que el asentimiento conyugal sólo es necesario en el boleto de compraventa, cuando éste deba ser inscripto en un registro público

También hay quienes, en una posición distinta a las dos que anteceden, entienden que el asentimiento conyugal debe ser prestado en el boleto de compraventa, únicamente en los supuestos en los que la ley dispone que el mismo debe ser obligatoriamente registrado. Tal lo establecido en las leyes 14.005 (venta de inmueble fraccionados en lotes y pagadero a plazos) y 19.724, de prehorizontalidad. (87)

c) La relevancia de la solución en la práctica

La cuestión en análisis era relevante, sobre todo en la práctica, pues la falta de asentimiento por parte del esposo no titular del bien puede causar serios problemas tanto al promitente de la venta, por la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al comprador, derivados del incumplimiento incurrido —ya que ante la omisión del asentimiento, el Registro de la Propiedad no inscribirá el acto—, como también, naturalmente, al comprador, que para adquirir el inmueble debe iniciar una acción judicial por escrituración, con un resultado incierto, puesto que la autorización judicial supletoria que en ese supuesto debe ser requerida, depende de la existencia o no de justa causa de oposición por parte del cónyuge no administrador. Si el juez considera viable la oposición de este último, no debe hacer lugar a la autorización que se le requiere, debiendo en tal caso el vendedor resarcir los perjuicios causados al comprador por el no cumplimiento de las obligaciones que asumió en el boleto. (88)

Santiago Carlos Fassi afirma que si el esposo titular del bien no ocultó su estado civil, no es responsable por la falta de otorgamiento del acto derivada de la negativa de su cónyuge de prestar el “consentimiento” para escriturar. Por lo cual, dice dicho autor que el mismo sólo responde

(86) CNCiv., Sala B, ED 42-608; ídem, Sala E, ED 47-522; ídem íd., LL 151-384.

(87) HERRERA, Micaela, “Asentimiento conyugal en los juicios por escrituración”, cit., LL 1997-D-514.

(88) Conf., CNCiv., Sala C, LL 1977-C-49; ídem íd., LL 1978-D-356; ídem íd., LL 1982-B-82; ídem, Sala E, LL 146-879, 28.791-S; ídem íd., LL 155-547; ídem, Sala F, LL 1977-D-692, 34.371-S; SC Buenos Aires, JA 1981-II-98.

si había obrado de mala fe declarando ser soltero o viudo, siendo la falta de determinación del estado civil o la ausencia del consentimiento del cónyuge, imputables a la negligencia del adquirente, que debió haber exigido una manifestación al respecto y la concurrencia al acto por parte del esposo no administrador. Y agrega que nadie puede ampararse en su propia torpeza, pues el adquirente debe saber que para la validez del acto es necesaria esa concurrencia, debiendo, por tanto, someterse a las consecuencias de su imprevisión. (89)

XI. Casos no contemplados que han suscitado divergencias interpretativas

Ciertos actos han suscitado divergencias en cuanto a la necesidad del asentimiento conyugal. A dos de los cuales nos referiremos seguidamente.

a) La cesión de un boleto de compraventa

Se cuestiona, en efecto, la necesidad del asentimiento con respecto al acto de cesión de un boleto de compraventa de un inmueble ganancial, practicado por el esposo que previamente lo “adquirió” por boleto. Si bien, salvo supuestos de excepción (90), la cesión de los derechos que resultan de un boleto de compraventa no constituye un acto que deba inscribirse en un Registro, como exige el art. 470 del Código (o el 1277 del anterior), hay quienes afirman que debido a que actos de esa naturaleza “alteran substancialmente los valores productores del patrimonio que forman su capital”, se requiere el asentimiento conyugal, ya que significan la disposición de un inmueble. (91) También Borda considera que el asentimiento conyugal es necesario, por tratarse la cesión de un boleto de compraventa de un acto de disposición de un inmueble. (92)

Por nuestra parte y no obstante no desconocer que la cesión de un boleto de compraventa constituye un acto de disposición, como también de

(89) “El consentimiento del cónyuge del artículo 1277 del Código Civil”, cit., LL 1976-B-529, VII.

(90) Como en el caso de la venta de tierras en lotes y a plazos (ley 14.005), o de resultar aplicable la ley de prehorizontalidad (ley 19.724). Conf., AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 145.

(91) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., Régimen de Bienes del Matrimonio, cit., p. 102. Dicen asimismo dichos autores que igual solución debería aplicarse en el supuesto de la transmisión a un tercero de la posesión animus domini de un inmueble, por parte del esposo que detenta esa posesión. No coincidimos con la necesidad en tal caso del asentimiento conyugal, por la misma razón que la expresada en el texto.

(92) Tratado de Derecho Civil. Familia, t. I, 10ª ed., cit., p. 322, nro. 394.

enajenación, creemos que por la circunstancia de no tratarse de un acto que deba ser inscripto en un Registro, no resulta necesario el asentimiento conyugal que requiere dicha norma. (93) Con fundamento en el hecho de tratarse de un acto de disposición de derechos no registrables, Belluscio coincide con esa solución —salvo en los supuestos de la venta de tierras en lotes y a plazos, o de la ley de prehorizontalidad—, aun cuando ello, dice, pudiera parecer incoherente, pues económicamente no existe diferencia con la enajenación de un inmueble, en especial cuando hay posesión. (94)

Distinto es el caso si se tratara de la cesión de un boleto de compraventa de un inmueble en el cual se hubiera instalado la vivienda familiar, puesto que, en tal supuesto, resultaría aplicable el art. 456.

Sobre la cuestión en análisis se ha resuelto que “la cesión de un boleto de compraventa no requiere el asentimiento conyugal (art. 1277, Cód. Civil), por tratarse de una cesión de derechos y acciones emergentes del instrumento privado que delimitaba y daba contenido al acto, pues tales transferencias están legalmente permitidas, del mismo modo en que lo estaría, por ejemplo el endoso de un pagaré, la venta de cosas muebles no registrables, o la adquisición o ulterior venta de derechos posesorios, transferencias de locaciones, etc. No se trata de transferir el dominio (art. 2503 mismo Código) sino del ejercicio de las facultades de administración del titular respecto de bienes gananciales”. (95)

b) La situación del fiduciante en el fideicomiso

De acuerdo a lo que resulta del art. 1666 del nuevo Código, como también del artículo 1° de la ley 24.441, existe fideicomiso cuando una persona, que es denominada fiduciante, transmite a otra —fiduciario— la propiedad de ciertos bienes determinados, para que este último —en cuyo patrimonio permanecen, pero separados de sus bienes personales— los administre

(93) Conf., AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 142; BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, t. 2, 8ª ed., cit., p. 120, parágr. 374, quien dice que ello es así por tratarse de un acto de disposición de derechos no registrables, aun cuando la solución pudiera parecer incoherente, pues económicamente no existe diferencia con la enajenación de un inmueble, en especial cuando hay posesión. Aclara no obstante dicho autor que la solución sería distinta si se tratara de la venta de lotes a plazos (ley 14.005) o de unidades sujetas al régimen de la ley de prehorizontalidad (ley 19.724), pues en esos supuestos existe un derecho que sí debe registrarse.

(94) BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, t. 2, 8ª ed., cit., p. 120, parágr. 374.

(95) ST Río Negro, ED 120-226.

en beneficio de un tercero —beneficiario—, que se designa en el contrato, obligándose asimismo a transmitir la propiedad de esos bienes al fideicomisario, al transcurrir un plazo u ocurrir una condición.

Cuando esos bienes que se transmiten al fiduciario están constituidos por inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, el cónyuge del fiduciante debe prestar su asentimiento, por aplicación del art. 470, inc. a). (96) La cuestión es clara, ya que se trata de un acto de enajenación, por lo que no admite interpretaciones divergentes.

XII. Aplicación de las disposiciones de los arts. 456 a 459 al asentimiento y a la omisión

La última parte del art. 470 del Código Civil establece que *al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los arts. 456 a 459*, a los que remitimos, por exceder el contenido del presente trabajo. ♦

(96) Conf. por aplicación del art. 1277 del Cód. Civil, AZPIRI, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, cit., p. 143.

LA “CONTRACTUALIZACIÓN” DE LA PRUEBA EN EL DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO (*)

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (**)

“El rol activo del juez contemporáneo enfrenta a aquel otro neutral y pasivo que aguardaba que los litigantes le aportaran todo el material probatorio. Este magistrado es hoy una imagen caduca, y si bien el órgano judicial no puede establecer más allá de las pretensiones de las partes, el juez moderno está llamado, sin embargo, a desempeñar un incanjeable papel en la búsqueda de prueba, en la medida en que es su deber descubrir la verdad, o hacer todo lo posible para descubrirla” (***)

I. “Probar o sucumbir”. Importancia de la prueba en el proceso

La prueba es esencial en la gran mayoría de los procesos. De allí la vieja frase de los procesalistas italianos “probar o sucumbir”.

La Ley del Ambiente N° 25.675 no contiene muchas disposiciones relativas a la prueba, pero algunas tienen implicancia en el tema a desarrollar.

Así, por ej., el art. 32 dispone: “El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”.

Por su parte, el art. 33 dice: “Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza

(*) El origen de estas reflexiones se encuentra en mi intervención en las Jornadas Franco-Argentinas “La prueba en el proceso ambiental”, organizadas por la Universidad de Mendoza en la primera semana de diciembre de 2014. Los temas fueron propuestos por el profesor francés Mustapha Mekki; y la reunión se desarrolló sobre la base de un programa que incluía, para cada tema, un participante argentino y uno francés.

(**) Comunicación de la Académica, en la sesión privada del 25 de junio de 2015.

(***) MORELLO, Augusto M., “El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorama actual”, LA LEY, 1988-C, 780.

probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación". (1)

¿Podrían ambas normas ser dejadas sin efecto por voluntad de las partes contratantes? Por ej.: en un contrato de servidumbre suscrito por una empresa de electricidad con el dueño del terreno por donde pasan elementos necesarios para la prestación del servicio eléctrico... ¿podrían pactar que el juez sólo puede ordenar prueba documental?, ¿o que renuncian a impugnar el dictamen emitido por el organismo estatal?

Pero el tema no concluye allí; podría haber otros pactos sobre prueba que no contradigan ninguno de los dos artículos: ¿qué valor tienen?

II. La "contractualización" de la prueba. Presentación de la cuestión. Terminología

¿Cómo juega el tema de la contractualización de la prueba frente a normas como las que acabo de mencionar?

La respuesta exige, en primer lugar, aclarar la expresión "contractualización" de la prueba. Parecería que hay que detenerse, previamente, en otras más amplias, como "contractualización de la justicia", "justicia contractual", "contratos procesales", "negocios procesales", etc.

La expresión "justicia contractual" comprende dos situaciones diferentes: la justicia en el contrato y la justicia por el contrato.

La justicia "en" el contrato hace mención a las nuevas corrientes que ven en el contrato no sólo aquello que es aceptado libremente, sino lo que es justo. (2) Este sentido es ajeno al tema que abordo.

La justicia por el contrato, en cambio, toma el contrato como un modo de concluir un diferendo, por ej., la transacción, pacto de sometimiento a mediación, a árbitros, a conciliación extrajudicial previa obligatoria u otros medios alternativos de resolución de los conflictos. (3) Pero tam-

(1) La norma ha merecido varios comentarios. Coincidimos en que no siempre es aplicable; debe tratarse de un organismo estatal de reconocida solvencia en la materia y, en todo caso, depende del prestigio de la entidad que la genera. Ver PEYRANO, Jorge, "Problemas y soluciones procesales", Rosario, Juris, 2008, p. 381.

(2) Para este tema compulsar la obra de CAUMONT, Arturo, "Doctrina general del contrato. Propositiones teóricas de innovación", Montevideo, LA LEY Uruguay, 2014.

(3) CADIET LOÏC, Normand Jacques E. - AMRANI MEKKI, Soraya, "Théorie générale du procès", París, PUE, 2010, p. 192 y ss.

bién comprende otras figuras jurídicas, como son: el pacto de prórroga de jurisdicción, la renuncia a oponer excepciones, el reconocimiento de obligaciones y renuncia a discutir las en un futuro juicio, la cláusula “pague y repita” (que supone presumir que una obligación está probada de modo que sólo puede discutirse después, etc.). (4)

En todos estos casos, se trata de saber cuál es el juego de la voluntad privada en cuestiones que tienen efectos procesales, o impacto en el proceso jurisdiccional.

¿Qué son, entonces, los pactos sobre prueba, *stricto sensu*?

Como es sabido, los problemas “clásicos” sobre la prueba son tres:

- Quién prueba. Cuestión de la carga de la prueba.
- Qué debe probar. Cuestión del objeto de la prueba.
- Cómo debe probar. Cuestión de los medios de prueba.

En sentido amplio, los pactos probatorios no versan sólo sobre la carga, liberando a quien la ley se la impone, sino también sobre los medios, por ej., prever que se rinda una prueba que la ley prohíbe (como es probar por testigos contratos superiores a determinado monto), darle valor a una prueba a la que la ley no se la da (por ej., una fotocopia), prohibir medios que la ley admite (por ej., decir que sólo se admitirá prueba documental), dar valor superior o exclusivo a determinado medio de prueba (por ej., los libros de comercio de una de las partes), sujetar a las partes a un procedimiento participativo (por ej., necesidad de recurrir a un técnico, si se plantean diferencias durante la ejecución de un contrato de obras o de servicio), etc.

Por eso, los pactos probatorios podrían ser conceptualizados, de manera amplia, como los acuerdos entre dos o más partes de un negocio jurídico sustancial mediante el cual determinan, con relación a una hipotética controversia futura relativa a ese contrato, un régimen probatorio, de algún modo, distinto al previsto en la ley.

(4) La expresión “contractualización del procedimiento civil” es usada por los autores cuando se refieren a los ejemplos dados en el texto. Ver, por ej., MENICOCCHI, Alejandro A., “Los principios y reglas ALI-UNIDROIT del proceso civil transnacional y su posibilidad de integración en el proceso civil”, ED 255-865. Compulsar, en el derecho francés, WEILLER, Laura, “La liberté procédurale du contractant”, Marseille, Presses Universitaire d’Aix-Marseille, 2004.

III. Utilidad

¿Qué utilidad pueden tener estos pactos?

Hasta no hace mucho tiempo, estos pactos no eran muy frecuentes. Hoy, han tomado especial significación, sea a causa de la creciente complejidad técnica y económica, o por la diversidad de cuestiones sometidas al juez, o por la posición de fuerza de una de las partes. (5)

Se ha dicho que sirven para “disminuir los riesgos, las incertidumbres o incertezas y los costos del proceso”, desde que permiten a las partes “manejar” las consecuencias de una eventual duda que persista a lo largo del proceso; dicho de otro modo, facilitan la delimitación del álea probatoria que podría perturbar sus previsiones contractuales. (6) Así, por ej., en razón de que los jueces pueden recurrir a presunciones, este riesgo podría ser disminuido si las partes pactan que, en todo caso, para resolver, se requiere prueba científica.

En materia ambiental, dado que en muchas circunstancias el conocimiento de la naturaleza se nos escapa, la incerteza tiene gran protagonismo, como por ej., en materia de principio de precaución, por lo que es razonable que las partes de un contrato pretendan ponerle marcos probatorios a un eventual juicio.

El punto de partida es, pues, la utilidad de estos pactos.

Cabe, entonces, analizar su validez.

IV. Validez

La primera cuestión es si estos pactos tienen naturaleza procesal o sustancial (aunque en este segundo caso, obviamente, con impacto en materia procesal).

El tema no es menor; piénsese que conforme la concepción “tradicional” del proceso jurisdiccional, las formas procesales no son disponibles. Si esta regla fuese absoluta, los pactos nunca serían válidos y el planteamiento del tema no tendría ninguna razón de ser.

(5) PATTI, Salvatore, “La disponibilità delle prove”, en Riv. Trim. di Diritto e Procedura civile, marzo 2011, anno LXV, supplemento 1, p. 92.

(6) MEKKI, Mustapha, “La gestion contractuelle du risque de la preuve”, RDC 2009, p. 457.

IV.1. La situación en el derecho francés (7)

De modo sintético, podrían enumerarse las siguientes conclusiones:

a) La tendencia mayoritaria en la jurisprudencia francesa considera que las reglas sobre la prueba no son de orden público, excepto en algunos campos, como el estado de las personas. Consecuentemente, ha admitido la validez de cláusulas según las cuales la prueba testimonial es audible, aunque supere el límite pecuniario de la ley; que la prueba deba proporcionarla quien estaba legalmente liberado de hacerlo; que se reconozca valor probatorio a un documento aunque le falte la firma; dar a un número de tarjeta bancaria valor de firma electrónica (8), etc.

b) En el ámbito estrictamente legal, el art. 1316-2 incorporado al Código Civil por la ley que regula la prueba electrónica (ley 2000-230 del 13/3/2000), admite estos pactos al disponer:

“Si la ley no ha fijado otros principios, y a falta de convención válida entre las partes, el juez regla los conflictos de prueba documental, determinando, por cualquier medio, cuál es el título más verosímil cualquiera sea el soporte”.

c) Finalmente, entre las normas proyectadas ya aprobadas y que entrarán a regir en 2016, el art. 1357 dispone en forma amplia: “Los contratos sobre la prueba son válidos cuando tienen por contenido derechos sobre los cuales las partes tienen libre disposición, siempre que no incidan sobre las presunciones legales ni sobre los efectos de la confesión y del juramento. No pueden establecer a favor de una de las partes una presunción irrefragable derivada de sus propios escritos”. (9)

(7) Durante las jornadas a las que he hecho referencia en nota (*), la situación en Francia fue explicada por el profesor Romain Boffa, de la Universidad de Lille 2; de allí las escasas referencias de mis reflexiones a ese país. El mencionado profesor comenzó su exposición con el siguiente ejemplo (que he adaptado en algunos detalles, para hacerlo más asimilable al ordenamiento jurídico argentino): Una empresa explota petróleo mediante un contrato de concesión con el gobierno que tiene la siguiente cláusula: “En caso de contaminación, corresponde al gobierno acreditar mediante prueba pericial emanada de la Universidad de San Pablo, que esa contaminación tiene causa en la explotación petrolera”. ¿Es válida esa cláusula?

(8) Todos casos citados por FERRIER, Didier, “La preuve et le contrat”, en AA.VV., Mélanges Michel Cabrillac, París, Dalloz/Litec, 1999, p. 109. El autor sostiene que, a primera vista, estas soluciones jurisprudenciales sorprenden, desde que las reglas sobre la prueba tienen a formar la convicción del juez y, por lo tanto, son indisponibles.

(9) Art. 1357. — Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu’ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomp-

IV.2. La situación en el derecho italiano

El Código Civil italiano tiene una norma expresa relativa a los pactos sobre la carga de la prueba ubicada en el Libro sexto (De la tutela de los derechos), Título segundo (De la prueba), Capítulo primero (Disposiciones generales).

El art. 2698 dice: Pactos relativos a la carga de la prueba. Son nulos los pactos con los cuales la carga de la prueba se invierte o modifica, cuando se trata de derechos que las partes no pueden disponer, o cuando la inversión o modificación tiene por efecto hacer excesivamente difícil para una parte el ejercicio del derecho.

El artículo, que se incorporó al Código italiano de 1942 con el objeto de superar el debate generado durante la vigencia del Código de 1865 que no contenía norma expresa, ha generado una importante bibliografía. (10)

En aquel debate, Chiovenda se pronunció por la inadmisibilidad de todo pacto dirigido a regular la actividad del juez en discordancia con la previsión legal. (11) La evolución posterior distinguió entre (a) acuerdos tendientes a limitar la libre valoración de la prueba por el juez (considerados nulos) y (b) acuerdos que prevén una respuesta para las hipótesis en las cuales el juez no llega a un convencimiento, no obstante la prueba rendida (estimados válidos). (12)

A continuación, paso a resumir algunos comentarios sobre el artículo incorporado al Código Civil italiano, antes transcripto.

Micheli (13) sostiene que el tema enmarca en la delicada cuestión de la disponibilidad del proceso por parte de los sujetos particulares y, consecuentemente, la derogabilidad de las normas procesales dirigidas a la

tions établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures.

(10) Ver, fundamentalmente, PEZZANI, Titina Maria, "Il regime convenzionale delle prove", Milano, Giuffrè, 2009; PATTI, Salvatore, "Le prove", Milano, Giuffrè, 2010, capitolo 5, ps. 255/272.

(11) CHIOVENDA, Giuseppe, "Principii di Diritto processuale civile", Napoli, 1928, p. 797. Se cita un antiguo trabajo de MARINONI, Marina, "Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile", Riv. Dir. Proc. Civile, 1938, p. 15 y ss. y un libro de Kohler, publicado en Alemania en 1887.

(12) PATTI, Salvatore, "Le prove", Milano, Giuffrè, 2010, capitolo 5, p. 256.

(13) MICHELI, Gian A., "La carga de la prueba", trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1961, n. 38, p. 240.

formación de la convicción del juez. En su opinión, el pacto sería nulo si dispone sobre la actividad de un órgano público más allá de los límites inderogablemente establecidos por la ley. Así, por ej., las partes no podrían convenir un non liquet, o sea, pactar que si el juez tiene dudas, porque la prueba es insuficiente, no dictará sentencia y dejará el tema sin resolver; un pronunciamiento semejante sería contrario a la esencia misma de la función jurisdiccional. También sería nulo si amplía los poderes del juez facultando pruebas que la ley rechaza, pues las restricciones están establecidas en la ley en consideración al interés público y, consecuentemente, un pacto en contra alteraría las facultades judiciales que vienen impuestas por la ley.

En general, los autores entienden que esta norma tiene sentido en un proceso regido por el principio dispositivo; no sería aplicable, en cambio, a los procesos inquisitivos.

Para algunos, la norma transcripta se aplica exclusivamente a los pactos relativos a la carga de la prueba; sólo éstos tienen naturaleza substancial (aparecen, incluso, en el Código Civil); la norma, en consecuencia, no se aplicaría a los pactos sobre los medios de prueba ni sobre el objeto de la prueba.

Otros, en cambio, consideraron que la norma se aplica extensivamente a estas situaciones; así, por ej., las partes podrían establecer presunciones.

Según Patti el art. 2698 prevé dos hipótesis en las cuales la carga de la prueba es de orden público: la primera se vincula a la naturaleza de los derechos (derechos indisponibles); la segunda, con el ejercicio de los derechos (cláusulas que tienen por efecto hacerlo excesivamente difícil) y la nulidad de la cláusula se funda en la presunción de que ha sido impuesta por la parte que se encuentra en una situación de superioridad. De allí que este artículo coincida con la norma expresamente prevista en materia de tutela de los consumidores. (14)

A contrario sensu, serían válidos los demás pactos que no ingresan en ninguna de estas dos categorías.

La validez del pacto (aun con estas excepciones) no convierte al juez en la “bouche du contrat”, entre otras razones, porque siempre debe verificar si ese pacto es claramente fruto de la libertad de contratación o un abuso de una parte sobre la otra. O sea, en éste, como en todos los casos de autonomía del poder privado, hay un problema de límites y de control.

(14) PATTI, Salvatore, “Le prove”, Milano, Giuffrè, 2010, capítulo 5, p. 255.

IV.3. La situación en España

Un autor afirma que “los pactos sobre prueba gozan de una respetable historia cuyo aprendizaje acelerado tuvo lugar en las pólizas de seguro y transporte. En general, la reticencia entre los jueces es muy acusada, viendo en dichos pactos una intromisión a la libertad de apreciación de los hechos. Como es sabido, en el proceso no siempre es posible alcanzar la verdad material; las reglas convencionales merecen rechazarse si contienen cortapisas para llegar a esa verdad material. Sería tanto como exigirle a un historiador que averigüe sobre determinado acaecimiento pero sirviéndose sólo de los documentos depositados en tal archivo prohibiéndole que lo haga en otros. ¿Qué historiador admitiría tan menguado papel?” (15)

Para Muñoz Sabaté los pactos que recortan las facultades judiciales para valorar la prueba, para extraer conclusiones de esa prueba, son siempre nulos. Por ej., es nulo el pacto que acepta que la certificación de la autoridad sanitaria prueba el buen estado de la mercancía, sin admitir que se rinda prueba en contrario; en cambio, sería válida si se la pacta como verdad interina, hasta que se rinda prueba en contrario; o sea, el juez lo tomaría como verdad, mientras no se pruebe lo contrario. (16)

Tampoco habría razón para negarle cabida a los pactos que permiten abrir o redistribuir de modo de favorecer el alcance de la verdad histórica sin merma de la libertad del juez ni de la igualdad de las partes. Por ej., normalmente, para hacer responsable a un administrador de una sociedad, hay que acreditar la culpa; pero, evidentemente, el presunto sindicado tiene más acceso a la documentación que lo exime, que un tercero; en tal caso, un pacto que le imponga la carga de probar protegería los derechos fundamentales del dañado.

IV.4. La situación en la Argentina

A diferencia de lo que sucede en Italia, el tema de los llamados “pactos probatorios” ha sido poco desarrollado en la Argentina. (17)

(15) MUÑOZ SABATÉ, Luis, “Las cláusulas procesales en la contratación privada”, Barcelona, Bosch, 1988, p. 63.

(16) MUÑOZ SABATÉ, Luis, “Las cláusulas procesales en la contratación privada”, Barcelona, Bosch, 1988, p. 72.

(17) Los títulos de algunos artículos son engañosos, porque en realidad se refieren a otra cuestión. Así, por ej., el de Julio CHIAPPINI, “Los pactos de exclusión o de limitación de pruebas”, Foro de Córdoba n. 173, dic. 2014, p. 15, se refiere al desistimiento de la prueba ya ofrecida y analiza los alcances del art. 362 del CPCCN.

La cuestión es clara en el ámbito del derecho de los consumidores. Así, el art. 37, inc. c) de la ley 24.240 declara no escritas las “cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

Conforme el art. 988 del Código Civil y Comercial, estas cláusulas son nulas si están contenidas en contratos con cláusulas generales predisuestas, pues el art. 988 dice: “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: ...c) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”.

Fuera de estos ámbitos, pocos autores abordan la cuestión; quienes lo hacen, no se extienden demasiado y razonan sobre las mismas líneas que señalé para el derecho italiano y español. Así, por ej.:

a) Arazi-Rojas (18) distinguen:

(i) Pactos que restringen la apreciación de la prueba y el ejercicio de las facultades del juez para esclarecer los hechos. Por ej., el juez debe admitir sólo determinados medios de prueba (nulos).

(ii) Pactos que establecen cuál es la parte que se encuentra perjudicada frente a la falta de prueba y, en tal caso, ante la duda, el juez debe fallar en contra de aquel a quien la ley o el contrato le imponían la carga de la prueba (validez). No obstante, esa validez está sujeta a que:

— El contrato no sea nulo, por ej., por lesión, simulación, etc.

— Versen sobre derechos disponibles.

— La inversión no implique la imposibilidad o la gran dificultad de probar por parte de quien asumió la carga.

b) Otros autores aclaran que aún las cláusulas válidas están sometidas a una severa y rigurosa interpretación, pues debe preservarse no sólo el derecho de las partes, sino también la función jurisdiccional tendiente a establecer la verdad de las cuestiones sometidas a su decisión. (19)

(18) ARAZI, Roland - ROJAS, Jorge, “Código procesal civil y comercial de la Nación”, t. II, 3ª ed., Buenos Aires, Rubinzal, 2014, p. 655 (comentario art. 377).

(19) HIGHTON, Elena - AREÁN, Beatriz (dirección), “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, t. 7, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 326.

c) En una posición más restrictiva, Falcón (20) entiende que, en general, los convenios que tratan de restringir o eliminar medios de prueba son nulos; si bien el proceso civil se desarrolla dentro de la verdad formal, frente a la verdad material, ello no significa que sea una ficción especialmente creada a tal fin. Consecuentemente, esos convenios son nulos porque:

- Van en contra del principio de moralidad del proceso.
- Implican una intromisión inadmisibles en el Poder Judicial.
- Su permisibilidad crearía situaciones leoninas en los contratos en el que el más poderoso obligaría y sometería al más débil.
- En muchos casos implicarían liberar anticipadamente del dolo.

V. La convencionalidad de la prueba en el derecho ambiental

V.1. *La bibliografía argentina*

El tema de la prueba en los procesos ambientales ha dado lugar a una interesante bibliografía en nuestro país. (21) Casi todos los autores destacan

(20) FALCÓN, Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 835; en “Tratado de Derecho procesal civil y comercial”, t. II; Rubinzal, Buenos Aires, 2006, p. 669; en “Tratado de la prueba”, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 264.

(21) MORELLO, Augusto M., “La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del ambiente”, JA 1993-III-380; CAFFERATTA, Néstor, “De la complejidad de la prueba en materia ambiental”, JA 1997-II-231; del mismo autor, “La prueba del daño ambiental”, JA 2005-IV-14017; CANNATA, Pablo, “La prueba pericial, Presupuesto para el llamado a indagatoria en los procesos penales ambientales”, LA LEY, 2014-C, 993; FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, “La contaminación en la actividad fabril”, LA LEY, 2006-A, 980; LUGONES, Narciso, “Problemas del derecho ambiental en materia de prueba (que muchas veces exceden lo probatorio)”, en Rev. de Derecho Ambiental n. 10, 2007, p. 165; MOSMANN, María Victoria, “La prueba en los procesos ambientales”, Rev. de Derecho Ambiental n. 7, 2006, pág. 250; MÜLLER, Enrique, “La prueba en el daño ecológico”, en Rev. de Derecho de daños. La prueba del daño I, n. 4, 1999, p. 251 y ss.; del mismo autor, “La prueba del daño ecológico”, en Rev. Crítica de Derecho Privado, Montevideo, n. 2, 2005, p. 53; ORONA, Claudia y otros, “Esquema probatorio para investigaciones judiciales ante casos de contaminación ambiental. Enfoque pericial”, Doc. Jud. 2005-3-662; ORONA, Claudia y otros, “La epidemiología como herramienta de la justicia y elemento de prueba en los procesos ambientales”, Doc. Jud. 2004-3-218; PERETTI, Enrique, “La prueba en el proceso ambiental”, Rev. de Derecho Ambiental n. 31, 2012, p. 282; QUADRI, Gabriel H., “Algunas particularidades probatorias en materia ambiental”, en Rev. de Derecho Ambien-

la dificultad y complejidad de la prueba, la importancia de la pericial, hoy denominada científica (22); el valor de las presunciones. (23) La jurisprudencia no es ajena a la problemática. (24) Sin embargo, no he encontrado trabajos específicos sobre la contractualización de la prueba en materia ambiental.

La pregunta con la que comencé se mantiene en pie: ¿cómo juegan, por ej., los arts. 32 y 33 de la ley 25.675 con la contractualización de la prueba?

V.2. La posible utilidad de este tipo de cláusulas

Cabe reiterar las otras preguntas: ¿son útiles en los procesos ambientales las convenciones sobre prueba?

Comparto el punto inicial de Romain Boffa: “La contractualización implica el reconocimiento de la dependencia de las autoridades públicas respecto de actores plenamente autónomos”. Puede no ser mala, pues en numerosas ocasiones, la protección del ambiente está en manos de los agricultores y de las empresas.

tal n. 20, 2009, p. 123; ROJAS, Jorge, “Dificultades probatorias y excepciones en el proceso de daño ambiental”, en Rev. Derecho de daños. Daño ambiental, 2011-1-227; SAGÜÉS, Néstor P., “Producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental. Activismo versus garantismo”, en COSSARI, N. y LUNA, D. (coordinadores), Cuestiones actuales de derecho ambiental, ED, Buenos Aires, 2007, p. 137; SALGADO, Andrés M., “La prueba en los procesos de protección del ambiente”, en PEYRANO, Jorge, Nuevas herramientas procesales, Rubinzal, Buenos Aires, 2013, p. 351.

(22) Ver, entre muchos, PEYRANO, Jorge, “Sobre la prueba científica”, LA LEY, 2007-C, 865; MORELLO, Augusto, “La prueba científica”, LA LEY, 1999-C, 897; MORAHAN, Mariano, “La prueba científica de efectiva contaminación interjurisdiccional exigida por la CSJN para tener por configurado uno de los presupuestos de admisibilidad de su competencia originaria, ¿resulta ajustada a los principios que informan el diseño de la tutela ambiental nacional?”, en Rev. de Derecho procesal, 2012-2, Prueba pericial y prueba científica, p. 44.

(23) Por ej., la CNFed. Cont. Adm., sala IV, dijo el 31/08/1994 (ED 161-363, con nota de CARNOTA, Walter, “El debido proceso ambiental”) que “debe examinarse con la mayor severidad la prueba, cuando según el curso normal de los hechos reconocidos existe la presunción seria de la producción de contaminación por imprevisión de quienes tienen como beneficiarios en la utilización de las vías acuáticas la responsabilidad de su preservación (en el caso, se sancionó penalmente al maquinista de un buque que contaminó las aguas en un puerto).

(24) En evidencia de la importancia de la cuestión, el primer número de la revista de Derecho Ambiental incluyó una reseña, preparada por la dirección de la revista, bajo el título “Jurisprudencia ambiental en materia de prueba” (Rev. de Derecho Ambiental n. 0, 2004, p. 243).

Sin embargo, cabe tener en consideración un punto relevante: como se vio, estas cláusulas pretenden disminuir la incertidumbre propia del proceso. En el área del derecho ambiental la incertidumbre se invoca como inherente a sus problemas, (25) pero contrariamente al punto inicial del que se ha partido, para ampliar las facultades judiciales y mutar la regla clásica del proceso dispositivo (al actor incumbe la carga de probar) a la carga probatoria dinámica, entendiéndose que quien debe probar es la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, económicas, jurídicas o fácticas. (26) Así, por ej., el art. 12 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica dispone: “La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos o mayor facilidad para su demostración”.

V.3. La posible validez de estas cláusulas

¿Son válidas?

En mi opinión, conforme las enseñanzas del derecho comparado antes reseñadas, podrían formularse para el derecho ambiental las siguientes reglas:

a) La solución no pasa por distinguir entre carga, objeto y medios, sino en determinar si el pacto altera derechos indisponibles; y si imposibilita o hace muy difícil el ejercicio de los derechos de quien se encuentra en posición desfavorable.

Por eso, es nula toda cláusula contraria a la regla según la cual la carga pesa sobre la parte que está en mejores condiciones de probar y la que impide probar en contra de los dictámenes emitidos por los organismos del Estado.

b) El daño ambiental es esencialmente un daño a un bien de incidencia colectiva y, por lo tanto, indisponible. En efecto, el art. 27 de la ley 25.675 lo define como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. Por lo tanto las cláusulas sobre prueba (sea que afecten

(25) Informe de 1992 del Banco Mundial, citado por MOSMANN, Victoria, “La prueba necesaria en el proceso civil por daño ambiental. El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental y social (EIAS)”, JA 2007-IV-1213.

(26) Declaración n. 10 j) de la Declaración de Buenos Aires, 23 y 24 de setiembre de 2003, Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, cit. en JA 2007-IV-1217.

la carga, el objeto o los medios de prueba) son nulas si perjudican la prevención, reposición, indemnización, o incluso la precaución.

Por eso, como regla, son nulas las cláusulas que limitan las facultades judiciales previstas en el art. 32 de la Ley del Ambiente, antes transcripto.

Así, por ej., sería nula una cláusula contractual que, para tomar medidas que eviten posibles daños al ambiente, exija que la administración pruebe, mediante prueba científica, la posibilidad de un daño futuro cierto, pues esa cláusula violaría el principio de precaución, expresamente previsto en el art. 4º de la ley 25.675.

c) Normalmente, las presunciones legales tienen en consideración la mayor vulnerabilidad de una de las partes, por lo que, como regla, esos pactos no pueden contradecirlas.

Por lo tanto, es nula la cláusula que le impone a la víctima probar la culpa del contaminador.

d) Sólo en ocasiones excepcionales, algunos daños ambientales son exclusivamente individuales, no afectan el bien colectivo y se reducen a intereses puramente patrimoniales de empresas que contratan en igualdad de circunstancias. En estos casos excepcionales, la cláusula podría ser válida.

Sobre estas bases, para el derecho argentino podría hacerse un mix entre la norma francesa proyectada y la del Código italiano, que dijese aproximadamente lo siguiente:

Pactos relativos a la prueba. "Las cláusulas sobre prueba contenidas en los contratos son válidas en los procesos ambientales sólo si:

1. Tienen por contenido derechos patrimoniales disponibles de sujetos individuales que tienen igual poder de negociación.

2. No perjudican la eficacia de los principios generales del ambiente establecidos en la Constitución los tratados internacionales en los que la República Argentina es parte y en la Ley del Ambiente.

3. No inciden sobre las presunciones legales.

4. No tienen por efecto hacer excesivamente difícil para una parte el ejercicio del derecho.

5. Favorecen el alcance de la verdad histórica sin merma de la libertad del juez ni de la igualdad de las partes". ♦

¿REFORMA JUDICIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS? (UN UMBRAL HACIA LAS POLÍTICAS DE ESTADO)

JORGE REINALDO VANOSSI (*)

“Lo que nos falta es el experimento de un gobierno honrado, que respete la Constitución hasta en sus más mínimos detalles” (Guillermo RAWSON, 1821-1890).

I. En todas y cada una de las reformas que se emprendan en el ámbito de la justicia debe haber finalidades explícitas tendientes a mejorar la calidad de vida institucional del pueblo en general y de los justiciables en particular. (1)

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 23 de julio de 2015. Se ha desempeñado como Secretario Letrado y Conjuez de la Corte Suprema de Justicia; Ministro de Justicia y Derechos Humanos; Vicepresidente de la Cámara de Diputados; Profesor Titular de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y de La Plata; Titular de las Academias Nacionales de Derecho, Ciencias, Educación y Ciencias Morales y Políticas.

(1) Las llamadas “políticas públicas” se gestan y desenvuelven en el plano de la sociedad y participan en su formulación las entidades que se ocupan y preocupan de las cuestiones de interés público, sectoriales o generales: ONG, colegios profesionales, establecimientos universitarios, etc., etc. En la concertación de las denominadas “políticas de Estado” intervienen los órganos del poder y los partidos políticos, especialmente los que tienen representación en los cuerpos legislativos. Se trata de la búsqueda y la aprobación de consensos que procuren alcanzar mayores niveles de “bienestar general” en la calidad de vida social e institucional. Las primeras (políticas públicas) suelen impulsar el tiempo y el espacio para la formulación e implementación de las segundas (políticas de Estado); aunque nada está asegurado en cuanto a coincidencias entre las definiciones de ambas políticas. Las políticas públicas, según Tamayo Saéz, son “el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios” (Confr., en TAMAYO SAÉZ, Manuel, “El Análisis de las Políticas Públicas”, en BANON, R. y CARRILLO, E [Comp.], La Nueva Administración Pública, capítulo 11. Introducción, Alianza Universitaria, Madrid, 1997, p. 281).

Creo que el ser o no ser de la Justicia consiste fundamentalmente en asumir o no su condición de ser uno de los poderes del Estado. Y allí está el meollo de la cuestión. Por desgracia, hasta el lenguaje nos ha llevado subconscientemente a subestimar esta enorme importancia que tiene la selección del juez y la búsqueda del perfil del magistrado que debe ser seleccionado.

En todas y cada una de esas reformas está subyacente el sustrato del estado de derecho, ya que de las formas políticas y de las formas institucionales del pasado siglo, lo que realmente ha quedado en pie, más allá de los “ismos” de moda, ha sido la idea del estado de derecho como el paradigma frente a la “ley de la selva”. Es decir, un régimen sobre el cual, en base al respeto a la eminente dignidad de la persona humana, se ha ido edificando, ladrillo por ladrillo, un edificio en el cual es posible, realmente, compartir el pluralismo con instituciones sólidas, con un garantismo para todos y con una imagen de futuridad que lleva a que la gente adopte voluntariamente y defienda —compartiéndola como algo propio— esa forma de estado frente a cualquier otra tentación, que por caminos aparentemente más rápidos o más efectivos, deslumbran a veces a algunos con la ilusión de dar lo que, en definitiva, es un salto al vacío.

Dentro de la idea del estado de derecho está la idea de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica es algo que ha temblequeado bastante en la Argentina. Muy frágil en muchas circunstancias. No es cuestión de fijar fechas, ni de precisar momentos, pues todos sabemos que el déficit de seguridad jurídica ha alentado otros índices muy perniciosos para el país, como el índice del costo argentino o del riesgo país, que han repercutido desfavorablemente, más allá de lo institucional, en lo económico, en lo social, en lo educativo y en todo lo demás, como parte de esto que se ha llamado calidad de vida institucional. Porque así como hay una calidad de vida vinculada con el medio ambiente, una calidad de vida vinculada con el confort, hay también una calidad de vida institucional que hay que respetar y tomar en cuenta, si no se quiere caer en situaciones de anomia. Yo creo que estamos en situaciones de anomia, desde hace tiempo: no es un problema reciente. Y no sólo de anomia, sino de anemia. Es decir, hay una serie de anemias que aquejan a la sociedad en su conjunto, individual y colectivamente, y que se relacionan con el grado de falta de paradigmas en lo personal, de falta de parámetros en lo normativo, de falta de credibilidad en lo institucional; y entonces “todo vale” —como dirían los chicos con esa inocencia que los caracteriza, pero que los lleva a decir verdades muy sabias—. Todo vale, pues no se pueden distinguir muy bien los límites o las fronteras.

La sensación de impunidad que en el ámbito de la seguridad individual se ha registrado y se registra en el país, el tema de la violencia y del delito

en general y la violencia en el deporte en particular, nos traen a colación aquella vieja aseveración de Montesquieu —de hace más de dos siglos y medio— de que lo grave no es que las penas sean leves, sino que no se apliquen, porque eso es una señal a la sociedad de que se vive en la impunidad. Y cuando se vive en la impunidad, hay una instigación expresa o tácita a la reiteración del delito. En definitiva, lo que para los sociólogos contemporáneos es la puerta de entrada al estado de anomia: “todo vale”, no hay parámetros, no hay límites jurídicos.

Y esa sensación de impunidad, traducida a un ámbito mucho mayor, que es el que nos interesa, porque va apuntando al ámbito específico de la justicia, es la sensación de la irresponsabilidad. Al perderse la responsabilidad, se pierde una de las notas esenciales de la forma republicana de gobierno. Muchos creen que las cosas se agotan en el control. No: el control es la antesala de la responsabilidad. Por eso se torna imprescindible comenzar a conjugar expresiones correlativas como organización, seguimiento, mantenimiento, control y, sobre todo, responsabilidad.

Las democracias constitucionales van adelante hasta los regímenes de máximo control como consecuencia de la eliminación gradual de las construcciones doctrinarias de la “no justiciabilidad de las cuestiones políticas” (cuestiones no justiciables) y el debilitamiento de la categoría de los llamados “actos de gobierno”, en beneficio de las “facultades regladas” del Estado en general y de la Administración en particular. Con otras palabras: se “achica” las facultades “privativas” del poder político, que se las dogmatizaba como “irrevisables”.

En nuestro país existen órganos de control, suficientes y muy importantes, pero lo que la gente quiere ver es que se vuelquen en las instancias de la responsabilidad y que se apliquen las sanciones. Por eso, en algunos países, las demandas contra el Estado —cuanto el Estado es el causante de ciertos actos que originan daños— están personificadas no sólo en el órgano del Estado, sino con el nombre del funcionario que dictó la medida, a fin de que, cuando las actuaciones culminen, la población sepa concretamente por qué va a tener que pagar más impuestos: serán para pagar más indemnizaciones por daños causados por un funcionario “que ya fue”.

La Argentina tiene compromisos internacionales, no sólo de cooperación judicial a través de diversos tratados, sino que también se encuentra en un proceso de integración con una faz judicial de por medio, que es el Mercosur, y del cual podemos decir que, si bien no es un fin en sí mismo, es una herramienta fundamental para que, a través de ella, se pueda reinsertar la Argentina en el mundo y participar más cómodamente y más eficientemente dentro del cuadro que se avecina en este milenio: el milenio de la

globalización, más allá de que nos guste o no y de las críticas que nos pueda merecer. Junto al Mercosur juegan también otras alternativas.

Así, de los compromisos de Olivos nació el tribunal del Mercosur, pero es un tribunal internacional con escasas competencias, que deberían ampliarse a los efectos que resulte valioso, en la medida en que los pueblos que comprenden el Mercosur visualicen que ese tribunal pasa a suplir una gran ausencia: la ausencia de instituciones que hasta ahora han sido en los hechos sustituidas por el teléfono. Cada vez que se ha producido un conflicto éste se ha superado, no por los mecanismos previstos —que no han funcionado—, sino porque el teléfono entre los jefes de Estado, o los Cancilleres, o los Ministros de Economía, funcionó. Y entonces, eso permitió superar lo que Ortega llamaba “la subitaneidad del tránsito” y llevar adelante, más allá del conflicto, una nueva etapa de cooperación. Esto no puede seguir así, no puede tener bases tan precarias como el teléfono, sumado a la buena voluntad o al diálogo entre los gobernantes. Tiene que haber instituciones que sean visualizadas, no como un aparato burocrático más, sino como un organismo de fácil acudimiento y de pronta solución.

II. Cabe destacar que lo que la sociedad ha visualizado en sucesivos momentos son actos de mucha pequeñez. La facción antes que la Nación, el interés sectorial antes que el interés general, el egoísmo antes que el altruismo, el individualismo antes que el solidarismo. Y acá hay que invertir la pirámide. Es menester que la Nación esté por encima de la facción y que alguien se acuerde de ese gran ausente que ha sido hasta ahora el interés general, el bien común, como decían los tomistas y como afirma el sabio preámbulo de la Constitución: afianzar la Justicia y el bienestar general, que tiene un alcance muy grande. Porque en momentos en que algunas modas frívolas han condenado el bienestar, debemos recordar que en 1853 había gente que utilizaba —sin tener ningún reproche de conciencia de por medio— la expresión del “bienestar general” como la meta propia de un Estado, por lo que debemos aspirar a tener programas de mediano y largo plazo, porque el grado de ansiedad de la sociedad está plenamente justificado.

¿Cómo se pueden distinguir las “reformas”? Veamos:

A) Hay reformas autogestionarias que cada Poder puede emprender por sí mismo y que el Judicial también las puede y las debe emprender —y que tiene que concientizarse al respecto— no esperando que todo provenga de la heteronomía. Tiene que jugar el principio de autonomía como regla básica y fundamental, pues la heteronomía es subsidiaria y no es aconsejable. Lo aconsejable, para que las tomas de conciencia sean más profundas en torno a las reformas, es que éstas, en la mayor medida posible —dentro de

lo que las competencias permiten— tengan un proceso de gestación propia; porque entonces serán más firmes, irreversibles, más revolucionarias, no en el sentido violento ni sanguinario de la palabra, sino en el sentido de la irreversibilidad, que es lo que en definitiva importa desde el punto de vista cultural.

B) Otras reformas serán alcanzadas por vía legislativa, no todas necesariamente impulsadas por el Poder Ejecutivo, a través de proyectos que la Constitución le faculta a presentar. Hay muchas reformas que el propio Congreso puede impulsar por iniciativa individual o grupal; y, por supuesto, que con respecto a los proyectos del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo no tiene por qué estar enamorado ni matrimoniado con sus proyectos. Los promotores estarán absolutamente permeables a las enmiendas, correcciones y perfeccionamientos que el propio Congreso quiera introducir, ya sea a nivel de comisiones o en el propio recinto, al cual —cuando sea menester— concurrirá el Ministro, tal como la Constitución lo faculta expresamente, para participar en la discusión de las leyes, por supuesto, sin derecho a voto (art. 106).

C) Un tercer nivel es el de las leyes convenio, para aquellos temas que pueden acordarse con las provincias y la CABA, y que, obviamente, permitirían acompasar el ritmo de la modernización judicial nacional con las necesarias modernizaciones judiciales provinciales. Las “leyes-convenio” siguen siendo una herramienta útil, y más aún cuando la Constitución ha institucionalizado la figura de la regionalización, a efectos de apuntar a lo que realmente debe alcanzarse: no a un mero equilibrio entre el poder central y diversos y múltiples poderes locales, que son dispares entre sí —que era la vieja regla, a mi modo de ver superada—, sino a la regla contemporánea de la ley de las equivalencias. En definitiva, las regiones permiten que las provincias constituyan entre sí unidades o espacios geopolíticos y geodemográficos equivalentes, superando esa vieja antinomia entre provincias grandes y provincias chicas, provincias muy pobladas, provincias poco pobladas, provincias ricas, provincias pobres. Si el federalismo argentino tiene porvenir —y si en lo judicial también tiene porvenir—, será únicamente sobre la base de la conformación de unidades equivalentes y no de asimetrías tan pronunciadas y tan disparatadas como las que tenemos hoy en día (arts. 13, 124 y 125, CN).

D) Un cuarto nivel lo constituyen, sin duda, los tratados internacionales, que tienen hoy en día una jerarquía superlativa, por encima de la ley. Ahora ya hay trece instrumentos de Derechos Humanos y puede haber más, que de acuerdo a un trámite constitucional especial tienen una jerarquía equiparada a la de las normas constitucionales (art. 75, inc. 22). Eso es de particular importancia en un mundo en proceso de integración. Proba-

blemente no haya sido visto así hasta que esas nuevas figuras aparecieron; pero hoy en día no podemos descartar que también en lo judicial, por vía de estos tratados internacionales, tengamos que introducir modificaciones importantes en el orden jurídico interno a efectos de adaptarnos a lo que pueden ser líneas comunes o líneas convergentes, entre países de la región, o de la subregión (art. 75, inc. 24). Cabe señalar que la Convención de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional está en funcionamiento con sede en La Haya. La República Argentina ha suscripto plenamente ese tratado y actualmente la preside una compatriota: la doctora Silvia Fernández de Gurmendi.

E) Y, por último, están las medidas que requieren inexcusablemente una reforma constitucional. Esto es más complejo y requiere más tiempo. Hay muchos temas que pueden entrar en este ítem, incluso el viejo reparto entre las competencias propias de la justicia federal y las competencias propias de la justicia local, hecho en 1853 y en 1860. Habrá que analizar en algún momento y con cuidado, si mantienen su vigencia tal como está, o habrá que reverlo; porque puede ocurrir que, en un análisis sereno y objetivo se arribe a la conclusión fecunda y constructiva de que competencias que se justificaban en aquel entonces como propias de la justicia federal, hoy podrían serlo de la justicia provincial, porque ya no median las razones que explicaron en su momento la excepción. La justicia federal es de excepción, e inversamente, puede ocurrir que hechos nuevos, figuras delictivas novedosas, situaciones litigiosas impredecibles hace siglo y medio, indiquen que hoy puede ser materia de la justicia federal y no de la justicia local (así acontece con el tema del narcotráfico). Éste es un tema abierto sobre el cual no sólo no está dicha la última palabra, sino que apenas está dicha, o no está ni la primera palabra. Por supuesto, también creo que en una eventual reforma de la Constitución hay que pulir la norma pertinente (art. 114), porque más que un Consejo de la Magistratura lo que se ha querido hacer es una desvertebración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no llegó hasta sus últimas consecuencias porque se desechó que se creara una Corte Constitucional que hubiera implicado el vaciamiento total de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en nuestro país es el intérprete final de la Constitución y el verdadero tribunal de garantías constitucionales, de acuerdo al modelo americano. La hubiéramos pervertido con un injerto innecesario, porque nosotros no tenemos el defecto que han tenido los europeos, de no haber reconocido a la Justicia el carácter de Poder del Estado. Como nosotros sí se lo reconocimos, no necesitamos crear un órgano de esa otra naturaleza, nacido de la inspiración de Hans Kelsen en la Constitución de Austria y adoptado más tarde por Alemania, Italia, España y hasta algunos países latinoamericanos.

Es evidente que los sistemas judiciales o judicialistas ofrecen una mayor participación a los destinatarios del poder y del derecho del pueblo en cuanto a la posibilidad de esgrimir el instrumento de defensa de la Constitución y la consiguiente impugnación de las normas presuntamente violatorias de la supremacía de aquélla. En los sistemas “difusos” la citada descentralización se extiende a todos los jueces (aún por vía del amparo: art. 43 CN).

III. Los cambios debieran obedecer a la necesidad, que la sociedad requiere, de una mayor funcionalidad. Es un reclamo generalizado dirigido hacia todo el sector público y del cual no puede exceptuarse la justicia. La sociedad también exige menos gasto: menos gasto político, menor gasto público y, por supuesto, la justicia tiene que tomar nota de esto. De lo expuesto nadie puede entender que se trate de reducir el gasto judicial. Simplemente decimos que el gasto judicial o el presupuesto judicial no es bajo. Lo que se pregunta es si está bien distribuido, si está bien aplicado, si está bien orientado a los objetivos que deben ser realmente prioritarios; o si no hay algunas distorsiones que llevan a que se gaste mucho en ciertas cosas y se gaste muy poco en otras, que son tan o más importantes que aquéllas en las cuales se gasta más. Gastar “distinto” puede significar tener mayor funcionalidad. Gastar de otra manera, de una manera mejor, puede significar dar satisfacción al tercer orden de requerimientos que nos pide la sociedad: mayor transparencia. El tema está en la protesta generalizada y ella está dirigida no exclusivamente a los sectores políticos, al sector gremial, o al sector empresario. El Poder Judicial no está cubierto de un bill de indemnidad: esto ya es obvio en el malestar de la opinión pública, en el mal humor social. Lo revelan datos de encuestadores y de grupos muy serios que han operado en lo que se llama trabajo de campo. La realidad es esa; por lo que debemos actuar en consecuencia, habida cuenta de la severa advertencia que formulara Ortega y Gasset: “No hay salud política cuando el gobierno (y por tal se entienden los tres poderes) no gobierna con la adhesión activa de las mayorías sociales”.

Ha existido en nuestro país, desde hace muchas décadas atrás —sin fijar fecha cierta para no entrar en polémicas estériles— una suerte de delegación gerencial, debido a la cual la llamada clase dirigente creyó más fácil y sencillo que el poder fuera ejercido por una representación (llamémosla vicarial) de terceros; que algunas veces le tocó a un sector y algunas veces a otro, ya sea tecnócrata, partidócrata, financiero, fuerzas armadas, etcétera. Y la sociedad se resignó ante esa delegación a la que no puso coto en su debido momento, ni le exigió la debida rendición de cuentas.

Por eso creo que, si se habla mucho de la emergencia y estamos en crisis —sin querer incurrir en el exceso del que con alguna socarronería Umberto Eco ha dicho que se ha hablado tanto, pero tanto, de la crisis, que hasta el

concepto de crisis ha entrado en crisis—, se puede, sin exagerar, hablar de una emergencia judicial. Esto no es materia traducible en una ley, no es materia de una decisión política. Esto es asumir un estado de cosas. Es una toma de conciencia respecto de que también en la justicia se vive una situación de crisis y de emergencia. Y ello no se traduce en ninguna reducción, ningún coartamiento, ninguna pérdida de independencia ni funcionalidad, tampoco en su separación como Poder del Estado. Es, simplemente, tomar nota de que la emergencia no tiene compartimentos estancos y que tiene una porosidad que lleva a que ningún sector de la sociedad se pueda considerar sustraído de las consecuencias o secuelas de esa emergencia.

Hemos repetido varias veces la distinción orteguiana entre los usos y los abusos; y la traemos a colación una vez más: los abusos se pueden colmar y calmar, se pueden reprimir; pero son reversibles, ya que pueden renacer. Lo que tenemos que cambiar son realmente los usos, las prácticas, las costumbres, los hábitos, ciertas tradiciones que están en los códigos; pero en los códigos no escritos, que son los más difíciles de cambiar, porque son códigos petrificados. Petrificados en ciertos recovecos de la mente que llevan a que el espíritu humano sea muy renuente al cambio. Y, como a veces somos proclives a tropezar más de una vez con el mismo obstáculo, tenemos dificultades para readaptarnos o rectificarnos. Esta actitud está generalizada y abarca a todos los argentinos, los que están en el llano y los que están en el poder; sea éste el Poder Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial. Dada la magnitud de la crisis, ya no tenemos derecho a equivocarnos ni a demorarnos. Como decía el gran poeta Schiller: “Aquello que no sucede es la única cosa que no envejece más”.

La Argentina no es como esas sociedades medievales, que aún subsisten en algunas partes desdichadas del mundo, en las cuales hay un solo sector esclarecido y todos los demás están totalmente sumidos en el oscurantismo. La Argentina tiene, pese a todos sus déficit, bastantes vasos comunicantes. El Poder Judicial tiene su comunicación con el resto de la sociedad. Por eso tiene que comenzar reformándose a sí mismo, buscando una mayor cercanía con los justiciables. Esta reflexión trae a la memoria el sugestivo título de la obra del magistrado norteamericano Vanderbilt: “...la Justicia emplazada a reformarse”. Es ella la que tiene que empezar por sí misma.

IV. El justiciable es el administrado, es el contribuyente, es el ciudadano, es el votante, es el habitante. No estamos hablando de un sujeto separado, aparte. Es el mismo que también puede ser justiciable como actor, o como demandado; y que, obviamente, necesita, si no en término presente, sí en términos potenciales contar con la justicia apropiada. Porque no sabe cuándo le puede tocar; pero en cualquier momento le puede acontecer.

Problemas de cercanía, problemas de prontitud: hay muchas antiguallas que superar. Hay que aprovechar la revolución tecnológica y todo este cambio realmente notable que se ha producido en el reino de las comunicaciones, del almacenaje de la información y del intercambio que nos ofrecen hoy en día. Tenemos que superar desde el viejo oficial notificador y las audiencias que se solicitan al juez “inaudita parte”, hasta todo aquello que lleva, en definitiva, a ser causa del tercer punto al cual me refiero: la pérdida de la confiabilidad. Confiabilidad que es bajísima, según el habitante que lo visualiza, lo escucha y lo siente como algo que está instalado en la sociedad. Algo ha ocurrido para que de una justicia de alta confiabilidad como la que hemos tenido en algunos momentos de la historia, tengamos una justicia de baja confiabilidad.

El tema de hoy no es nada fácil. Porque la ética judicial, implica agregarle a la palabra ética una connotación que uno imagina incluida en la condición judicial. La ética es una. Por supuesto hay manifestaciones concretas de aplicación de esa ética a distintas ramas del quehacer en la conducta, en la trayectoria, en la profesión de las personas: la ética del médico, la ética del abogado, y por qué no también, la ética del juez. Pero el querer comprimirlo, como muchas veces se ha pretendido, a un problema de preceptos o normas donde taxativamente se perfilaría el paradigma de la figura ética, en este caso del juez, es algo intelectual y materialmente difícil. Porque el problema de la ética del funcionario público, en general, como la ética del juez, en particular; no pasa por el orden de las normas, sino que pasa por el orden de las conductas, de los comportamientos. Normas existen: la ley 25.188 del año 1999, sancionada en virtud de un mandato de la Constitución reformada, en 1994, que exige una ley de ética en el ejercicio de la función pública. Y podemos repasar todo su articulado, que no es demasiado extenso (pero son casi cincuenta artículos) donde están contempladas una cantidad considerable de previsiones, a efectos de tomar resguardos que puedan asegurar la ética. Sin embargo, la percepción que la sociedad tiene es otra muy distinta. Y no sólo se refiere a las dudas que la sociedad alimenta respecto de los jueces, sino respecto de muchas de las entidades que componen el poder público, y poderes particulares o privados, es decir, de gran importancia como factores de poder, pero que no son el poder público propiamente dicho.

En el cuarto punto, cabe incluir los altos costos de los servicios auxiliares que encarecen la alta función de la justicia. Insisto con lo de “función de la justicia”, porque rechazo la expresión servicio de justicia y administración de justicia. Lo de administración de justicia recuerda las épocas en que la justicia era una dependencia del Poder Ejecutivo en los países europeos de tradición monárquica, donde finalmente se le reconoció la independencia

y donde, todavía ahora, pocos estados de Europa la reconocen como un poder de estado (entre ellos, la Constitución de España).

También, por desgracia, la reforma constitucional de 1994, probablemente contagiándose de los administrativistas y procesalista, incurrió en la grosería de hablar del “servicio de justicia”, lo que implica colocar a la Justicia, que por ser uno de los poderes del Estado cumple una función, como si estuviera en el mismo nivel que el servicio de barrido y limpieza, es decir, como cualquier otro servicio público que en forma directa o indirecta, propia o impropia, se prestan en las sociedades contemporáneas.

La propia Corte Suprema tiene que aliviar lo que es la mayor parte de su tarea (el 85%, cuestiones de hecho, de prueba, de derecho común y de derecho local), que son ajenas a su incumbencia natural. Ella se ha autodefinido como tribunal de garantías constitucionales, lo cual es correcto, y como intérprete final de la Constitución, lo cual es saludable (casos “Calvete”, “Sojo” y “Elortondo” sucesivamente). El tener que dedicar el 85% o 90% a la tarea “muscular” y que sólo le quede reservado un porcentaje mínimo a la tarea “cerebral”, lleva a que se haya desnaturalizado su función y que algunos hayan pensado, con razón —aunque quizás no sea el camino más fácil—, en crear un tribunal constitucional. Pero ello requeriría una reforma constitucional, lo cual no es sencillo. Este tribunal constitucional existe en algunos países europeos: es la tradición kelseniana; pero nosotros somos seguidores de la tradición americana y de una Corte Suprema que ha sido —si bien el control es difuso y no concentrado— la que ha tenido la palabra última. Y para que pueda tener la última palabra, con autoridad y estudiando realmente los casos, no basta con el writ of certiorari —que habrá que analizar si requiere algunas otras precisiones— (art. 280 CPCCN), pues la seguridad jurídica no es sólo respecto del derecho de fondo, sino también respecto del derecho procedimental. Cuando el abogado o el litigante no sabe realmente si tiene o no abierta una vía, si tiene o no expedito un camino, entonces no sabe a qué atenerse, ni sabe qué decirle a su cliente o al justiciable que le demanda una pregunta al respecto, pues no basta con la jurisprudencia, que puede ser cambiante.

El juez tiene otro control paralelo al de la constitucionalidad (sea de la sustancia —la razonabilidad— o del procedimiento), que en el Estado moderno reviste una enorme importancia. Se trata del control de la operatividad de las normas: el juez puede inutilizarlas o potenciarlas al declarar que una norma es de por sí autosuficiente, que puede aplicarse, o bien puede lavarse las manos y decir que hace falta otra reglamentación que la implemente y la pormenore. Hasta entonces no se va a reparar el derecho lesionado, con lo cual entra en vía muerta la necesidad urgente de dar plenitud a ese derecho cuestionado o amenazado. Estos dos poderes potencian más aún la función primigenia que tiene la justicia entre noso-

tros; a la que también se suma el ejercicio del control ante los casos de la “desviación de poder”, cuando la competencia es aplicada a una finalidad desvirtuada. En todas las hipótesis señaladas es imprescindible el control judicial si se quiere y se debe cuidar la recta aplicación del derecho, para guardar así consonancia con la consabida misión de que “la justicia es un proyecto de armonía social” (de autor anónimo).

La dilatación de incumbencias lleva a quebrar una de las leyes fundamentales, que se enuncia así: a mayor competencia, menos poder, e inversamente. Los tribunales fuertes son aquellos que tienen una competencia limitada, estricta; los tribunales que pierden poder de influencia y gravitación son aquellos que creen que cuantas más incumbencias abarcan, más poder van a tener. Y no es así, ya que es exactamente al revés, tal como lo observara con agudeza Charles Evans Hughes hace casi un siglo, con respecto a la Suprema Corte de los Estados Unidos; lo que también es válido para la nuestra.

V. En cuanto a los puntos que se señalan como premisas acerca de la transparencia y de la funcionalidad, hay que poner el acento en el régimen de las incompatibilidades. En términos razonables nadie pide que los jueces vivan alejados de la realidad. Al contrario, tienen que pisar bien en la realidad, pero sin dispersarse en otros quehaceres más allá del ejercicio de una cátedra universitaria.

En pocas palabras, decir que también en la selección de recursos humanos se debe apuntar al tema de la dedicación y que, dentro de lo razonable, hay que ser más estrictos en el área de las incompatibilidades. Hubo una ley (gestada en el Ministerio del Dr. Gervasio Colombres, hace más de cuarenta años) que no se aplicó y que incluso se derogó. No puede ser que la función judicial sea una tarea más entre otras. Es bueno que el juez sea docente o investigador, pero no es bueno que se disperse a través de un cúmulo de tareas, algunas serias y otras frívolas, que detraen tiempo y dedicación.

Los recursos también son un tema fundamental. No podemos pretender justicia eficiente, si no hay recursos suficientes. Aquello que el constituyente Gorostiaga decía con respecto a que no hay poder sin recursos y no hay Estado sin Tesoro, vale también para la Justicia. La Justicia no puede depender de la dádiva para que se cumpla la doble idoneidad, es decir, la profesional y la moral, que es la independencia y el no dejarse seducir por las tentaciones, favores o intereses creados, para lo cual se requiere también una remuneración digna.

En otro orden de cosas, es menester recordar que la Corte Suprema hace tiempo que ha requerido al Congreso que acelere la modificación del actual

régimen de subrogancias, toda vez que además de ser inconstitucional, no es saludable que algunos jueces tengan que atender varios juzgados y, por lo tanto, no puedan cuidar con suficiente dedicación a todos ellos. Alguno queda descuidado, porque si el trabajo se duplica o se triplica, esto redundaría en el perjuicio de los justiciables y, por supuesto, recarga innecesariamente el trabajo de los magistrados que están cumpliendo una doble o triple función.

Pero la solución de fondo también requiere cambios en el régimen legal del Consejo de la Magistratura, tanto en su composición como en cuanto al complejo y lento mecanismo de los concursos. Hemos presentado un proyecto al respecto en oportunidad de nuestro desempeño en el Ministerio de Justicia (año 2002) y en la Cámara de Diputados de la Nación (período 2003-2007); sin éxito.

Que el Consejo de la Magistratura tenga tanto poder político, reglamentario, sancionatorio, económico, administrativo, etcétera, lo convierte en definitiva en un “coto de caza” para que en el imaginario del político se acrecienten los espacios de poder, y lleve indefectiblemente a que su labor quede desenfocada con respecto al objetivo fundamental, que es la selección, promoción y remoción de los magistrados —por vía del Jury de Enjuiciamiento—, para que alguna vez en la Argentina funcione la instancia posterior al control, que es la responsabilidad. De nada sirve el control si se agota en sí mismo. Lo que el pueblo quiere es que recaigan responsabilidades, es decir, que funcionen los mecanismos necesarios para que la consecuencia del control se visualice y produzca efectos que vayan incluso más allá de lo segregativo, como puede ser la inhabilitación, que no es una pena accesoria sino una tan principal como la destitución.

Queda otro instituto de participación popular muy importante. Una herramienta de control y de eminente participación popular en la justicia, que es el juicio por jurados, que no ha sido eliminado de las disposiciones de la Constitución del '53, que está tres veces mencionado en ella y que no requiere necesariamente una implantación total e integral, ya que se podría empezar gradualmente por ciertos delitos. Siendo legislador propuse empezar por los delitos contra el honor, pero esto puede ser materia de otros avances a fin de ir creando el hábito, la práctica, la costumbre de que el pueblo pueda decidir en una cuestión tan importante, pero que no requiere una sabiduría muy especial, como es decidir sobre la inocencia o la culpabilidad de los acusados. Siempre corresponderá a los jueces letrados la prosecución de las causas en las partes técnicas, como ocurre en los países que tienen ya una rancia tradición en la materia. Pero al mismo tiempo hay que ir creando “la cultura del jurado”, o sea, preparar a la ciudadanía para tan delicada responsabilidad.

VI. Por último, tener presente también el régimen penitenciario. En cuanto a las cárceles de la nación, se refiere, el problema no es fácil de solucionar, porque allí se requieren inversiones considerables para poder contar con la infraestructura indispensable. Algunos han propuesto la utilización de instalaciones que están sin destino, sin uso; pero se ha llegado a la conclusión de que la adaptación de esas instalaciones al *modus vivendi* peculiar que requieren un condenado o un encausado sería una inversión mucho mayor que la edificación e instalación de edificios que estuvieran desde el inicio preparados para esa finalidad. Hace falta una convergencia de esfuerzos: lo que se podría llamar una economía penitenciaria, no digo procedimental: lograr mejores condiciones de habitabilidad para todos aquellos privados de libertad (art. 18, CN). No puede ser que usen para ello las comisarías; porque no es la instalación adecuada y por lo tanto, el sujeto no sólo no está sujeto a un proceso de capacitación, de rehabilitación y de resocialización para su retorno a la vida libre; sino que además significa pérdida de seguridad. El agente de policía que está dentro de una comisaría, custodiando a un condenado, no está donde debe estar: en la calle vigilando la seguridad de las personas.

VII. El concepto de seguridad jurídica es muy vasto y comprensivo, pero no cabe duda alguna de que guarda una estrechísima relación con la existencia o no de un Estado de Derecho, de modo que se suponen recíprocamente: no puede haber seguridad jurídica al margen del Estado de Derecho y no puede haber un Estado de Derecho, si no está de alguna manera garantizada la seguridad jurídica. Los rubros que componen el concepto de seguridad jurídica van desde un mínimo a un máximo. La seguridad jurídica, en un sentido amplio, significa un conjunto de condiciones que crean una atmósfera en virtud de la cual se puede realmente tener una calidad de vida institucional adecuada. Por ejemplo: la existencia de garantías para el goce efectivo y real de esas libertades. Esto supone una justicia independiente, esto implica un poder judicial cuyas decisiones sean razonables, fundadas y, además que sean acatadas por los demás poderes del Estado que deban darle cumplimiento. Seguridad jurídica supone la despolitización de la Justicia. La justicia no debe estar pendiente ni del poder político, ni de las pertenencias partidarias; es decir, que los jueces se deben emancipar de las lealtades preexistentes y actuar como jueces de la Nación, como jueces del pueblo de la Nación, más allá de cual haya sido su preferencia en otro momento.

Un juez, a partir del acto en que asume y presta juramento, sólo tiene que estar gobernado por su conciencia y olvidarse de cualquier tipo de ligamen en cuya virtud el magistrado sienta gratitudes o deba expresar gestos de reconocimiento con respecto a su procedencia. Por supuesto que esto no

significa que los jueces vivan en una caja de cristal, ni que sean asépticos, ni que estén desprendidos o desconectados de una escala de valores a la cual se sientan ligados. Significa, simplemente, que sus decisiones estén motivadas —como se decía en el viejo derecho español— en “su real saber y entender”, y no en los deberes de gratitud o de obediencia.

Entre nosotros fallan muchas cosas: Ralph Dahrendorf —un gran politólogo de origen alemán, pero que optó por la ciudadanía británica y fue miembro de la Cámara de los Lores— ha dicho que para que un sistema funcione como verdadera democracia, se requieren dos requisitos. Uno vinculado con la vieja tradición inglesa: que no puede haber impuestos sin ley, que tiene que haber un sistema fiscal basado en la legalidad, en la claridad, en la certeza, en la perdurabilidad. Y segundo, que el juez esté totalmente emancipado de las aparcerías políticas y también de las gratitudes mal entendidas —agregaríamos—, es decir, que el cordón umbilical que pueda haber tenido hasta entonces, con fracciones o facciones, quede roto, quede superado a partir del momento en que accede a la función judicial.

El tema de la independencia no debe ser confundido con asepsia. No existe el juez aséptico, un juez absolutamente desconectado de un sistema de valores o de un conjunto de ideas o de ideales que se expresan a través de metas o fines que pretende alcanzar en el momento en que dicta el acto de justicia. Este tipo de juez no existe, y sería penoso que existiera, porque realmente estaríamos frente a un autómatas; volveríamos a la teoría del siglo XVIII; no cumpliría ni siquiera la función interpretativa, mucho menos la función integrativa y creadora que cumple el juez a través del dictado de las sentencias, que no consisten en un mero silogismo.

Hans Kelsen —probablemente el gran jurista del siglo XX que ideó, integró y presidió diez años la Corte Constitucional de Austria, donde nace verdaderamente un control a través de la jurisdicción especial— dijo en alguna oportunidad al incorporarse al tribunal que, si bien él tenía sus simpatías políticas, no quería de ninguna manera que se sospechara o se pensara que el ligamen subsistía. Porque así como él le negaba al Estado el poder de cercenar su pensamiento y su libertad de criterio para resolver los problemas, con mayor razón les negaba a los partidos políticos que pudieran “pasarle una cuenta” por eso, es decir, que pudieran exigirle algún tipo de adhesión o de desviación de sus veredictos en razón de haber contribuido al nombramiento en el cargo que pasaba a ocupar. Sobre la libertad ideológica de los jueces existe un sinfín de posturas. El profesor Jorge Malem Seña (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona), señala que los jueces poseen valores “idiosincrásicos,” con sus respectivas preferencias; como así también que sus enunciados no son posibles de ser “veritativos” por cuanto responden en cada caso a deseos o voliciones que surgen de

concepciones (políticas) que pueden ser verdaderas o falsas (Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la UBA el 26 de marzo de 2015, publicada en “Derecho al Día” n. 245 del 9 de abril de ese año).

En resumidas cuentas, sostenemos que:

Por “independencia” debemos entender dos cosas. En primer lugar, la independencia de las lealtades partidarias pre-existentes, que las puede haber tenido y es respetabilísimo que así sea, pero que debe abandonar en el momento de acceso al poder. También debe abandonar la falsa noción de que por haber sido designado por alguien tiene un deber de gratitud permanente de halagar o complacer a ese alguien. En la Argentina hay ejemplos de todo tipo, pero también existen casos de gente que fue muy criticada al momento de su designación, porque venía de una pertenencia partidaria, incluso de la integración de un gabinete, como es el caso de Antonio Sagarna, quien, siendo juez de la Corte, desde el día siguiente al de la asunción del cargo actuó con total independencia respecto del partido al cual había pertenecido, así como del Presidente y del Senado que lo habían nombrado. Pero no es la regla.

También reconocemos que es dable sostener que la seguridad personal está violada, porque el índice de hurtos, robos y asesinatos es tan elevado que nos hace pensar que se ha roto el contrato social, y un deber elemental del Estado —a quien se le ha delegado— es, fundamentalmente, dotar de seguridad a las personas. Lo que los ciudadanos le delegan, no son sus libertades, sino la custodia de su seguridad.

Lo que falla en la Argentina es fundamentalmente el principio de responsabilidad. Esa es una asignatura pendiente, una falencia muy grave que tenemos desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Cuando se visualiza que hay ilícitos, pero que no recaen penas sobre ellos, obviamente es porque está fallando el principio de responsabilidad, cualquiera sea la naturaleza de esos ilícitos, porque todos en definitiva son graves. No se puede decir “este ilícito está tolerado y éste no”. La irresponsabilidad empuja hacia la reincidencia.

VIII. También es importante distinguir entre activismo judicial y gobierno de los jueces. Siempre hemos reclamado la mayor energía jurisdiccional. No creemos en la pasividad de los jueces, sino que los jueces deben volcar toda su energía en la tarea jurisdiccional, de modo de sustanciar las causas adecuadamente, con transparencia, con eficiencia, sin morosidad y llegando a resultados que se traduzcan en una reparación válida e integral del derecho que ha sido lesionado. Pero eso está dentro de lo que debe ser el desempeño normal de la función judicial. De ahí a pasar al “gobierno de

los jueces”, que no es una expresión ideada aquí, sino que es una expresión europea que tiene mucha antigüedad, es otra cosa. Un salto no cuantitativo sino cualitativo.

No consideramos correcto que los jueces sustituyan al poder político en las decisiones que son eminentemente de orientación o de encuadramiento político. Por ejemplo: la política económica y social de un país. Eso lo tienen que decidir los que son los representantes del pueblo. Lo típico de las medidas restrictivas que se toman en un momento de crisis es que no se anulan los derechos, sino que se limitan más que en tiempos normales, con carácter transitorio, hasta que se supere la crisis. Y la mismísima Corte Suprema procedió en algún caso a no reconocer la subsistencia de la norma emergencial, habida cuenta del término de la crisis habitacional (caso “Mango c. Traba”, sentencia del 26 de agosto de 1925).

La seguridad jurídica supone un régimen legal muy claro y preciso, entendible por todo el mundo y, además, perdurable. Esto quiere decir “reglas de juego” para que en materia de actividad se puedan realmente desenvolver los distintos actores que participan de la vida económica y social del país con la certidumbre o la certeza acerca de cuál es su situación: cuándo pagan impuestos, cuándo no, qué cosas están permitidas y qué otras actividades no están permitidas. Esto nos lleva un pasito más adelante, a lo que se llama la regla de predictibilidad. La Corte Suprema nuestra sostiene, desde hace años, que tiene categoría constitucional. Decir previsibilidad es poder conocer anticipadamente cuál va a ser la consecuencia jurídica de los actos que uno hace o que uno no hace, porque a veces las omisiones pueden ser causal de una sanción. Significa que se pueda saber anticipadamente el resultado que, desde el punto de vista del marco jurídico, tienen los actos. Ésta regla es considerada, no ya para los argentinos, sino para los pensadores de todas partes del mundo (Max Weber, entre ellos) como una llave de oro para entender lo que ha sido el gran crecimiento de Occidente. A esa “predictibilidad” debe acompañar una razonable “perdurabilidad” de las reglas aplicables: su cambio permanente asume las proporciones de una frivolidad y de una liviandad que sólo conducen a la confusión generalizada de la población y su consiguiente retraimiento. Y fue precisamente Weber el que adjudicó al “juez” el rol de custodio final de la seguridad jurídica.

Recordemos que en el derecho penal libre de los países democráticos no se permiten leyes en blanco, tienen que ser leyes penales en las que estén estrictamente tipificadas las conductas y la fijación de la sanción: por ejemplo en el homicidio “el que matare a otro tendrá tal pena”.

Hay que lisa y llanamente derogar la nueva ley penal de subversión económica, porque muchas de las conductas que allí se encuentran previstas

están mejor tipificadas en el propio Código Penal o en las leyes fiscales como, por ejemplo, las defraudaciones al fisco, administración fraudulenta, agio, estafas, cohechos y una serie de figuras que ya existen. Aunque para algunos la derogación puede originar sospechas, pues cada uno tiene derecho a barruntar en torno de todo lo que crea fundadamente que es materia de susceptibilidad, de duda o que le llame la atención. Pero como regla general, debemos atenernos al principio de inocencia, y hasta que no haya una sentencia firme que declare la condena de alguien porque esté demostrada su culpabilidad, rige ese principio que tiene categoría constitucional y además está privilegiado por los tratados internacionales de derechos humanos a los que, a partir de la reforma constitucional de 1994 se les ha dado rango constitucional en el art. 75 inc. 22, ya que de lo contrario se correría el riesgo de entrar en una “caza de brujas”, sean empresarios o no. Por supuesto que los jueces tienen que llevar adelante sus investigaciones hasta las últimas consecuencias, pero todos aquellos que queden incluidos en esa sustanciación están amparados por el status de inocencia hasta que se dicte la sentencia definitiva.

IX. Un límite intolerable es el de la impunidad, y tiene que haber normas a partir de las cuales no se toleren situaciones de impunidad ni conductas antisociales. Esto es básico, no es un invento de este siglo, sino que viene desde mucho tiempo atrás; de modo que el ordenamiento legal tiene que tener tipificadas todas aquellas conductas antisociales que merecen ser reprimidas y castigadas.

De la situación de impunidad deviene un estado generalizado de anomia, es decir, cuando no hay marco, cuando “todo vale” y eso estimula mayor impunidad, con lo cual se va por una pendiente que termina en anarquía y el nihilismo, que son intolerables. De modo que no puede haber impunidad, ni en hechos de sangre, ni impunidad en ilícitos de raíz económica o financiera. En consecuencia si las leyes son malas, hay que modificarlas o sustituirlas. Predicar la impunidad sería “contra natura” e iría contra la propia formación y convicciones; y por eso corresponde instar al Ministerio Público que lleve adelante la vindicta pública hasta sus últimas consecuencias.

Por consiguiente se debe condenar tanto la impunidad en hechos de sangre, como en hechos atentatorios contra la propiedad, como en cualquier otra lesión de derechos y garantías de toda naturaleza, que gocen de la protección derivada del ordenamiento jurídico. Lo contrario sería propiciar una concepción antisocial. (2)

(2) Debo señalar algunas otras cuestiones trascendentes vinculadas al tema en análisis, por ejemplo, las últimas decisiones adoptadas por el gobierno de liberar del

Otro aspecto de interés lo constituye la falta de decisión para disminuir la violencia en los espectáculos deportivos. Es parte de un problema mucho mayor y mucho más complejo. Uno de sus aspectos es el aspecto penal. Lo represivo es un punto dentro del cuadro general de situación, que incluye elementos tales como la corresponsabilidad de la violencia en el deporte, en la que están incluidos no sólo los fiscales que no denuncian los delitos, sino también los jueces que no aplican las penas contempladas en la ley. También hay responsabilidad de las entidades profesionales del deporte y de los clubes que no cumplen su reglamento; y que, obviamente, no vigilan y no controlan esos desbordes que llevan a episodios que terminan por lo general en el homicidio. Insistimos con énfasis: ¡es hora de las responsabilidades, en todos los órdenes!

El incremento en estas penas tiene sentido, siempre y cuando vaya acompañado de otras medidas, por ejemplo, instar a sumariar a aquellos clubes, a la AFA, o a las entidades que sean, si no cumplen y hacen cumplir los reglamentos. Y además, hay un problema cultural que es el trasfondo de todo esto: por algo un espectáculo de alegría para la sociedad y para el pueblo se ha transformado en tragedia. Hay que analizar qué es lo que ha llevado del extremo de la alegría, al extremo de la tragedia. Hay que analizar también el tema de las llamadas “barras bravas” y quiénes las organizan, conforman y financian. Este es un tema de gran complejidad, del que tampoco pueden

secreto a los agentes de la SIDE y permitir que declaren en el juicio por la AMIA. Toda medida que tienda al esclarecimiento de los hechos y al descubrimiento de la verdad es positivo. Este es un procedimiento que se sigue en muchas partes del mundo cuando hay que indagar a fondo, para poder realmente descubrir la verdad de las autoridades materiales e intelectuales de un episodio de esa envergadura. No es un invento local, es un mecanismo que utilizan muchos sistemas judiciales de países absolutamente democráticos; tal como fue dispuesto por decreto del PEN en el año 2002, con la firma del entonces Presidente y del Ministro de Justicia (el autor del presente trabajo). La Justicia tiene como finalidad, entre otras, hacer conocer la verdad, facilitar el acceso a la verdad y el “derecho a los hechos” en una causa que ha conmovido tan hondamente no sólo a la colectividad afectada, sino al pueblo argentino en su totalidad, porque ha herido valores fundamentales (la vida, la convivencia, el respeto a las distintas creencias). Deben tomarse todas las medidas necesarias para facilitar la investigación, que ya lleva muchos años. Pero debo remarcar que fue ese decreto del año 2002, con la firma del Presidente Eduardo Duhalde y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Jorge R. Vanossi (dec. 490, del 12 de marzo, publicado en el Boletín Oficial del 14 de ese mes), el que dispuso relevar de la obligación “de secreto” a los funcionarios y ex funcionarios del área de Secretaría de Inteligencia (SIDE) “para facilitar en todo cuanto estuviere a su alcance la acción de la Justicia a fin de arribar al completo esclarecimiento del atentado” (sic). Véase, VANOSSI, J. R., “Propuesta de una Reforma Judicial”, Rubinzal, Santa Fe, 2004, p. 43.

permanecer ajenos los órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público (en los términos el art. 120, CN). ¡Sí los ingleses pudieron contener a los “hooligans”...!, a ese “hooliganismo” que, con diversas complicidades en la Argentina (incluidas algunas agrupaciones políticas partidarias), incurre en hechos de vandalismo y en formaciones de turbulentas: ¿por qué no se le pone coto? (3)

X. Conclusiones sobre la Justicia y el Poder:

a) El tema debe ser puesto en otro ángulo. ¿Por qué? Porque elegir a un juez implica buscar el perfil de alguien que va a tomar una decisión final respecto de temas que conciernen a la vida, la libertad, el honor, los derechos, la propiedad, las garantías, la seguridad y la dignidad de las personas. Esto es fundamental, no es algo menor.

b) Ratificamos la convicción de que el acto más delicado e institucionalmente significativo de un gobernante radica en promover la nominación de un magistrado judicial que, de acuerdo a nuestro régimen constitucional, son cargos cuya trascendental función se ejerce de por vida (ad vitam).

c) El tema también se vincula con el de la capacitación que brindan nuestras Facultades de Derecho en el grado o en el posgrado; y lo resumiría de la siguiente manera: “Dime cómo es la fábrica y te diré cómo es el producto”. Esto es así porque los jueces se forman en las facultades de derecho y, por añadidura, tienen una experiencia según la orientación profesional que hayan tomado, ya sea desde el llano, en la carrera judicial o en otra de las tantas variedades que hoy en día tiene esta profesión (consultoría, asesoría, etc.). En cualquiera de los casos es condición sine qua non la capacitación; y con más razón en los que opten por la judicatura; dejando de lado la infortunada ironía de Mark Twain, que en sarcasmo impropio de su quehacer literario llegó a comentar que “para triunfar en otras profesiones hay que demostrar capacidad, pero en el ejercicio de la justicia es más recomendable ocultarla” (sic).

d) Cabe señalar que el derecho comparado —tal como lo señaló Couture hace muchas décadas— nos da el dato de países de Europa —ya que la investigación de Couture fue fundamentalmente europea— que tenían un Poder Judicial numerosísimo en cuanto a sus componentes, pero muy ineficaz desde el punto de vista de la expectativa de la sociedad respecto

(3) Informe del Diputado Nacional J. R. Vanossi al Presidente de la Cámara Dr. Alberto Balestrini, fechado el 14 de agosto del 2007, con “informe preliminar” para la “Comisión especial para el análisis, evaluación e investigación de la violencia en el fútbol”, que quedó en la nada (sic).

de la prestación de esa función judicial. También señalaba que había otros países en Europa con un escaso número de jueces que no provenían de un ascenso burocrático o de un *cursum honorum* aritmético, es decir, casi automático, sino que eran extraídos de la profesión y de otras manifestaciones de experiencia profesional, docente o académica, a quienes la sociedad reconocía como jueces que prestaban su función con niveles ampliamente satisfactorios (el caso de Inglaterra).

e) Existe un viejo pleito entre partidocracia y judicatura: se desconfían recíprocamente, pero el conflicto no se puede resolver por vía de la sumisión de una a la otra —en cualquier sentido direccional que sea—, sino cumpliendo cada uno la función que le corresponde, que son diferentes y ambas necesarias para la atención de lo que nos debe interesar, que es el bien común, es decir, el interés general, por encima de cualquier egoísmo o narcisismo. Creemos que así como el juez debe emanciparse de esas lealtades, la partidocracia tiene también que emanciparse de los prejuicios que anida respecto de ciertas ramas de la actividad pública de un país. Hay una tradición de mal entendimiento entre la partidocracia y la justicia por un lado; y entre la partidocracia y la investigación, la ciencia y la educación por el otro lado. A veces, me he preguntado por qué y la única explicación que encuentro es que los resquemores de la partidocracia (y no estoy utilizando la palabra en el sentido peyorativo, sino en el sentido técnico preciso) respecto de la investigación y de la ciencia, son porque la investigación y la ciencia buscan la verdad. La verdad reemplaza al error, y una verdad puede tirar abajo cientos de años de normas y de actos que se han celebrado anteriormente. Y eso, no le gusta por lo general al sector político dominante, cualquiera sea él. Y con respecto a la justicia, porque la justicia da garantías, la justicia es el garante por antonomasia, es el poder que asegura las libertades, que delimita todo aquello que en el imaginario del político podría no tener límites. Pero está el juez. Y esto recuerda un poco la vieja anécdota —que no por vieja pierde validez, sino que la mantiene— del molinero de Postdam, que ante la pretensión de los asesores o consejeros del rey de Prusia, que lo querían forzar a vender su molino para poder ampliar el palacio de verano, en algún momento se siente extorsionado cuando le dicen: —Bueno, no tiene más remedio que arreglar—. Y él contesta preguntando “si todavía existían jueces en Berlín”. Es decir, el hombre creía en la justicia, creía que por encima del rey (y eso que aquellos eran reyes de la época del “despotismo ilustrado”, a fines del siglo XVIII) el juez podía hacer frente y parar el abuso de los secuaces del monarca.

f) Por lo dicho, creemos que debemos buscar y procurar en los mecanismos que tenemos que perfeccionar a fin de alcanzar el perfil adecuado, una instancia para verificar esa doble idoneidad —ética y técnica— y no ser

conformistas ante las meras estructuras de convalidación para el reparto político.

g) Es perversa la teoría del “paraguas” que protege para “que nadie quede a la intemperie” y que la Justicia sea un refugio para que dentro del reparto todos queden satisfechos. Y, al mismo tiempo, me parece que esa cobertura es patológicamente dañina, porque destruye a todo el sistema. En definitiva, dime qué jueces tienes y te diré qué Estado de Derecho hay. Dime cuál es el perfil de esos jueces y te diré qué grado y qué profundidad de control tenemos.

h) Desde luego que esto conduce al orden de las conductas y, como todo, se resuelve en un problema cultural. Es un problema cultural el perfil del juez, ya que a las más altas jerarquías corresponden las mayores responsabilidades, de acuerdo a un sabio principio del Código Civil de Vélez Sarsfield, que debería tener categoría constitucional en esta delicada cuestión: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” (art. 902 del Código velezano).

i) No debemos caer en el abandono de una sabia premisa del Estado de Derecho que se resume en una sentencia muy breve:

A todo acrecentamiento del poder, debe corresponde un mayor vigoramiento de los controles, un acrecentamiento de las garantías y un potenciamiento de las responsabilidades. Y esto es válido para todo, tanto para el sector público, cuanto para las grandes concentraciones del poder privado. A mayor poder, mayor control.

j) Basta leer “La ciudad indiana” de Juan Agustín García o páginas de otros autores de comienzos de siglo pasado, para ver que ya hablaban de estas cosas y trataban el problema ético. Sin embargo, la diferencia cualitativa está en que en las últimas épocas no son bandidos, sino que son “bandas”. Es decir, organizaciones que se valen de la impunidad que les otorga la cercanía del poder, o algún tipo de complicidad, para operar desde las sombras, visiblemente en detrimento del bien común y del interés general. Por eso sostenemos que no basta con el Código Penal. Éste es condición necesaria, pero no suficiente. Tiene que haber, por supuesto, rigor en el Código Penal, pero él por sí solo no va a re-moralizar la República. Esto resalta más aún la importancia de un Código de Ética, particularmente referido a la función judicial.

k) También es cierto, y hay que reconocerlo, que muchos medios de comunicación exaltan paradigmas que no son siempre los de la virtud, sino

precisamente el contramodelo: ellos pertenecen a la anticultura. Es oportuno traer a colación la explicación que nos da uno de los grandes pensadores norteamericanos, John K. Galbraith, estudioso de la economía y de la sociología del norte de nuestro hemisferio. Galbraith señala dos datos, al buscar las razones del gran desarrollo de los Estados Unidos —que en forma indetenible adquirió, desde la segunda mitad del siglo XIX, hasta constituirse en potencia mundial—: la educación pública y la enseñanza moral, que los norteamericanos recibieron en gran medida e integralmente, amén de la influencia del puritanismo (exagerada escrupulosidad en el proceder). Al establecer la comparación con nuestro país —reconozcámoslo con tristeza— deberíamos decir que la enseñanza pública ha sido destrozada. Pero tampoco debemos aceptar el menoscabo de la justicia, pues cuando se la ataca o se la reemplaza —en su conjunto o en la persona de algunos de sus magistrados—, está a la vista la índole totalitaria de “la suma del poder público”; y valga como testimonio lo acontecido en Alemania, para cerrar estas reflexiones. Fue así: El 26 de abril de 1942, cuando ya se comenzaba a vislumbrar que la invasión alemana a Rusia se estancaba, Adolf Hitler dio lo que sería su último discurso al Reichstag (Parlamento), en que lanzó un ataque salvaje al Poder Judicial. Solicitó, y obtuvo el poder para remover a cualquiera de sus miembros que, según su criterio, fallara de cumplir sus funciones. Con esta resolución desapareció el último vestigio de constitucionalidad que quedaba en la Alemania nazi, pasando el dictador a ser la suma de la ley.

XI. Bibliografía

BIDART CAMPOS, Germán; “Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales”, Edición de Allende y Brea, Buenos Aires, sin fecha.

DWORKIN, Ronald; “Justicia para erizos”, trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, 2014; también “La decisión judicial”, “El debate Hart-Dworkin”, Ed. Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2002.

HUGHES, Charles E.; “La Suprema Corte de Estados Unidos”, México, Fondo de Cultura Económica, 1946 (ps. 213/214).

KELSEN, Hans; “Teoría Pura del Derecho”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.

KRIELE, Martin; “Introducción a la Teoría del Estado”, trad. E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980.

MODERNE, Franck; “El juez constitucional frente a los poderes públicos”, Armario Portugués de Derecho Constitucional, 2004.

NINO, Carlos; "Fundamentos de Derecho Constitucional" (Análisis de la práctica constitucional), Astrea, Buenos Aires, 1992.

RAWLS, John; "La Justicia como equidad", Paidós, España, 2000.

ROSS, Alf; "¿Por qué Democracia?", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

VANOSSI, Jorge Reinaldo; "Teoría Constitucional", 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, tres tomos (2500 ps.); ver tomos II y III.

VANOSSI, Jorge Reinaldo; "Propuesta de una Reforma Judicial", Rubinzal, Santa Fe, 2004.

VANOSSI, Jorge Reinaldo; "Estado de Derecho", 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, un tomo (680 ps.).

VANOSSI, Jorge Reinaldo; "La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución y en su jurisprudencia", Panedille, Buenos Aires, 1970.

WEBER, Max; "Economía y Sociedad", t. I, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, ps. 238 y otras. ♦

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA JUSTA INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: ¿JUSTICIA CONMUTATIVA O JUSTICIA DISTRIBUTIVA?

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

I. El problema de la medida de la indemnización en la responsabilidad del Estado

Uno de los principales problemas que debe resolver la teoría de la responsabilidad del Estado concierne a la medida de la indemnización por los daños provocados por su actividad legítima.

A raíz de la sanción de la ley 26.944, que regula la responsabilidad del Estado en el orden nacional, esta cuestión ha cobrado una gran trascendencia teórica y práctica de cara al precepto contenido en el art. 5º, que excluye el lucro cesante de la reparación debida a los particulares por los daños ocasionados por el ejercicio de actividades estatales legítimas (v.gr., revocación de un acto administrativo por razones de interés público).

De la discusión legislativa no surgen los fundamentos tenidos en cuenta para justificar dicha norma aunque tienen el apoyo de una parte de la doctrina (1) y de la jurisprudencia, en particular de la tesis propiciada en la disidencia que

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 13 de agosto de 2015.

(1) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tº III-A, Abeledo-Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 468 y Tº II (Nº 507 especialmente, Nº 526), 4ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 630, consideraba que tenía "un fundamento sustancialmente igual al de la "expropiación" por utilidad pública, posición que reitera en su conocido trabajo "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED 114-949 y en otro que escribió *a posteriori* al que tituló "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", LL 1993-E-912; véase, en la misma línea: COMADIRA, Julio Rodolfo, "Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento administrativo. Otros ensayos", 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 368.

formuló la jueza Highton de Nolasco en el caso “Jacarandá.” Allí sostuvo que, como la indemnización —en tales casos— se regía por las reglas de la justicia distributiva (propia y exclusiva del derecho público), no correspondía indemnizar el lucro cesante.

Desde luego que no se puede desconocer que existe una vinculación estrecha, no siempre advertida, entre la teoría de la responsabilidad y la teoría de la justicia, que la mayor parte de los iuspublicistas no suelen abordar, dejando su tratamiento para los filósofos del derecho. El conocimiento de la teoría de la justicia, máxime cuando se acude a la versión que más se aproxima a la exactitud, constituye una exigencia del enfoque sistémico que se predica como algo necesario e insoslayable en el ámbito científico (2).

De lo contrario, se fragmentan las partes del conocimiento, separándose del conjunto, lo que explica la anarquía que reinaba en la ciencia jurídica como consecuencia del predominio de las ideas positivistas que aislaban el derecho y lo separaban de la justicia y de la moral (3), profundizando el rumbo marcada por Kant (4).

El problema del alcance de la indemnización —frente a sacrificios o daños de los particulares por razones de utilidad pública, interés social o público—, se plantea, tanto en materia expropiatoria como en el ámbito de la responsabilidad contractual (extinción por razones de interés público) o en el plano de los actos administrativos unilaterales (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), a través de criterios fundados en la remediación de los sacrificios especiales que sufre el particular de cara a la actividad legítima del Estado, cuando éste no está obligado a soportar los daños, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa. (5) Pero la determinación de la medida de la indemnización no se circunscribe sólo al ámbito de la actividad legítima del Estado sino también respecto a las faltas de servicio que configuran la llamada responsabilidad por actividad ilegítima, aunque en estos casos existe consenso doctrinario y

(2) Véase: BUNGE, Mario A., “Memorias. Entre dos mundos”, Gedisa-Eudeba, Buenos Aires, 2014, ps. 234/237.

(3) Esta tendencia aún subsiste, fomentada por la falsa creencia en las autonomías científicas que ha generado incongruencias y contradicciones —por ejemplo— entre los derechos civil y administrativo con el derecho penal, el cual ha seguido sus propias aguas contrariando el enfoque sistémico que debería haber conducido a esta disciplina a compatibilizar y armonizar sus teorías y soluciones positivas con los otros sectores del derecho.

(4) Como lo destaca BARBERIS, Mauro, “Juristas y filósofos. Una historia de la filosofía del derecho”, trad. del italiano, ed. Communitas, Lima, 2015, p. 90.

(5) En Francia, se la denomina “responsabilidad sin falta”, véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Cours de Droit Administratif”, cit., p. 725 y ss.

jurisprudencial sobre el principio aplicable, que es el de la reparación integral, que excluye los daños meramente eventuales o conjeturales (6), exigiendo que el perjuicio sea concreto (7).

La diversidad de las soluciones y criterios proporcionados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para definir el alcance de la indemnización, en esos supuestos, ha hecho que se tratara de buscar una fundamentación común que permitiera tratar con la misma vara situaciones que, si bien son diferentes, guardan una semejanza por analogía, en tanto la finalidad perseguida consiste en remediar la desigualdad causada por los daños que el Estado ocasiona con su accionar a los derechos o bienes de los particulares.

Lo primero que corresponde averiguar es si en el texto de nuestra Constitución existe algún precepto que permita establecer cuál es el alcance de la reparación en tales casos. Si bien se han hecho esfuerzos interpretativos para tratar de ubicar en un precepto constitucional —como el art. 19 de la CN— el criterio para medir el alcance del daño, lo cierto es que no hay en dicha norma un criterio preciso (8) y así como no se puede sacar jugo de las piedras, tampoco resulta lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla que no resulta del precepto sino de la mera inferencia de los juristas (9).

II. Inaplicabilidad de la Ley de Expropiaciones

La solución no pasa por acudir en todos los casos al criterio de la Ley de Expropiaciones (10), que circunscribe la indemnización al valor de objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa de la expropiación, con exclusión del lucro cesante, máxime cuando este concepto ha sido interpretado en forma restrictiva, contrariando incluso sus fuentes doctrinarias que consideraban indem-

(6) Véase ABERASTURY, Pedro, “La nueva Ley de Responsabilidad del Estado”, ADLA-2014-25, p. 4.

(7) LAMOGLIA, Carlos M., “Responsabilidad del Estado: aspectos para el estudio de la ley 26.944”, en RAP, N° 437, Buenos Aires 2015, p. 134.

(8) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación del contrato de obra pública”, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 56 y ss., analiza, con rigor científico, los principales *leading cases* en materia de responsabilidad contractual y extracontractual por actividad legítima.

(9) LAPLACETTE, Carlos José, “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LL 2012-E-1045.

(10) El art. 10 de la ley 21.499 preceptúa: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

nizables el valor empresa en marcha (11) así como los lucros cesantes comprobables razonablemente previstos y los que derivan de la naturaleza del bien (por ej., un campo inundado por una decisión del poder público). Por nuestra parte, hemos propiciado una posición amplia, considerando que sólo debía excluirse el lucro cesante eventual o hipotético (12) y en la misma línea se ha propiciado una interpretación amplia del concepto de daño emergente al que se atribuye tener contornos difusos (13).

En ese sentido, si bien se ha reconocido que la figura de la expropiación por utilidad pública tiene un fondo común con la responsabilidad por actividad legítima del Estado, es evidente que se trata de instituciones distintas (14) (en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspa al dominio estatal, no así en la segunda). Por lo demás, si el valor objetivo del bien es, en definitiva, el valor de mercado (15), esta pauta resulta inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas (16) ni apta para determinar el daño moral.

La complejidad de nuestro sistema y los vaivenes de la jurisprudencia no impiden advertir, en los fallos de la Corte (17), una tendencia hacia la reparación amplia (18), que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir), que en la terminología corriente suele denominarse “reparación integral” (19).

(11) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº IV, 4º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, ps. 253/254.

(12) Cfr. nuestro “Curso de derecho administrativo”, cit., ps. 286/287.

(13) BALBÍN, Carlos F., “Curso de Derecho Administrativo”, Tº II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 447.

(14) Conf. ABERASTURY, Pedro, “Principios de la responsabilidad del Estado”, en “Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944”, dirigida por el autor del trabajo antes citado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 43.

(15) CS, Fallos 207:804; 242:150, entre otros. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº IV, cit., ps. 241/242; MAIORANO, Jorge Luis, “La expropiación en la ley 21.499”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1987, p. 62 y nuestro “Curso de derecho administrativo”, Tº II, cit., p. 285.

(16) PERRINO, Pablo E., “Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, LL 2014-C-1078.

(17) VID CONDE, Analía, “La responsabilidad del Estado por su función legislativa”, en “Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944” (Dir. Pedro Aberastury), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 197-202.

(18) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación...”, cit., p. 173.

(19) COVIELLO, Pedro J. J., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, ED del 29/08/2000, sostiene que se trata de un principio de rango constitucional.

Es así que la jurisprudencia de la Corte de la última década, desde el caso “Jacarandá” (20), registra dos precedentes posteriores en los que mantuvo la línea que se inclina por la procedencia de indemnizar el lucro cesante en supuestos de responsabilidad por la actividad estatal legítima (sujeta a la acreditación del efectivo y concreto perjuicio en base a la prueba producida en el proceso), en los fallos “Zonas Francas” (21) y “Malma Trading” (22).

En rigor, aun cuando la reparación nunca puede ser integral, ya sea porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables (por ej. los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo) como por la circunstancia que no todos los perjuicios dan derecho a la indemnización (v.gr. las consecuencias casuales y las remotas) (23) ella debe ser lo más amplia posible, restableciendo la igualdad de la justicia conmutativa (24), porque restituir no implica otra cosa que volver a la situación en que se encontraba la persona, fundamentalmente con la plenitud de sus derechos patrimoniales, antes del acto dañoso causado por el Estado.

III. Fundamento constitucional del principio de la justa indemnización

Ahora bien, la inexistencia, en la Constitución formal, de un texto expreso que consagre el principio que rige la medida de reparación o restitución (la clásica *restitutio*) no puede alegarse como argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante. En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que adjudicó a determinados tratados internacionales la calidad de fuente jurídica directa con jerarquía constitucional, además de que, por su condición de tratado internacional, resulta superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN), ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que la Convención Americana ha prescripto el principio de la “justa indemnización”, en dos de sus artículos.

El primero de ellos prescribe que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (25) mientras que el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos

(20) Fallos: 328:2654 (2005).

(21) Fallos 328:2654 (2009).

(22) C.S. fallo del 15/5/2014, LL 2014-C-262.

(23) Art. 901 del Código de Vélez Sarsfield, art. 1727 del nuevo CCCN.

(24) Santo Tomás de Aquino, “Suma Teológica” Vol. VIII, “Tratado de la Justicia”, BAC, Madrid 1956 II-II, q. 62 a 5.

(25) Art. 21 ap. 2º CADH.

o libertades corresponde “el pago de una justa indemnización” (26). Dichos preceptos han sido invocados por la doctrina del derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994 para sustentar el fundamento constitucional del principio de la justa indemnización (27), concepto jurídico que se ha asimilado al de reparación integral (28) o amplia (29).

IV. El principio de la justa indemnización y la justicia conmutativa

La clave para desentrañar el problema interpretativo antes descripto se encuentra en la comprensión del concepto jurídico indeterminado “justa indemnización”, lo que hace necesario acudir a la teoría de la justicia para determinar a qué especie o clase de justicia pertenece dicho principio. Al respecto, se ha sostenido que la razón para justificar la exclusión de la procedencia del lucro cesante en la responsabilidad estatal derivada de la actividad legítima estribaría en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad estatal y sus partes, conforme a criterios de distribución mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo a los principios y reglas del derecho común o privado. En tal sentido, en su disidencia (en el caso “Jacarandá”) la jueza Highton de Nolasco sostuvo que “a diferencia del Derecho Privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el Derecho Público se aplican, en principio, criterios de justicia “distributiva” y que “la diferencia básica entre la regulación privatística y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula las relaciones entre los particulares fundamentalmente sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad representada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente, o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución” (30). Se trata de una tesis errónea, pasible de objeciones constitucionales, en tanto conculca los derechos individuales cuyo goce y ejercicio garantiza nuestra Constitución (arts. 14 y 17,

(26) Art. 63 ap. 1º.

(27) PERRINO, Pablo E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”, en la obra colectiva “La contratación pública”, Tº 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 1128/1129; LAPLACETTE, Carlos José, “Derecho constitucional...”, cit., LL 2012-E-1045; CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación...”, cit., p. 154 y ss., e IBARLUCÍA, Emilio A., “El derecho constitucional a la reparación”, Ábaco, Buenos Aires, 2013, p. 50 y ss.

(28) Véase: IBARLUCÍA, Emilio A., “El derecho constitucional...”, cit., p. 194, para quien el derecho a la reparación se funda en un principio implícito (op. cit., p. 125).

(29) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación...”, cit., p. 172 y ss.

(30) Voto de disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco en la causa “El Jacarandá S.A.”, expuesto en Fallos 328:2654.

CN), transformando un sistema que debe regirse por la justicia conmutativa en otro basado en el modelo distributivo.

Ante todo, la concepción de Tomás de Aquino sobre la justicia conmutativa como una de las especies de justicia particular y su distinción con la justicia distributiva, incardinadas ambas en la justicia general, llamada legal por Aristóteles, implica un desarrollo realmente original de la concepción aristotélica que las unificaba dentro del concepto de justicia correctiva. Mientras la justicia general tiene por fin la realización del bien común, las dos especies de justicia particular se orientan, inmediatamente, a la ordenación de los bienes singulares de cada persona (31) y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas (32). Esto último acontece en el plano de la responsabilidad estatal, pues mientras la remediación de la desigualdad se lleva a cabo a expensas de la distribución del patrimonio o acervo común del Estado, la restitución se realiza según el criterio de la justicia conmutativa (33), circunstancia que, unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el Cardenal Cayetano (34), cuando sostuvo que la justicia distributiva es la justicia del Estado, ha sido la principal fuente de las confusiones y equívocos en que se ha incurrido al interpretar la teoría aristotélica-tomista de la justicia (35). En rigor, se trata de concepciones e ideas que corren por andariveles distintos, gestadas en otro contexto histórico. No obstante ser de vigencia actual, su extrapolación ha de efectuarse con sumo cuidado cuando se pretende interpretar el modelo original, cosa que no siempre se hace.

(31) "Suma Teológica", Tº VIII, "Tratado de la Justicia", BAC, Madrid 1956 II-II, q. 58 a.7.

(32) FINNIS, John, "Ley Natural y Derechos Naturales", trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 208.

(33) "Suma Teológica", cit. II-II q. 62 a.1.

(34) El error principal de la deformación que introdujo Cayetano consistió en sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado, algo que jamás pasó por la mente de Tomás de Aquino; sobre este punto puede verse un correcto análisis en FINNIS, John, "Ley natural...", cit., ps. 213/216. De ahí que algunos autores pasaron a identificar la justicia distributiva con el derecho público (entre nosotros es la tesis que luego de su primer libro ha vuelto a desarrollar BARRA, Rodolfo C., en su "Tratado de Derecho Administrativo", Tº 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 123 y ss., especialmente p. 155 y ss.).

(35) Véase: ROSSI, Abelardo F., "Aproximación a la justicia y a la equidad", Educa, Buenos Aires, 2000, p. 21 y ss., especialmente p. 22, afirma que el todo no es el Estado; HERVADA, Javier, "Introducción crítica al derecho natural", 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006, ps. 38/49, tampoco incurre en esa confusión. Al respecto, expusimos la opinión del texto en sucesivos trabajos: "La igualdad en la contratación administrativa", ED 101-899, entre otros, y en las distintas ediciones de nuestro "Derecho Administrativo", y últimamente en el "Curso de Derecho Administrativo", 10ª ed., cit., p. 21 y ss.

Es verdad que algunas concepciones, como la de Rawls, han tomado como punto central de su teoría sobre la justicia, una concepción que, inspirada en Rousseau y en Kant, podrían suponerse que eclipsa la existencia y razón de ser de la justicia conmutativa en cuanto postula que “*todos los valores sociales, libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y las bases del respeto asimismo; deben distribuirse igualmente a menos que una distribución desigual de cualesquiera y de todos estos bienes sea ventajoso para todos*” (36) lo cierto es que se trata de una construcción que tiene por objeto exclusivo la justicia distributiva o justicia social (37), hallándose orientada al estudio de los aspectos sociológicos y políticos de los repartos económicos y sociales más que a la filosofía del derecho.

En cualquier caso, la teoría de Rawls no coincide con ninguno de los criterios que fundamentan la división entre derecho público y derecho privado, propia de los derechos continentales europeos y de nuestro país, de modo que tampoco puede extraerse de su teoría una conclusión que pueda sustentarse en alguna de las posiciones de la dicotomía (pública o privada) que se ha descrito.

Si bien en las dos especies de justicia particular (distributiva y conmutativa) se contribuye a la realización del bien común, ambas se encuentran respectivamente condicionadas (38), debiéndose tener en cuenta que la observancia del principio de subsidiariedad y el respeto por la propiedad privada “*en la mayoría de los tiempos y lugares*,” constituyen exigencias de la justicia (39) tanto de la justicia conmutativa como de la justicia general. A su vez, la justicia particular ha de acomodarse a la justicia general en cuanto a su ordenación al bien común (40), a cuyo alrededor gira toda la problemática filosófica de la justicia (41).

V. La compensación en la justicia distributiva es distinta a la restitución que se realiza en la justicia conmutativa

Veamos las diferencias que existen en materia de compensación, según se apliquen los principios de la justicia distributiva o los de la justicia con-

(36) RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, ed. Fondo de cultura Económica, México, 1993, p. 84.

(37) FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, Tº IV, ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 2997, señala que en la teoría de Rawls “la justicia es entendida primariamente en sentido social: se trata de saber cómo se distribuyen los derechos y deberes en las instituciones sociales y de qué modos pueden conseguirse las máximas ventajas que puede ofrecer la cooperación social” y ver en RAWLS, John, “Teoría de justicia...”, cit. p. 75.

(38) FINNIS, John, “Ley natural...”, cit., p. 199.

(39) *Ibídem* p. 199.

(40) FINNIS, John, “Ley natural...”, cit., ps. 194-195.

(41) *Ibídem* p. 196.

mutativa, para lo cual nada mejor que acudir a Finnis cuando expresa: “*Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de vida común*, mientras que el modelo para asegurar la justicia conmutativa busca compensar solamente a quienes fueron lesionados por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como lo que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo; pero estos deberes ya citados, p. 75, no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que, si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea inadecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia” (42). Precisamente, ello es lo que acontece en el campo de la expropiación cuando se restringe la indemnización en concepto de lucro cesante. En este sentido, superando nuestra opinión anterior, resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo y no indemnizar el lucro cesante real y comprobado, toda vez que el particular expropiado sufre una lesión patrimonial por un acto voluntario del Estado y el daño es singular, no producido por la vida en común, aunque el resarcimiento provenga de un patrimonio común perteneciente a la comunidad estatal (43).

La comprensión correcta del modelo distributivo requiere observar lo que sucede o podría suceder en distintas situaciones de la vida real. Supongamos que acontece una catástrofe (inundaciones, terremotos, etc.). ¿En base a qué criterios el Estado acordará indemnizaciones a los particulares? Alguien podrá apelar seguramente pragmatismo y a la eficacia pero, en definitiva, la necesidad y las propias limitaciones financieras del acervo común serán los criterios decisivos a la hora de establecer la medida de la indemnización que corresponderá a cada

(42) FINNIS, John, “Ley natural...”, cit., ps. 209/210.

(43) SAID, José Luis, “Responsabilidad del Estado y justicia distributiva”, en RAP N° 370, p. 45 y ss., sostiene en un interesante trabajo, que no comparto por la razones expuestas en el texto, la aplicación del modelo distributivo (con apoyo en citas de Rawls y Finnis, que en, muchos puntos de fondo, resultan incompatibles. En particular, el párrafo que cita de la obra de Finnis (Ley natural..., cit. en la nota 29), se transcribe incompleto, probablemente fruto de la pasión que pone el autor para demostrar la razón de la tesis que sostiene. Sin embargo, la postura de Finnis no coincide con la que sustenta habida cuenta su radical oposición a identificar la justicia distributiva con la justicia del Estado.

uno de las partes del todo social que resultan afectadas y hasta, contradiciendo el igualitarismo formal, podrían establecerse escalas de reparación que cubran, preferentemente, las necesidades de los sectores carenciados de la población.

El otro ámbito típico en que se aplica el modelo distributivo es el de las jubilaciones y pensiones donde aparecen nuevamente la necesidad y las limitaciones presupuestarias como criterios de distribución pero con un agregado: la distribución conforme al mérito o el esfuerzo o sacrificio según la función o tarea que cada uno haya desempeñado en la etapa activa de su vida.

El ámbito contractual (estatal o privado) tampoco es ajeno a la justicia distributiva cuando por ejemplo se imponen cargas de servicio público a los contratistas privados o regulaciones de seguridad y previsión social en las relaciones inter-privadas.

Pero las interferencias de esas relaciones de justicia distributiva en el plano público o privado no pueden desnaturalizar la justicia conmutativa, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, en aquellas ocasiones en que se produce un daño o incumplimiento singularizado, o bien, un sacrificio especial por una actividad legítima y voluntaria del Estado, que exige que la restitución coloque a la persona en la situación que tenía antes de la ocurrencia del daño o del incumplimiento.

De lo contrario, el Estado podría acudir al modelo de la justicia distributiva y limitar las indemnizaciones debidas convirtiendo la propiedad privada en pública o semipública, como pretenden los exponentes modernos del decadente colectivismo, transformando la institución en una suerte de propiedad colectiva.

Por otra parte, resulta equivocado interpretar la conmutatividad como un intercambio, pues el entendimiento que cabe asignar a dicho concepto es mucho más amplio, refiriéndose a los cambios en general (44), y menos aún interpretar que la pareja justicia distributiva-conmutativa se corresponde con la de derecho público-derecho privado, dado que hay relaciones de justicia distributiva en el derecho privado (v.gr. en la quiebra y en el derecho laboral) y de justicia conmutativa en el derecho público (por ej. en los contratos de la Administración), sin perjuicio de que, en muchas ocasiones, suelen aparecer en forma conjunta.

Para captar debidamente la fórmula “justa indemnización” que utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (45) hay que tener en

(44) FINNIS, John, “Ley natural...”, cit., p. 207.

(45) La Corte ha entendido que el principio de convencionalidad resulta vinculante (art. 75 inc. 22 CN) así como la interpretación que hace de la CADH la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto último, es discutible cuando se alteran princi-

cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional (46) al valor de la cosa, bien o derecho conculcado de modo de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.

Esta conclusión implica que la indemnización —en las relaciones regidas por la justicia conmutativa—, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante (47) ya sea producto de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, tanto legítima como ilegítima, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño para remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” (48).

pios, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución, no obstante que la tendencia seguida por la Corte Suprema a partir del caso “Mazzeo” (Fallos 330:3248) ha dado por presupuesta dicha compatibilidad por el juicio que hizo el constituyente. No compartimos este argumento pues, de ser así, la norma constitucional no tendría sentido y sería superflua.

(46) ROSSI, Abelardo F, “Aproximación...”, cit. p. 38, explica con meridiana claridad la diferencia que hay entre las dos especies de justicia del siguiente modo: “Ocurre que de distinta manera se debe lo que es propio y lo que es común. Lo primero se debe a un individuo en su totalidad y como de su exclusiva pertenencia haciendo abstracción de la existencia de otros acreedores del mismo deudor y de los bienes de que éste pueda disponer. Lo que es común, en cambio, se debe a una “parte” (no a un individuo o grupo de individuos) y esto significa que se le debe pero teniendo en cuenta también que hay otras partes que tienen derecho a participar de él, porque la noción misma de parte implica esencialmente la existencia de una u otras partes y del todo orgánico que, en cuanto tales, integran. Todo y parte son conceptos que necesariamente se condicionan. La Justicia Distributiva no es retributiva, no es compensativa, es repartitiva. Pero es justicia “...” y la parte es titular de un derecho estricto —como el acreedor en la conmutativa— lo que no es estricto es la medida de ese derecho que depende de un valor fijo compensatorio de otro valor fijo (*res ad rem*) sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y del quantum de los bienes distribuibles. La igualdad en la distributiva es proporcional: la fórmula sería “como una parte es a otra parte en el todo, así debe ser la porción de los bienes comunes que pertenece a una y a otra”. La forma de igualdad que aquí campea es distinta a la de la justicia conmutativa, pero el derecho y la obligación tienen la misma entidad e igual virtualidad” (op. cit. p. 38).

(47) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación...”, cit., p. 174 afirma que la indemnización debe comprender los beneficios económicos futuros ciertos.

(48) CIDH, 17/08/1990, *in re* “Velázquez Rodríguez”, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67 Convención Americana de Derechos Humanos), Serie C9, párrafos 27 y 28.

Por lo demás, el mismo criterio que ha utilizado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta válido para sustentar la tesis que propiciamos ya que, si bien no relaciona el criterio adoptado con la teoría de la justicia, acierta esencialmente, al afirmar que “el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad aquiliana, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito” (49) y que “el principio de la reparación ‘justa e integral’ debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica” (50).

Por esas razones, la exclusión del rubro lucro cesante que ha efectuado el art. 5° de la ley 26.944 en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima no resiste el test de constitucionalidad pues, al no guardar relación con los criterios que rigen la restitución en la justicia conmutativa, se conculcan los arts. 21 ap. 2° y 63 apart. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe también destacar como una respuesta valiosa para resolver el problema de la medida de indemnización fue la solución que propugnó un sector de nuestra doctrina (51), en el sentido que la violación del principio de igualdad por una ley o reglamento ubica la responsabilidad en el ámbito de la actividad ilegítima. No obstante, por más dudas (52) que puedan suscitarse al respecto, resulta evidente que la ilegitimidad se centra en el incumplimiento del deber de reparación que pesa sobre el Estado en supuestos de sacrificios especiales producidos por la actividad administrativa, reglamentaria o legislativa legítima, lo que muchas veces resulta difícil determinar *a priori*. Esta determinación dependerá de la prueba que pueda acreditarse en cada caso, con arreglo al principio de reparación amplia y las reglas de restitución propias de la justicia conmutativa.

VI. Conclusiones

En definitiva, el principio de la justa indemnización conduce a que las diferentes formas de restitución por daños causados por la actividad legítima

(49) CS, Fallos 250:135 (voto del Juez Boffi Bogero).

(50) CS, Fallos 295:973.

(51) ESTRADA, Juan Ramón de, “Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamentos y límites de la responsabilidad conforme a derecho)”, ED 102-843 y BUSTELO, Ernesto, “Responsabilidad del Estado por su actividad ¿lícita?”, en “Estudios de Derecho Administrativo XI”, IEDA, Diké, Mendoza, 2004, ps. 385/391.

(52) BUSTELO, Ernesto, “Responsabilidad del Estado...”, cit., p. 391.

del Estado, ya sea ésta de naturaleza administrativa (unilateral, contractual o reglamentaria) como legislativa, implican siempre restablecer la igualdad en proporción a las cosas y si bien, en un acto jurídico o contrato, pueden coexistir relaciones de justicia conmutativa con las derivadas de un modelo distributivo (53), resulta equivocado identificar al derecho público con la justicia distributiva, dejando inaplicables las reglas de la restitución propias de la justicia conmutativa que son las únicas que permiten recomponer la desigualdad y cumplir de ese modo con el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN) y con el consiguiente deber de reparar, dado que no es justo que una persona sufra un sacrificio especial cuando no está obligada a soportar el daño.

Porque una simple prueba lógica de acierto y error demuestra que de reconocerse, en los supuestos de daños provocados a los particulares por la actividad legítima del Estado, que la indemnización se halla limitada por las disponibilidades financieras del Estado, éste podría quedarse (en caso de déficit del Tesoro) prácticamente con toda la propiedad privada o derechos privados, los cuales pasarían al patrimonio estatal sin hacerse cargo de las indemnizaciones que en justicia corresponden, situación que guardaría cierta semejanza con la confiscación de bienes prohibida por el art. 17 de la Constitución Nacional.

No se puede desconocer que, en un mundo asediado por las sucesivas crisis que afectan la economía de las naciones y, por ende, de los ciudadanos, se acrecienta la importancia de la justicia distributiva para remediar los males que aquellas provocan en todos los sectores sociales (particularmente entre los que menos tienen). Pero el modelo de justicia distributiva, ya fuera dirigido por los gobernantes, los cuerpos intermedios o las organizaciones privadas, no puede aplicarse a costa de la degradación de las libertades y demás derechos individuales, como la propiedad privada (54), pues una política semejante de orientación colectivista, afecta la plenitud de la justicia.

(53) Véase: SACRISTÁN, Estela B., “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado (Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa)”, en RAP, Nº 437, Buenos Aires, 2015, ps. 77-78, aunque su postura guarda mayor coincidencia con la posición de Barra que con la nuestra. Por las razones que hemos dado estamos convencidos de que se trata de relaciones distintas en cuanto al criterio de restitución propio de la justicia conmutativa y al modo de compensar en el modelo distributivo de justicia que tiene en cuenta, entre otros cosas, el mérito y la necesidad, para distribuir bienes o ventajas de un acervo común, distribución que tiene siempre como límite las disponibilidades financieras del Estado o de la privada cuyo patrimonio se distribuye entre los acreedores (v.gr. la quiebra).

(54) Véase: MESSNER, Johannes, “La cuestión social”, trad. del alemán, RIALP, Madrid, 1976, ps. 101-105.

En el Estado moderno, las dos especies de justicia particular deben funcionar en forma armónica. Dar prevalencia al modelo distributivo relegando la justicia conmutativa implica otorgar carta blanca al Estado para que no cumpla el deber de reparar cuando ocasiona daños injustos a los particulares y, lo que es peor, implica caer en una pendiente colectivista que frustra el auténtico progreso y la propiedad privada (55) que siempre ha de orientarse a la realización del bien común. ♦

(55) FINNIS, John, "Ley natural..." cit. ps. 199-202, hace un buen análisis acerca del sentido y fines de la propiedad privada que incluye los deberes que tiene el propietario con la comunidad.

RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS DEPENDIENTES O POR PERSONAS DE LAS QUE SE SIRVE PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

I. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Ya en el art. 732 de este nuevo Código Civil y Comercial se prevé que: *“El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equiparas al derivado del propio hecho del obligado”* (1). Aunque luego esta responsabilidad aparece legislada expresamente en dicho nuevo Código en su Sección 6ª, Capítulo 1 sobre “Responsabilidad Civil”, Título V: “Otras fuentes de las obligaciones”. Ocupándose allí de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente en un único artículo: el 1753.

II. Responsabilidad del principal o comitente. Introducción

Existen casos en que el hecho generador del deber de indemnizar no ha sido obrar de la misma persona obligada a resarcir, sino de otro individuo; siendo esta situación la que se conoce como responsabilidad por el hecho de otro, indirecta o de rebote (*“par ricochet”*, según los franceses).

En estos casos, la relación primaria y básica existente entre damnificado y dañador se proyecta hacia un tercero extraño a aquélla que va a quedar como responsable indirecto; estableciéndose así otra relación de segundo grado entre este último y la víctima.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 27 de agosto de 2015.

(1) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Comentario al art. 732” en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Director general Jorge H. ALTERINI, Coordinador Ignacio E. ALTERINI, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 64 y sig., n. 1.

El deber de indemnizar que incumbe al comitente o principal es un principio muy antiguo, ya que está en la conciencia de todos la obligación de responder por los actos de las personas que dependen de uno; puesto que los hechos del dependiente se disponen para un obrar lícito y útil, y la sola existencia de un hecho ilícito dañoso del dependiente está evidenciando la frustración de aquella finalidad.

Sobre el respecto ya expuso Giorgi, con acierto, que: “El orden que liga a los hombres en sociedad obliga, no sólo a no perjudicar a otro con nuestras acciones, sino también a vigilar sobre las personas, sobre los animales y sobre las cosas que dependen de nosotros; a ser cautos en la elección de aquellos de quienes queremos servirnos, a fin de que no lleguen a ser causa de daño para los demás. Nadie dudó nunca de esta verdad, porque no es difícil comprender que la falta de vigilancia o la mala elección son verdaderas culpas y constituyen otras tantas omisiones en el cumplimiento de nuestros deberes; de modo que, si bien la responsabilidad que de ello se desprende se llama en el lenguaje jurídico aceptado responsabilidad por hecho no propio, igualmente es, según el rigor de los principios, una verdadera responsabilidad del hecho propio por culpa *in eligendo*, o por culpa *in vigilando*...” (2).

III. Carácter excepcional de esta responsabilidad indirecta

La responsabilidad por el hecho ajeno es de índole excepcional, por cuanto lo normal es que cada uno sólo responda de las consecuencias de su propia conducta (3).

Y de tal carácter excepcional se infiere que la interpretación de las normas legales sobre el respecto ha de ser restrictiva, y por ende que no podrá ser extendida por analogía a otros casos fuera de los expresamente contemplados (4); puesto que sólo ha de poder alcanzar a quienes la propia ley haga responsables, en razón de determinadas situaciones jurídicas tenidas en cuenta al efecto (principal o comitente, padres, etc.) (5).

(2) GIORGI, Jorge, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno”, trad. de “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, t. 5, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1911, p. 372, n. 247.

(3) Cám. Nac. Civil, Sala D, 10/02/1999, “Estalles c. 17 de Agosto Cía. de Transportes Línea 26”, LL 1999-F-133 y Resp. Civil y Seguros 1999-871.

(4) RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean “Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol”, trad. de Delia GARCÍA DAIREAUX, t. V, La Ley, Buenos Aires, 1965, p. 160, n. 1093.

(5) Cám. 1ª Civ. Com. Córdoba, 14/05/1992, “Ledezma Luna Com. SRL c. Ramos Hnos. SA”, LLCórdoba. 1993-737.

Y esto es así, no sólo en razón del principio de que *exceptio est strictissima interpretationis*, sino también en razón de que, importando toda obligación una restricción a la libertad individual, no puede ser creada sino expresamente por contrato o por la ley; razón por la cual en caso de duda la decisión ha de ser, obviamente, en pro de su inexistencia y no de su constitución (6).

IV. Concepto de “responsabilidad del principal o comitente”

Pese a que se ha hablado indiscriminadamente de la responsabilidad del patrono, comitente o principal (7), lo correcto sería aludir a la responsabilidad del “principal o comitente”, por cuanto los patronos no constituyen más que una categoría especial de aquéllos (8).

Comitente es quien da a otra persona su representación, o le encarga y pone a su cuidado, aunque bajo su dirección y vigilancia, una negociación; o sea que en definitiva el comitente es asimismo el principal de esas personas que, en su nombre y bajo su control, están gestionando un negocio de su interés. O sea, en suma, que principal o comitente es pues, *a priori*, quien tiene poderes de dirección y vigilancia respecto de su dependiente. (9) Aclarando

(6) PUIG BRUTAU, José “Fundamentos de derecho civil”, vol. II, t. 2, Bosch, Barcelona, 1956, ps. 687 y ss., n. 4-A); SALVAT, Raymundo M.; ACUÑA ANZORENA, Arturo “Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones”, t. IV, 2ª ed., Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1958, p. 145, n. 2798; CAMMAROTA, Antonio “Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos”, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1947, ps. 439 y ss., n. 311; COLOMBO, Leonardo A., “Culpa aquiliana (Cuasidelitos)”, 2ª ed., T.E.A., Buenos Aires, 1947, ps. 343 y ss., n. 111; AGUIAR, Henoch D. “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”, t. III; T.E.A., Buenos Aires, 1950, ps. 19 y ss., n. 78; BOFFI BOGGERO, Luis María “Tratado de las Obligaciones”, t. 5, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 594, § 1987; MAZEAUD, Henri y LEÓN Y TUNC, André “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, trad. de la 5ª ed. francesa de Luis ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, t. 1, Ediciones Jurídicas Europa América (E.J.E.A.), Buenos Aires, 1962, vol. II, p. 465, n. 708; S.C.B.A., 23/05/1939, “Garagnani de Capelli c. Fandiño”, LL 14-1.100; Cám. 1ª La Plata, sala I, 04/08/1959, “Monticciolo c. Domínguez”, JA 1959-VI-406; Cám. Nac. Civil, Sala E, 04/07/1961, “Marengo de Muñiz c. Rosales”, LL 104-43 y JA 1961-V-245.

(7) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 19, § 1 y p. 31, § 4-A).

(8) ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”, en Revista “Zeus”, Rosario, Tº 36, secc. Doctrina, ps. 141 y ss., n. III.

(9) BREBBIA, Roberto H. “Problemática jurídica de los automotores”, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 208, § 1; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, t. IV-A, Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 278, n. 2465; ANDORNO “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” cit., en Zeus 36, sec. Doctrina, p. 141, n. II.

Von Tuhr, con tino, que: “El principio de la responsabilidad y resarcimiento de los daños causados por las culpas propias, que preside el régimen jurídico de las indemnizaciones, se amplía en los derechos modernos a dos grupos distintos de casos: unos, en que el individuo sin ser personalmente culpable, responde por los daños causados por las personas... que tiene a su cargo... La responsabilidad que nace de los deberes de vigilancia responde, en la mayoría de los casos, a unas culpas del encargado de vigilar, pero, dado el rigor de la prueba de descargo que se le admite, puede ocurrir que responda aún sin culpa... El concepto de ‘principal’ no supone precisamente una empresa o industria organizada; para los efectos de incurrir en esta responsabilidad se tiene por ‘principal’, lo mismo que en el derecho alemán y francés, a todo aquél que encomienda a otra persona una actividad, dentro de la esfera profesional o doméstica. Entre los ‘dependientes’ a que alude la ley se cuenta, por tanto, la servidumbre. No es menester que el dependiente u obrero y el principal se hallen unidos por un contrato de servicios. Basta con que los primeros sirvan materialmente al segundo... En cambio ha de existir una relación de sujeción personal. En este sentido, sólo tiene carácter de ‘principal’ la persona cuyas órdenes y providencias están obligados a acatar el empleado o el obrero” (10).

La responsabilidad del comitente o principal es, pues, la obligación de quien tiene personas bajo sus órdenes, de responder por los daños que éstas puedan ocasionar a terceros. O sea, que como se dijera en un fallo: la responsabilidad del principal por el acto ilícito del dependiente reside en la circunstancia de que este último es un instrumento que prolonga su actividad práctica y económica; la obligación de aquél de responder por el propio hecho se hace extensiva a lo obrado por el subordinado, quien *ilícita y culpablemente* debe haber ocasionado un daño a otro (11).

En el Código Civil de Vélez Sarsfield no existía una regulación normativa completa sobre este tipo de responsabilidad; habiendo sido nuestra doctrina y la jurisprudencia las que fueron gestando una sistematización y elaboración de principios y requisitos para su juzgamiento. (12) Aunque existía una manda explícita en la primera parte de lo que últimamente constituía el primer párrafo del art. 1113 de dicho Código, que establecía: “*La obligación del que ha causado un daño* (o sea la responsabilidad por el hecho propio) *se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia...*”.

(10) VON TUHR, Andreas “Tratado de las obligaciones”, trad. de W. Roces, t. I, Reus S.A., Madrid, 1934, ps. 284 y sigte., n. 48.

(11) Cám. Nac. Civil, Sala E, 21/10/1996, “Albarracín de Sotelo c. Municip. Buenos Aires”, LL 1997-C-277.

(12) LÓPEZ MESA, Marcelo J. “Curso de derecho de las obligaciones”, t. III; Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 137.

Mucho más explícito y detallista es en cambio el Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone en su art. 1753: “*El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas*”.

V. Fundamentación

El citado art. 1753 del Código Civil y Comercial de las Nación dispone que “*el principal responde objetivamente*”; con lo cual descarta de plano todos los fundamentos de tipo subjetivo que anteriormente se formularan sobre el respecto.

Empero, también existe una vasta fundamentación de tipo objetivo, que generara una amplia controversia doctrinaria y jurisprudencial que podría mantenerse. Por nuestra parte, por razones prácticas, preferimos circunscribirnos solamente a la postura que en los tiempos más recientes recibiera mayor aceptación: la tendencia, objetiva, de que el verdadero fundamento de la responsabilidad del comitente está en la idea de “garantía” hacia los terceros.

Se trataría de una obligación legal de garantía, impuesta por consideraciones de justicia y de interés social, y como una manera de brindar a una más eficaz protección a las víctimas ante la posible insolvencia del autor directo del daño. Con lo cual se explica el carácter inexcusable, o de “pleno derecho” según los franceses, de tal responsabilidad; como así también la eventual acción recursoria reconocida al principal que pagó la indemnización, contra el autor directo del daño (13).

Esta tesis fue inaugurada en Francia por Besson (14) y Ripert (15), habiendo sido seguida en Italia por Bonasi Benucci (16) y por Peirano Facio en Uruguay (17).

(13) LE TOURNEAU, Philippe “Droit de la responsabilité et des contrats”, 8ª ed., Dalloz, París, 2010, ps. 1618 y sig., ns. 7313 y sigte.

(14) BESSON, André nota en Dalloz Périodique, 1928, 1ª parte, p. 14; cfr. SAVATIER, René “Traité de la responsabilité civile en droit civil français”, t. I, 2ª ed., París, L.G.D.J., 1951, p. 363, n. 286.

(15) RIPERT, Georges “La règle morale dans les obligations civiles”, 4ª ed., París, L.G.D.J., 1949, ps. 245 y ss., n. 126; ídem “El régimen democrático y el derecho civil moderno”, trad. José M. Cajica (Jr.), Puebla (México), Ed. José M. Cajica, 1951, p. 289 y ss., ns. 180 a 184.

(16) BONASI BENUCCI, Eduardo “La responsabilidad civil”, trad. Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, Bosch, Barcelona, 1958, p. 227 y ss., n. 275.

(17) PEIRANO FACIO, Jorge “Responsabilidad extracontractual”, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1979, ps. 512 y ss., n. 275.

En nuestro país fue anticipada por Dassen, quien sostuvo: “Para nosotros el fundamento de la obligación del comitente no obedece ni a la idea de la culpa, ni a la representación, ni a la de riesgo. Ante todo es evidente que la regla se ha ido formando poco a poco, perfeccionándose y ampliando su imperio en la misma medida que el comercio jurídico se hacía más complejo. Tanto en su nacimiento como en su desarrollo a lo largo de los siglos, han intervenido necesariamente diversos factores de interés social. Al principio debe haberse sentido la necesidad de que alguien respondiera por los actos ilícitos de personas que no eran sino instrumentos de otras. Es evidente, asimismo, que sobre la conciencia jurídica ha de haber pesado la circunstancia de que los dependientes por lo común son insolventes; de suerte que si ellos fueran los responsables, los daños causados no serían reparados en la inmensa mayoría de los casos... Repetimos que esta responsabilidad ha nacido como una necesidad del comercio jurídico y por influjo de necesidades de carácter social. Dar como fundamento de ella la culpa del patrón implica incurrir en un artificio lógico para conciliar su carácter inexcusable con el principio tradicional de que no hay responsabilidad sin culpa” (18). Agregando luego más adelante: “Respondemos por los daños que causamos por nuestra culpa personal. Esto es lo que dice el art. 1109. Si, pues, se prueba la *in eligendo e in vigilando* de quien se sirvió de otro para hacer un trabajo, haya o no relación de dependencia, estamos bajo el imperio del art. 1109”; luego de lo cual sin embargo agrega: “Esta obligación de responder por nuestra propia culpa, se hace extensiva a la que comete nuestro dependiente; es decir, respondemos de los actos ilícitos del empleado como si fueran los nuestros propios, por extensión de nuestra responsabilidad. Este es el sentido gramatical, histórico, lógico y jurídico que tiene el verbo “extender” en el art. 1113 del Código Civil argentino. Extender significa ampliar; y en este caso, se amplía el ámbito de nuestra responsabilidad hasta imponernos la reparación de los daños causados por actos ilícitos de nuestros dependientes. No se trata de un caso de responsabilidad objetiva, por cuanto ésta no atiende más que a un nexo físico entre el daño y su autor. Aquí el acto dañoso debe ser ilícito (dolo o culpa del dependiente). El comitente responde por las consecuencias civiles de ese acto, no porque se imponga a su cargo una especie de responsabilidad objetiva, sino por las relaciones de dependencia que existen entre él y el autor del acto, y por haber sido éste cometido dentro de los límites naturales, extraordinarios o aparentes, de la función, pero siempre dentro de la función, aun cuando en ciertos casos pueda haber abuso” (19).

(18) DASSEN, Julio “Responsabilidad por actos ilícitos del dependiente” en “Estudios de derecho privado y procesal civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, pp. 189 y ss., n. III.

(19) DASSEN, “Responsabilidad por actos ilícitos del dependiente”, cit. en “Estudios de derecho privado y procesal civil” cit., p. 201.

A su turno también la defendió enfáticamente Acdeel E. Salas, sosteniendo que: “Desechadas definitivamente como fundamentos de esta responsabilidad las presunciones de *culpa in eligendo e in vigilando*, parecía necesario admitir que no ha existido ningún deber violado por el principal para que surja esta responsabilidad, por lo que se ha caracterizado este supuesto como una responsabilidad objetiva. Sin embargo, si se examina más de cerca el problema, se advierte que el deber existe y que ha sido violado por el dependiente, de manera que la responsabilidad del principal existe sin deuda propia, de ahí que no sea necesaria ninguna referencia a la conducta de éste; el caso es análogo al de la fianza, en que el fiador también es responsable por una deuda que no le es propia... Lo cierto es que el principal responde por una obligación que no le es propia en forma análoga, ya que no idéntica al fiador; nos parece que el pensamiento de Ripert y Besson se acerca a la verdad, pero que para poseer plenamente a ésta les ha faltado el aparato técnico que deriva de la distinción entre deuda y responsabilidad” (20).

Y a posteriori la han adoptado muchos prestigiosos autores connacionales, tales como: Andorno (21), Brebbia (22), Boffi Boggero (23), Bustamante Alsina (24), Compagnucci de Caso (25), Cordeiro Álvarez (26), Garrido (27), López Mesa (28), Novillo Saravia (h.) (29) y Smith. (30) También Orgaz dentro

(20) SALAS, Acdeel E. “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual”, en “Estudios sobre la responsabilidad civil”, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1947, p. 9, nota 17 bis; ídem, en “Jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual” en “Instituto de Jurisprudencia de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata”, 1943, t. I, p. 8 y nota 17 bis.

(21) ANDORNO “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” cit., en Zeus, 36, Secc. Doctrina, ps. 140 y ss.

(22) BREBBIA “Problemática jurídica de los automotores” cit., t. I, pp. 218 y ss.

(23) BOFFI BOGGERO “Tratado de las Obligaciones” cit., t. 5, pp. 618 y ss., § 1994.

(24) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 387, n. 942.

(25) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Responsabilidad por el hecho ajeno”, Lex, La Plata, 1987, ps. 127 y ss., letra b).

(26) CORDEIRO ÁLVAREZ, Ernesto “Tratado de derecho civil. Parte general y obligaciones”, t. I, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 708.

(27) GARRIDO, Roque F. y ANDORNO, Luis O. “El art. 1113 del Código Civil, comentado, anotado”, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 17.

(28) LOPEZ MESA, Marcelo J., “Curso de Derecho de las Obligaciones” cit., t. III, p. 139.

(29) NOVILLO SARAIVIA, Lisandro (h.), “La responsabilidad civil por el dependiente”, en LL 97-899, ns. 13 y 14.

(30) SMITH, Juan Carlos “Límites lógicos del riesgo creado”, en LL 1981-B-972 y ss., n. II-1.

de esta tendencia ha expuesto lo siguiente: “Es una responsabilidad objetiva dentro de esta órbita limitada: la ley, por razones prácticas y de justicia, constituye la principal en *garante* ante la víctima de las culpas de sus subordinados en el ejercicio de las funciones... Para nosotros, la responsabilidad establecida en estos diversos supuestos tiene un doble carácter y, por lo mismo, un doble fundamento: en relación a la víctima, es una responsabilidad “objetiva” de parte del principal... Son aquellas personas las que responden ante la víctima porque, en consideración a ésta, *la ley las ha constituido en garantes de las consecuencias de las culpas de otros...*” (31).

Nuestra jurisprudencia, en algunos fallos ya viejos y en otros más recientes, ha acogido expresamente la teoría de la obligación legal de garantía (32), pudiendo afirmarse que esta teoría ha ido ganando terreno en nuestro país y en vías de consolidarse como tendencia.

Por lo demás, ello no importa ni mucho menos, un abandono definitivo de los principios en que se apoya el sistema, sino sólo —como dice Orgaz— “una solución provisional y parcial para facilitar a la víctima la reparación de su daño: el patrón responde ante la víctima del daño causado por su dependiente sólo porque es patrón e independientemente de toda culpa propia

(31) ORGAZ, Alfredo “Responsabilidad por el hecho ajeno” en “Estudios de derecho civil”, TEA, Buenos Aires, 1948, p. 196; y en el mismo libro: “Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas”, ps. 267 a 270.

(32) Cám. Paz Cap. Fed., 31/10/1940, “Chimera c. Bellon”, JA 1942-I-620; Cám. Civ. 2ª Cap., 20/04/1944, “C. H. c. Bordenave”, JA 1944-IV-311; Cám. Paz Cap. Fed., 31/10/1940, “Chimera c. Bellon”, JA 1942-I-620; Cám. Civ. 2ª Cap., 20/04/1944, “C. H. c. Bordenave”, JA 1944-IV-311; Cám. Nac. Fed., sala II Civ. y Com., 26/10/1980, “Freire c. Gobierno Nacional”, JA 1981-III-638; Cám. Nac. Civil, sala B, 10/09/1985, “Pereira, Osvaldo J. c. Club Italiano” —voto Dr. Vernengo Prack—, LL 1986-C-183 y ED 116-234; íd. 31/10/1980, “Capitán Cortés S.A. c. Agencia Marítima J. E. Turner y Cía. S.A.”, ED 91-721; ídem sala C, 27/06/1989, “E, M. J. c. Ed. Perfil” —voto Dra. Estévez Brasa—, LL 1989-E-42; ídem sala D, 03/10/1995, “P, M. O. c. Establec. Geriátrico La Residencia SRL”, LL 1999-F-133 y RCyS 1999-871; íd. 20/03/1957, “Lago de Cella c. Ponce”, JA 1959-V-329, LL 94-353 y ED 3-529; ídem, sala F, 02/06/1959, “Daviña Pagliero c. Gobierno Nacional” LL 95-628 y JA 1959-VI-591; ídem Sala K, 20/09/2002, “Guillaza c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca SA”, LL 2002-F-310; Juzg. Nac. 1ª inst. Civil nº 52 firme, 16/03/1992, “R. de C. c. C., M. A.”, LL 1993-E-214; Cám. Nac. Com., Sala A, 20/10/1980, “Bazzola c. Rodríguez Ferreiro”, ED 92-168; Cám. 1ª C.C. Bahía Blanca, Sala II, 09/04/1981, “Crugeiro c. Hospital Regional Español”, ED 94-278 y DJBA 121-210; Trib. Sup. Córdoba, Sala composición especial, 24/11/1998, “Juárez c. Atampi”, LLCórd. 1999-1143; Cám. Civ.Com. 7ª Córdoba, 12/11/1998, “La Metro SRL c. Ducal Suites Hotel SA”, LLCórd. 1999-1465.

(art. 1113), pero en definitiva responde el “culpable”, esto es, el dependiente, ya que aquél puede repetir de éste lo que hubiere pagado (art. 1123)” (33).

Por ello con todo acierto decía Starck, que el comitente no es responsable sino un mero garante, y que “*responsable es solamente el responsable*” (34).

Nos parece entonces ineludible la aceptación de que la “garantía” es el verdadero fundamento de la responsabilidad civil del comitente, puesto que ella —como lo expresa Compagnucci de Caso— “tiene un evidente sustento de equidad ya que la ley, mediante valoraciones sociales que anticipa el legislador, impone determinados deberes que tienden al mantenimiento de equilibrio y concreción de la justicia en el caso concreto. A más que no se trata de una condenación a inocentes, sino es una especie de anticipo de la reparación que se brinda a la víctima” (35).

VI. Requisitos para el nacimiento de la responsabilidad del principal. Introducción

Aunque la norma del art. 1113 no enunciaba condiciones para que funcionase la responsabilidad del comitente o patrono por el hecho de su dependiente, nuestra doctrina y jurisprudencia se encargaron de ir señalando cuáles serían los mismos.

Pese a algún que otro matiz, es ampliamente mayoritario el parecer de que la responsabilidad del comitente queda comprometida cuando concurren cuatro requisitos, que han sido receptados en el art. 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación:

1) existencia de un hecho ilícito imputable al dependiente, ya que la norma se encuentra ubicada en un capítulo dedicado a la “Responsabilidad civil” o sea a la reparación de daños causados a otros, amén de que así resulta de lo establecido en el citado art. 1753: “*daños que causen...*”;

2) que un tercero o terceros resulten damnificados;

3) que medie una relación de dependencia entre el autor del hecho y quien deba responder, en razón de que la responsabilidad lo es por “*daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones*”; y

(33) ORGAZ, Alfredo “Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas” en “Nuevos Estudios de Derecho Civil”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1954, p. 267, n. 5.

(34) STARCK, Boris “Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée”, L. Rodstein, París, 1947, p. 211.

(35) COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad por el hecho ajeno” cit., p. 127.

4) que el daño acaezca “*en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas*” (36).

VII. Requisito del hecho ilícito imputable al dependiente

La responsabilidad del comitente tiene como presupuesto legal básico la propia responsabilidad del dependiente; sin la cual no podría llegar a existir la indirecta de aquél. O sea que para que se configure la responsabilidad refleja de alguien por el hecho de otra persona, es requisito previo ineludible la existencia de un acto ilícito de este último.

En efecto, es menester ante todo que se haya cometido un hecho ilícito y que éste sea imputable al dependiente, sin que *interese* que se trate de un delito o cuasidelito. (37) Lo cual es así, en razón de que la responsabilidad

(36) ANDORNO “La responsabilidad del principal...” cit., Zeus 36, Secc. Doctrina, ps. 141 y ss.; BOFFI BOGGERO, “Tratado de las obligaciones” cit., t. 5, p. 620, § 1995; COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno” cit., p. 130, n. 4; Cám. Nac. Com. Sala A, 24/08/1990, “Firpo c. Routier Automotores S.A.”, LL 1993-C-451, Jur. Agrup. n. 9131, ídem, 21/11/1986, “El Trust Viviendas S.A. c. Adabor S.A.”, LL 1987-D-55; SCBA, 03/04/1990, “Mochetti c. Volkswagen Arg. S.A.”, DJBA 139-4195; Cám. Civ. y Com. Mercedes, sala II, 07/04/1981, “Marchesotti c. Zavaliá” LL 1982-B-423 y DJBA 121-65; S.T. Entre Ríos, Sala Civ. Com., 13/04/1994, “Actis de Salamanca c. Foos”, JA 1995-II-245.

(37) ACUÑA ANZORENA, Arturo “Fundamentos de la responsabilidad del comitente por el hecho del subordinado y condiciones de ejercicio de la misma”, en “Estudios sobre la responsabilidad Civil”, Platense, La Plata, 1968, pp. 284 y ss., n. VI-A); AGUIAR, “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley” cit., t. III, p. 48 y ss., n. 93; ANDORNO “La responsabilidad del principal...” cit. en Zeus 36, Secc. Doctrina, p. 142; BOFFI BOGGERO, “Tratado de las Obligaciones” cit., t. 5, p. 620, § 1995-a); BREBBIA, “Problemática jurídica de los automotores” cit., t. I, p. 210, § 2-b); BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil” cit., p. 390, n. 953; CAMMAROTA “Responsabilidad extracontractual Hechos y actos ilícitos”, cit., t. II, pp. 469 a 471, n. 333; COLOMBO, “Culpa aquiliana (Cuasidelitos)” cit., p. 352, n. 114; COMPANUCCI DE CASO, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno” cit., p. 147 y ss., letra C); GARRIDO-ANDORNO, “El art. 1113 del Código Civil...” cit., p. 26 y ss., n. 6; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Dir. Augusto C. BELLUSCIO, Coord. Eduardo A. ZANONNI, t. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984, ps. 439 y ss., § 5-v) y c); LAFAILLE, Héctor y BUERES, Alberto J. - MAYO, Jorge O. “Derecho civil. Tratado de las obligaciones”, t. II, 2ª ed., La Ley -Ediar, 2009, p. 449, n° 1310; LLAMBÍAS, “Tratado... obligaciones” cit., t. IV-A), p. 286 y ss., n. 2467; ORGAZ, “Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno”, en “Estudios de derecho civil” cit., ps. 325 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” cit., p. 34, § 4-V) y c); pp. 96 y ss., § 10-A) y B); fallos citados por SALAS, Acdeel E., “Código Civil y leyes complementarias anotado”, t. 1, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 604, n. 6; Cám. Nac. Fed., Sala Iª Civ. y Com. 15/07/1973, “Vuotto de Brigante c. Gobierno Nacional”, LL

del comitente es refleja y sólo existe, por lo tanto, por virtud del hecho del subordinado; de manera tal que si este hecho no fuese ilícito o no le fuese imputable al mismo, desaparecería el fundamento de la responsabilidad indirecta del principal, quien no se vería obligado a nada (38). Ergo, mal podría imputarse responsabilidad a la firma demandada por el hecho de sus dependientes, cuya conducta había respondido a lo que era razonable esperar en la ejecución de sus propias tareas (39).

Además es obvio que si el reclamo se funda en la responsabilidad indirecta o refleja del principal por los daños causados por las personas que están bajo su dependencia, incumbe al demandante demostrar la culpa del agente que lo provocara (40). Sin embargo hoy se afirma por un importante sector doctrinal “que el reflejo también opera cuando el daño puede serle atribuido al dependiente en base a un criterio legal de imputación objetivo (por ejemplo, si el autor es, al mismo tiempo, dueño de la cosa con la cual causa el daño; caso típico, el sereno que usa su propio revolver)” (41).

151-12; ídem Sala II, 26/12/1980, “Freire c. Gob. Nac.”, JA 1981-III-638; Cám. Nac. Civil, Sala F, 27/12/1988, “Calque c. Argibay”, LL 1989-E-37; Cám. Nac. Com., sala A, 20/10/1980, “Bazzola c. Rodríguez Ferreira”, ED 92-169; ídem, sala D, 16/06/1983, “Katz c. Cañogal S.R.L.”, LL 1984-D-406; S.C.B.A., 10/03/1998, “Muñoz c. Cristalerías Cattorini Hnos. SA”, D.J.B.A. 155-35; íd. 08/11/1994, “Tolosa c. Doña Fina S.A.”, DJBA 148-259; Cám. 2ª Civ. y Com., La Plata, sala III, 10/09/1981, “Scavo de Gallego c. Suárez”, DJBA 122-158; S.T. Santa Fe, 18/03/1960 “Zernolis c. García”, Juris 19-228; Cám. 2º Civ. y Com. Santiago del Estero, 31/08/1965, “Trejo de Contreras c. Guillermon”, JA 1966-V-114; Trib. Sup. Córdoba, Sala Penal, 22/10/1991, “Nievas”, LL Córdoba. 1992-624. En contra: LLERENA, Baldomero J. “Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino”, t. 4, 2ª ed., Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1900, p. 189, n. 7, art. 1113; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges y ESMEIN, Paul “Tratado práctico de derecho civil francés”, trad. Mario Díaz Cruz, t. 6, Cultural S.A., La Habana, 1946, p. 888, n. 650, nota 1, refiriéndose sólo a cuasidelitos.

(38) SALVAT-ACUÑA ANZORENA, “Tratado...Fuentes de las obligaciones” cit., t. IV, p. 156, n. 2806; p. 271; Cám. Nac. Fed., sala II Civ. y Com., 09/10/1970, “Empr. Nac. de Telecomunicaciones c. Caputo”, LL 143-574 (26.662-S); S.C.B.A., 03/04/1990, “Mochetti c. Volkswagen Arg. S.A.”, DJBA 139-4195; Cám. 1ª Civ. Com. Mar del Plata, Sala 1ª, 29/06/1993, “Balerdi de Sansouilet c. Sunmar Automotores SA”, Juba 7, sum. B 1350416.

(39) Cám. 2ª Civ. Com. La Plata, Sala 3ª, 11/04/1989, “Perrotta, Pablo c. Díaz Sallero, Humberto”, Juba 7 sum. B66299.

(40) C.S.J.N. 14/02/1995, “Alfredo Marietta Marmetal S.A.I.C. c. Banco Central de la Rep. Argentina”, JA 1998-III, síntesis; ídem 20/12/1994, “Demartini, Oscar P. y otros c. Banco Central Rep. Argentina”, JA 1995-IV-308; en similar sentido: Cám. Civ., Com., Lab. y Paz Letr. Curuzú Cuatíá, 10/05/1995, “Da Silva de Romero, Sulma T. c. Prov. de Corrientes y/u otro”, DJ 1995-2-1139.

(41) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “Daños causados por los dependientes”, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 28, § 2; MOSSET ITURRASPE, Jorge “Responsabi-

Habiendo sido tal entendimiento lo propiciado en las “Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal” de Junín, año 1990, con la siguiente declaración: “El acto dañoso del dependiente debe serle imputable en virtud de un factor de atribución subjetivo u objetivo” (42); criterio que luego fuera receptado en algún pronunciamiento judicial (43).

VIII. Requisito de existencia de una relación de dependencia entre el civilmente responsable y el autor directo del daño (44)

El presupuesto basal de esta responsabilidad es la existencia de una relación de dependencia entre el subordinado y el patrón, principal o comitente, por lo que si falta este elemento no queda comprometida la responsabilidad del principal (45).

Una tendencia muy simplista sería la de considerar que este presupuesto está presente siempre que una persona presta servicios para otra de una manera permanente; lo cual constituiría un error. La relación de dependencia no resulta equiparable a la relación laboral de moldes clásicos. Puede haber relación laboral y no mediar dependencia, al menos respecto de los hechos que generen la responsabilidad; y a la inversa, puede existir relación de dependencia sin que exista propiamente una vinculación laborativa clásica. Y así lo ha decidido la Cámara Nacional en lo Civil, al declarar que la noción de relación de dependencia del derecho laboral tiene alcances diferentes a la relación de dependencia que se estudia a los fines de la responsabilidad civil consagrada por el art. 1113 Cód. Civil velezano, al extender la responsabilidad de quien ha causado un daño a los que “causaren los que están bajo su dependencia”. En este sentido se ha entendido que *la relación de dependencia no tiene sustento exclusivo en la existencia de facultades de*

lidad por daños”, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 309, n. 109-c); PARELLADA, Carlos A., “Responsabilidad y dependencia”, en “Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe”, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 469, letra d); VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Responsabilidad del principal por el dependiente”, nota a fallo en JA 1992-III-247, n. IV; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Personas, casos y cosas en el derecho de daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 107 y ss., § 26.

(42) Despacho de la Comisión 2, punto 1- IV, publicado en JA 1990-IV-904.

(43) Cám. Nac. Civ., sala D, 18/03/1992, “Aguirre vda. de Borche c. Silva”, JA 1992-III-241.

(44) Cám. Nac. Civ., sala B, 29/04/1980, “Pared Robles c. Lectoure Boxing Club”, ED 88-815; Cám. Apel. Azul, 30/06/1980, “Caja jubilaciones Personal Banco Provincia de Buenos Aires c. Canale”, DJBA 119-68; S.T. Entre Ríos, Sala Civ. Com., 13/04/1994, “Actis de Salamanca, Elive V., y otras c. Foos, Enrique y otros”, JA 1995-II-245.

(45) Cám. Nac. Civil, Sala C, 29/09/1981, “Surrey SA c. Cicar SA”, ED 96-336.

vigilancia o de control, sino en la de dar órdenes (más allá de su contenido) y en la posibilidad de organizar determinada actividad (46).

De lo anteriormente expuesto se deriva que no existen criterios automáticos o invariables a priori sobre tal o cual situación, para definir si ella compromete o no al principal. Por el contrario, en cada caso concreto debe determinarse si la función del dependiente ha sido el antecedente para producir el daño o apenas una mera condición que, en cuanto tal, no tuvo la eficiencia mínima indispensable y sólo constituyó una circunstancia accidental, que no justificaba en el caso la extensión al principal de la responsabilidad presumida por el art. 1113 del Código Civil velezano o del art. 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación. Y esta determinación debe hacerse respecto de cada función o encargo en particular y con relación a las modalidades que el caso presente, teniendo en cuenta que una persona que presta sus servicios a otra no se encuentra sometida a la dependencia de ésta en todo momento, sino sólo cuando ejecuta algún acto que cae dentro de las funciones o tareas que se le encomendaran (47).

Hasta aquí hemos visto cómo se hace esa determinación, pero no sobre qué pautas. Por lo que, en pro de profundizar lo atinente a la relación de dependencia, resulta útil transcribir un meduloso voto en disidencia del Dr. Alberto J. Bueres, donde desarrollara en profundidad el tema: “La ‘dependencia’ aparece tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el de la aquiliana, pues la noción no supone indefectiblemente la presencia de un nexa negocial o de una relación que exija vigilancia o imposición de autoridad efectiva. Se trata de una auténtica ‘situación de hecho’... La dependencia, en el entender de la doctrina y jurisprudencia actuales se configura toda vez que medie una autorización al tercero, emanada del principal o deudor, para obrar. De esta forma cobra cuerpo la llamada dependencia ‘transitoria’ u ‘ocasional’, no sólo válida para la esfera aquiliana —aunque cuantitativamente en la misma se den más casos—, sino también para la contractual. Lógicamente que esa autorización conferida por el ‘solvens’ supone que hubo, por lo menos, una circunstancial u ocasional posibilidad selectiva y un poder virtual de mando” (48).

(46) Cám. Nac. Civil, Sala I, 04/06/1998, “Bojorge c. Agencia Talcahuano SRL”; JA 1998-IV-597.

(47) Cám. Nac. Civil, Sala A, 02/12/1996, “M., M. A. c. Asoc. Israelita Sefarardi de Bs. Aires”, LL 1997-E-1020 (39.818-S).

(48) Voto en disidencia del Dr. Alberto J. Bueres en fallo de la Cám. Nac. Civil, Sala D, 29/08/1983, “Israel c. Denaro”, LL 1984-B-75, JA 1983-IV-343 y ED 106-683.

La relación de dependencia, ha dicho a su turno Llambías, se define por dos elementos: a) que haya una función practicada por el dependiente en servicio o utilidad del principal; y b) que medie subordinación del dependiente hacia el principal, con respecto al desempeño de esa función (49). O sea que en la construcción de este maestro serían dos los elementos requeridos para tener por configurada una relación de dependencia.

El primer presupuesto de la dependencia es la función, que consiste en que quien actúa y comete el ilícito lo hace desempeñándose en beneficio de otra persona, el comitente. “La función —ha dicho la Dra. Zavala de González— significa que el poder del principal se desarrolla en el ámbito de una tarea que en su propio interés delegó en el subordinado, cuya actividad se cumple, entonces, por cuenta ajena” (50). Debiendo aclararse que es por completo indiferente que la función sea permanente o temporaria u ocasional (51),

(49) LLAMBÍAS, “Tratado... Obligaciones” cit., t. IV-A, p. 275, n. 2463; en similar sentido: ZAVALA DE GONZÁLEZ, “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” cit., p. 76, § 9-B); COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno” cit., ps. 134 y ss., n° 4-a); Cám. Nac. Civ. sala B, 11/06/1975, “Taboada c. Colegio de Escribanos Capital Federal”, LL 1976-A-332 y ED 66-521; ídem, sala C, 29/09/1981, “Surrey c. Cicar SA”, ED 96-336; ídem, sala F, 13/10/1976, “Grossi c. Pazos”, LL 1977-B-231. En otro caso se decidió que “para configurar la relación de dependencia, es esencial demostrar la existencia de subordinación, es decir, que el agente esté sujeto a las órdenes o instrucciones del comitente en cuanto a la manera de cumplir la tarea. De otro modo, no acreditado aquel extremo, debe pensarse que lo realizado es obra de quien ha actuado conforme a su criterio y decisión, por lo que no se configura el requisito de la responsabilidad prevista en el primer párrafo del art. 1113 del Cód. Civil” (Cám. Nac. Civil, Sala B, 21/05/1987, “García, Ricardo c. Peña, Horacio J.”, LL 1987-E-232).

(50) ZAVALA DE GONZÁLEZ, “La responsabilidad del principal...” cit., p. 78; COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno”, cit., pp. 137 y s., n. 2.

(51) Cám. Nac. Civil, sala A, 13/03/1962, “La Unión Mercantil c. Coop. Argentina Transportes de Hacienda”, JA 1962-V-406; ídem, sala B, 13/09/1976, “Balas c. Bertinot”, LL 1977-A-428; ídem, sala D, 13/07/1976, “Riesco c. YPF”, ED 77-343; ídem, sala E, 05/10/1976, “Silvano de Díaz c. Crush”, LL 1977-D-306; 31/05/1966, “Atalguile c. Delgado”, JA 1966-V-100; ídem, sala F, 14/04/1981, “Henin de Duran c. Sanjurjo”, LL 1982-A-451; 12/09/1963, “Resio c. Fernández”, LL 113-221 y JA 1964-II-165; 10/05/1960, “Emiliozzi c. Martín”, LL 99-800 (5075-S); S.C.B.A. 14/08/1979, “Vieyra c. Laci”, DJBA 117-210; Cám. 1ª Civ. y Com. San Isidro, sala I, 29/04/1986, “Vacas c. Jockey Club Hipódromo de San Isidro”, LL 1986-D-259.

onerosa o gratuita (52), o que su fuente fuese contractual o de hecho (53). En cambio lo que realmente resulta decisivo al efecto, es que quien ejecute un acto ilícito lo haga actuando a favor de otro, a quien se pueda luego imputar la responsabilidad.

El segundo elemento es la subordinación, la que se configura por la sumisión del empleado a las órdenes del principal; debiendo pues demostrarse que el agente estaba sujeto a las órdenes o instrucciones del comitente en cuanto a la manera de cumplir su incumbencia (54). Lo cual puede graficarse así: de un lado está el patrón que tiene derecho a dar órdenes o instrucciones, y de otro está el dependiente con su obligación de dar cumplimiento a tales mandatos. Tal bipolaridad emerge o se muestra con mayor nitidez en las relaciones laborales, pero es reconocible en muchos otros casos, como ocurre por ejemplo en la relación existente entre un club de fútbol o básquetbol y sus jugadores (55), etc.

Esta subordinación resulta su vez de la circunstancia de que el civilmente responsable tiene el derecho de dar “órdenes o instrucciones” al autor material, en cuanto a la manera de “cumplir las funciones que le ha confiado”; (56) vale decir que tiene con respecto al mismo un poder de mando (57).

(52) Cám. Civ. 1ª Cap. Fed., 16/03/1943, “Wiera Kosien Szurpk c. del Sel”, JA 1943-I-915; Cám. Nac. Civil, sala D, 13/07/1976, “Riesco c. YPF”, ED 77-343; Cám. Nac. Esp. Civ y Com., sala IV, 15/12/1980, “Mastrini c. Curio”, JA 1981-II-321; Cám. 1ª Bahía Blanca, 06/05/1969, “Oliver c. Martín”, DJBA 87-229; Cám. Civ. Bell Ville 14/05/1971, “El Norte c. Mío”, JA Reseñas 1973, p. 611, n. 34.

(53) Cám. Nac. Civil, Sala I, 04/06/1998, “Bojorge c. Agencia Talcahuano SRL”, JA 1998-IV-597.

(54) Cám. Nac. Civil, Sala F, 15/04/1993, “Liali de Vázquez, Dora A. c. D´Aquino, César L. y Cía.”, LL 1994-E-121 y JA 1994-I-445.

(55) En este sentido se ha dicho que “la responsabilidad por daños y perjuicios derivada de la negligencia de un permisionario también recae sobre la Municipalidad por aplicación del art. 1113 del Cód. Civil, ya que la dependencia a la que se refiere esa norma no implica la sola relación entre empleado y empleador, sino que es mucho más amplia y comprende toda relación en la que una de las partes recibe, para cumplir con su cometido, instrucciones o directivas de la otra” (Cám. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, Sala I, 29/02/1996, “Pasquinelli, César c. Club de Pesca Atlántico y otro”, LLBA 1996-279).

(56) Cám. Nac. Civ., Sala E, 15/04/1993, “Liali de Vázquez c. D´Aquino y Cía.”, LL 1994-E-121 y JA 1994-I-445.

(57) ACUÑA ANZORENA, “La responsabilidad del comitente...” cit. en “Estudios sobre la responsabilidad civil” cit., p. 266 y s., n. IV; ANDORNO, “La responsabilidad civil del principal...” cit. en Zeus, 36, Secc. Doctrina, p. 143; BOFFI BOGGERO, “Tratado de las Obligaciones” cit., t. 5, p. 622, § 1995-b); BREBBIA, “Problemática jurídica de los

En tanto que desde el lado del dependiente existe el deber o la necesidad de acatar las directivas y criterios del principal en la órbita del encargo (58). Habiendo apuntado sobre el respecto Von Tuhr que: “ha de existir una relación de sujeción personal. En este sentido, sólo tiene carácter de ‘principal’ la persona cuyas órdenes y providencias está obligado a acatar el empleado o el obrero... El daño, para que el principal sea responsable de él, ha de causarse por el dependiente u obrero en función de los servicios o actividades que le incumben. Es menester que exista una relación funcional entre el daño y los deberes a su cargo” (59).

automotores” cit., t. I, p. 208, § 1; pp. 209 y s., § 2-a); COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno”, p. 134 y sig., n. 4-a)-1; GARRIDO-ANDORNO, “El art. 1113 del Código Civil” cit., p. 19; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en “Código Civil...” cit., dir. BELLUSCIO, coord. ZANNONI, t. 5, p. 434 y ss., § 5-a); LLAMBÍAS “Tratado... Obligaciones” cit., t. IV-A, p. 278, y ss., n. 2465; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, “Tratado... Fuentes de las obligaciones” cit., v. IV, p. 152, n. 2802; SALAS, “La responsabilidad en la reforma del Código Civil” cit. en JA Doctrina 1969, p. 428, n. 34; ZAVALA DE GONZÁLEZ, “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” cit., ps. 76 y ss., § 9- B) y C); BAUDRY-LACANTINERIE, G. - BARDE, L. “Delle obbligazioni”, trad. al italiano, Milano, ed. Francesco Vallardi, s/f., t. IV, pp. 639 y ss., n. 2912; PLANIOL; RIPERT y ESMEIN, “Tratado práctico de derecho civil francés” cit., t. VI, pp. 874 y ss., nros. 642 y 643; DEMOGUE, René “Traité des obligations en général”, París, ed. Arthur Rousseau, 1925, t. V, p. 78, n. 886; MAZEAUD - TUNC, “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, cit., t. I, vol. II, p. 593 y ss., ns. 877 y ss.; fallos citados por SALAS en “Código Civil anotado” cit. t. I, p. 649, n. 2; Cám. Nac. Civil, Sala B, 21/05/1987, “García c. Peña” LL 1987-E-232; 31/03/1966, “Diez c. Acosta”, LL 123-424; ídem sala D, 13/07/1976, “Riesco c. YPF”, ED 77-343; 16/10/1963, “Lastero de Pesci c. Aerolíneas Argentinas”, LL 113-41, JA 1963-VI-510 y ED 6-503; 31/12/1964, “Aubinel de Cánfora c. Haber”, LL 117-757 y JA 1965-II-562; Cám. Nac. Fed., sala I^a Civ. y Com., 30/10/1970, “Entel c. Baños” JA 9-1971-589, síntesis 62; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala IV, 15/12/1980, “Mastrini c. Curio”, JA 1981-II-321; Cám. Nac. Trab., sala V, 29/08/1991, “Gómez c. Cía. Arg. de Estibajes S.A.”, DT 1991-B-1938; S.C.B.A. 22/10/1970, “Oliver c. Martín”, ED 44-481; 11/03/1969, “García c. Jezzi”, DJBA 86-142; 19/09/1961, “Pomero de Draghi c. Transporte Molinari”, LL 106-39, JA 1962-I-469 y ED 2-619; Cám. 2^a Civ. y Com. La Plata, sala I, 26/08/1969, “Fernández c. Anoni e hijos”, DJBA 89-61; ídem sala II, 22/11/1963, “Argomaniz c. Provincia Buenos Aires”, DJBA 71-57; 24/08/1965, “Deliscosta c. Alayian Hnos.” LL 121-59; Cám. 2^a Civ. y Com. Santiago del Estero, 31/08/1965, “Trejo de Contreras c. Guillermon” JA 1966-V-114; Cám. Apel. 1^a Bahía Blanca, 06/05/1969, “Oliver c. Martín”, DJBA 87-299.

(58) BOFFI BOGGERO, Tratado. Obligaciones, cit., t. 5, p. 622, § 1995-b); Cám. Nac. Trab., sala V, 29/08/1991, “Gómez c. Cía. Arg. de Estibajes S.A.”, DT 1991-B-1938.

(59) VON TUHR, “Tratado de las obligaciones” cit., t. I, ps. 284 y sigte., n. 48.

En un interesante fallo judicial se dijo que: “El Código Civil no dice que se deba responder por el hecho de los dependientes, sino que expresa que debe responderse por el hecho de las personas que están bajo dependencia, lo que no implica necesariamente subordinación permanente, propia de una relación de trabajo, sino que cubre una sujeción ocasional, temporaria o parcial para uno o varios asuntos determinados” (60). Y en otro se destacó que “debe descartarse el vínculo de dependencia cuando el agente realiza una tarea de carácter técnico, y actúa sin que el propietario del bien sobre el que se la lleva a cabo, se encuentre capacitado para darle instrucciones o ejercer el control de su desempeño” (61). Asimismo en un caso más reciente, se dejó sentado que la responsabilidad de un cirujano no puede extenderse hasta donde éste no puede ejercer algún control o supervisión; por lo cual, si no se demostró que todo el proceso de esterilización se realizó bajo la dirección, instrucciones y responsabilidad de aquél, ni se comprobó que haya tenido la real posibilidad de supervisar esa tarea, no puede interpretarse razonablemente que el jefe de cirugía del equipo deba responder por quienes no eran sus dependientes (62).

Si bien se mira la cuestión, los tres fallos precedentemente referidos basan sus desarrollos en el concepto de la subordinación efectiva a órdenes o instrucciones, de donde cabe afirmar que el elemento esencial que caracteriza a la relación de dependencia es la sujeción del dependiente a las órdenes de un principal, que está en efectiva condición de dárselas.

Aunque también se ha decidido entre nosotros que: “si bien en sentido estricto, la dependencia supone una cabal subordinación, es decir una relación jerárquica entre dos sujetos, uno de los cuales ejerce autoridad o mando y el otro debe acatamiento u obediencia; existe general consenso en que, a los efectos de la aplicación del art. 1113 del Código Civil, la dependencia debe ser interpretada con mayor amplitud, habiéndose entendido que tal responsabilidad se extiende en todos los casos en que existe el derecho, latente o en ejercicio, de dar órdenes, de impartir instrucciones” (63). Lo cual no es un mal criterio, aunque debe tenerse presente que no se puede llevar el mismo

(60) Cám. 1ª Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 29/04/1986, “Vacas, Fabián M. c. Jockey Club - Hipódromo de San Isidro”, LL 1986-D-259.

(61) Cám. Nac. Civil, Sala B, 21/05/1987, “García, Ricardo c. Peña, Horacio J.”, LL 1987-E-232.

(62) Cám. Nac. Civil, Sala H, 02/07/1997, “González, Juan C. c. Corporación Médica del Sur y otro”, LL 1998-A-11.

(63) Cám. 1ª Civ. Com. San Nicolás, 08/07/1993, “Pérez Quiterio c. Muando”, Juba 7 sum. B 853539.

al extremo de convertir al principal en un asegurador frente a terceros, por todo daño que les hubiese podido ocasionar su dependiente (64).

Más modernamente, pero en parecida línea de pensamiento, se ha recurrido a una terminología distinta a la de subordinación, refiriéndose algunos autores a la *posibilidad de injerencia* (65); lo que podría ser trascendente dado que la *injerencia* es perceptible no sólo en las personas físicas sino también en las jurídicas. Y de ahí que en la actualidad ya no se discuta que el dependiente también puede ser un ente colectivo (66).

Y todo no termina allí, pues por el contrario una importante tendencia doctrinal ha ido aún más lejos, al sostener que el dato distintivo no es propiamente la subordinación, es decir el poder de impartir órdenes y el correlativo deber de acatarlas, sino *el hecho de actuar alguien por cuenta de otro, de participar en una actividad compleja que otro dirige, y respecto de la cual ostenta, por ello, una situación de superioridad con la relación a los demás sujetos intervinientes* (67). Habiéndose dicho entre nosotros: “que la dependencia se manifiesta siempre que se ejerce una actividad por cuenta y en el interés de otros, a cuyo favor va dirigido el resultado de la actividad misma, independientemente de la existencia de una verdadera y propia relación laboral o de subordinación... Podría decirse, entonces, que para determinar la calidad de dependiente es decisivo... el criterio de la ampliación de la propia esfera de acción, en cuya virtud cabe analizar si la actividad de aquel a quien se encomienda un encargo la realiza de tal modo que constituye, inmediateamente, la expansión y prosecución de la actividad del principal, para satisfacer un interés propio de éste” (68).

Por nuestra parte, seguimos pensando que la existencia de subordinación, en el sentido clásico, resulta el elemento a tener en cuenta al tiempo de establecer si se ha generado o no la responsabilidad del principal. O sea

(64) Cám. Nac. Federal Civ. y Com., Sala III, 15/04/1997, “Civilotti, Julio O. y otro c. Vega, Juan M. y otro”, LL 1998-C-202.

(65) PARELLADA, “Responsabilidad y dependencia” cit., en “Derecho de daños. Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe” cit., p. 465, n. 2-c).

(66) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Daños causados por los dependientes” cit., p. 65, §13, ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Personas, casos y cosas...” cit., p. 83, § 24-b).

(67) VINEY, Geneviève - JOURDAIN, Patrice “Les conditions de la responsabilité”, en “Traité de droit civil”, bajo dirección de JACQUES GHESTIN, 2ª ed., París, L.G.D.J., 1998, ps. 871 y sigte., n. 795.

(68) MAYO, Jorge Alberto “Dos aspectos de la responsabilidad por los hechos de los dependientes. La noción de dependencia y la naturaleza de la responsabilidad del dependiente” en “Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 89 y ss., n. I.

que consideramos que función y subordinación continúan siendo los presupuestos requeridos para involucrar la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes.

IX. Requisito de la delegación de facultades

Entre nosotros rige asimismo el principio de que quien delega en otros una actividad que se cumple en su propio interés, no se exime de responsabilidad aunque no retenga poder alguno de dirección con respecto al agente delegado que obre autónomamente; ya que la delegación de la propia actividad en un tercero puede dar nacimiento a una responsabilidad personal —directa— si dicha delegación, valorizada a la luz de las circunstancias de cada supuesto en particular, comporta en sí misma una culpa o negligencia o la creación de riesgos, que los terceros no están necesariamente obligados a soportar (69).

Habiéndose ampliado tal fundamento, para sostenerse que la conducta del obligado que amplía subjetivamente el vínculo, llamando a otro a participar en él, constituye un acto extraño para el acreedor; quien no puede ser constreñido sin su voluntad a aceptar una modificación en el elemento subjetivo de la relación obligatoria y la novación por cambio de deudor. Por lo cual la culpa del sustituto es sólo imputable al deudor (70).

Y lo dicho rige para ambas órbitas del derecho de daños (71), ya que en lo contractual es frecuente encontrar fallos que dicen que: “Probado el incumplimiento del contrato, la responsabilidad de la transportista queda comprometida, aun cuando hubiera delegado en un tercero dependiente la efectividad del transporte”; (72) e idéntico razonamiento debe dominar lo extracontractual, tal como se lo resolviera en un fallo que rechazó, con acierto, la defensa intentada por el Automóvil Club Argentino para pretender liberarse de responsabilidad, alegando que todo el sistema de seguridad en una carrera de turismo de carretera había sido delegado en la Policía de la Provincia; sosteniéndose en síntesis que: “Quien delega la propia actividad

(69) S.C.B.A., 08/04/1980, “Hermosilla c. Club Atlético y Soc. Minist. de obras Públicas”, JA 1981-III-41 y ED 90-386; íd. 20/10/1970, “Oliver c. Martín”, ED 44-481; Cám. Apel. Azul, 30/06/1980, “Caja Jub. Personal Banco de la provincia de Buenos Aires c. Canale”, DJBA 119-680; ANDORNO “La responsabilidad del principal...”, cit., en Zeus 36, Doctrina, p. 141, n. II.

(70) S.C.B.A., 22/12/1987, “Aranda de Ponti c. Clínica Santa Cecilia SRL”, LL 1989-C-632 y AyS 1987-V-379.

(71) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Daños causados por los dependientes”, cit., p. 68, § 14-a).

(72) Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., sala II, 05/04/1991, “La Meridional Cía. Seg. c. Rudman”, LL 1992-A-287.

en un tercero, no por ello se exonera de la responsabilidad consiguiente, si dicha delegación comporta en sí misma culpa o negligencia en la creación de un riesgo” (73).

X. Requisito del daño sufrido por un tercero

El tercer presupuesto para que se genere la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente es que el daño debe sufrirlo un tercero y no el propio dependiente.

El daño debe poder encuadrarse en los términos del primer párrafo del art. 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield o del art. 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación; pues de otro modo la responsabilidad consecuente no sería extracontractual o derivada de un hecho ilícito, sino en todo caso de naturaleza laborativa, sujeta a otras normas y con otro alcance. Si quien resulta lesionado es el propio dependiente o subordinado, también puede, por cierto, tener derecho a indemnización; pero habrá de serlo por aplicación de los principios, distintos, de la responsabilidad por incumplimiento contractual; no pudiéndose entonces beneficiar con la “presunción de culpa” en contra del principal que establecen el referido art. 1113 del Código Civil velezano y el art. 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación (74).

XI. Requisito de existencia de relación entre la función y el daño ocasionado a un tercero

El último presupuesto para el traslado de la responsabilidad del hecho del dependiente al principal, radica en que el empleado debe haber causado el daño en ejercicio de la actividad que le correspondía, o bien en un supuesto en que la ley impute tal responsabilidad al patrón.

Antes y después de la reforma del Código Civil velezano por la ley 17.711, constituyó siempre una de las exigencias para la responsabilidad indirecta del principal por el hecho de su dependiente, que este último hubiese obrado al tiempo de cometer el hecho ilícito dentro de las funciones que le habían sido

(73) Cám. Fed. Bahía Blanca, 16/12/1986, “Nervi c. Garrocita”, LL 1988-A-513 y JA 1989-II-531.

(74) ANDORNO, “La responsabilidad del principal”, cit. en Zeus 36, Secc. Doctrina, p. 144, n. III- 3; BOFFI BOGGERO, “Tratado de las Obligaciones”, cit., t. 5, p. 622, § 1995-c); COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad por el hecho ajeno” cit., p. 144; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en “Código civil...” cit., Dir. Belluscio, Coord. Zannoni, t. 5, ps. 440 y ss., § 5-d); Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., sala III, 31/10/1990, “Taborda c. Estado Nacional”, LL 1991-C-205. En contra: S.C.B.A., 30/03/1971, “Tello c. Vinto”, DT 1971-235 y DJBA 93-121.

encomendadas; existiendo uniformidad doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de que los hechos ilícitos de subordinados, carentes de toda vinculación con sus tareas, nunca obligaban al comitente, aun cuando se hubiesen realizado en el lugar o durante el tiempo de cumplimiento de aquéllas (75).

Pero en lo que no ha existido coincidencias es en cuanto al sentido y alcance de este “requisito” que nos ocupa, entendiéndose por unos que era necesario que el daño se hubiese inferido por el dependiente propiamente en el “ejercicio” de sus funciones, mientras que para otros bastaba su ocurrencia “con ocasión” de tales funciones. En tanto que en el art. 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación, como para dar un corte definitivo a dicha cuestión, se ha preferido en la parte final de su primer párrafo adoptar indistintamente ambos criterios diciendo: “*cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas*”; lo cual no parece muy acertado.

Ante todo, por cuanto hubiese bastado con mencionar al último supuesto, más extremo; el cual por su amplitud comprende o involucra también al primero.

Pero además la cuestión se complica cuando se habla de “*ocasión de las funciones*”, pues como se trata de responsabilizar al principal por un daño

(75) BOFFI BOGGERO, “Tratado de las obligaciones” cit., t. 5, p. 626, § 1995-D; ORGAZ, “Responsabilidad por el hecho ajeno” cit. en “Estudios de derecho civil” cit., p. 196, y en el mismo libro, p. 339, n. 5: “Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno”; ídem “Responsabilidad por el hecho ajeno” en “Nuevos estudios de derecho civil” cit., p. 190, n. 3; CORNEJO, Raúl J. “Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno”, Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 43, n. 37; AGUIAR, “Hechos y actos jurídicos...” cit., t. III, p. 59 y ss., n. 97; SPOTA, Alberto G. “La tendencia jurisprudencial hacia la presunción de culpa en materia de responsabilidad cuasidelictual indirecta ¿cuándo un acto del dependiente se considera ejecutado en ejercicio o en ocasión de sus funciones?” en JA. 71, ps. 423 y ss., n.º 8; ídem, “El daño causado por el dependiente en ocasión de desempeñar...” cit. en JA 1943-I-386; ídem, “Responsabilidad del principal por actos ilícitos de su dependiente”, en JA 75, ps. 68 y ss.; BORDA, Guillermo A. “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Buenos Aires, LL 2008-II-289 y ss., n. 1375. Fallos citados por SALAS “Código Civil...” cit., t. I, p. 604, n. 7-D, art. 1113; S.C.B.A. 09/04/1957, “Alcuaz c. Trombretta”, JA 1958-I-154 y LL 89-178; Cám. 1ª La Plata, 07/05/1940, “Santángelo c. Parodi”, LL 19-402 y JA 71-420; Cám. 2ª La Plata, 24/08/1965, “Delicosta c. Alayian Hnos”, LL 121-59; Cam. Nac. Fed. Civ. Com., Sala III, 15/04/1997, “Civilotti c. Vega”, LL 1998-C-202; Cám. Nac. Civ., sala A, 02/12/1996, “M., M. A. c. Asoc. Israelita Sefaradí de Buenos Aires”, LL 1997-E-1020 (39.818-S); ídem Sala B, “Tembrar c. Sinicalchi”, LL 98-695 (4307-S); ídem sala F, 02/06/1959, “Daviña Pagliero c. Gobierno Nacional” LL 95-629; voto del doctor Fleitas en sala D, 20/05/1959, “Lago de Cela c. Ponce”, LL 94-353; Cám. Nac. Resistencia, 18/06/1957, “Medina c Van Hubech”, LL 89-237.

causado solamente con motivo o en ocasión de la función, se ingresa en una zona gris o de penumbra. Complicación que sobreviene desde el comienzo, por cuanto autores y jurisprudencia no se han puesto de acuerdo acerca del significado de dichas expresiones; y la verdad es que, si quienes intervienen en el debate ni siquiera comparten el significado de un concepto jurídico, difícilmente puedan ponerse de acuerdo sobre los alcances de la aplicación del mismo.

Entrando a analizar la cuestión, diremos que existen casos en que la violación de instrucciones u órdenes, ni siquiera puede ser concebida como integrando la esfera aparente de la incumbencia; pero en los cuales ésta última ha sido la ocasión, ha brindado la oportunidad para que sobrevenga el acto ilícito. Siendo éste el supuesto extremo y más controvertido por la doctrina, puesto que de responsabilizarse al comitente aunque el hecho ilícito del subordinado hubiese sido realizado “*con ocasión*” de las funciones, quedarían comprendidos no solo aquellos actos que corresponden por su naturaleza a la función encomendada, sino también otros ajenos o extraños a ésta, pero que solo pudieron ser llevados a cabo por el dependiente dada su condición de tal y en virtud de sus funciones.

En apoyo de este entendimiento, resultan de peso los argumentos invocados en un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires resuelto por mayoría, con voto decisorio del doctor Quijano, en el cual se lee lo siguiente: “Es manifiesto, por lo demás, que lo común, lo corriente, es que el dependiente actúe en ejercicio de sus funciones, con ocasión o abusando de ellas, y si esto, en mi concepto, permite... poner a cargo del principal la prueba de lo extraordinario y excepcional; tal conclusión se reafirma considerando que de otra manera las víctimas quedarían en muchos casos en situación de no poder hacer efectivas las respectivas indemnizaciones, que es a lo menos a que pueden aspirar. Determinar, en efecto, cual es la naturaleza de la función del dependiente, las órdenes del principal, si realizaba una gestión, aunque no comprendida en ellas, de interés para su negocio, etcétera; es tarea que escapa por lo general a las posibilidades de quienes no tienen con los autores del hecho otra relación que la emergencia de él, y que se presta, por eso mismo, a la confabulación de aquéllos” (76). Criterio este luego reiterado por el mismo tribunal, con posterioridad de la reforma de la ley 17.711, en su sentencia de fecha 27 de noviembre de 1983, recaída en los autos: “Echeverría de Villar c. Hermosilla Soto” (77).

(76) S.C.B.A., 09/04/1957, “Alcuaz c. Trombeta”, LL 89-178 y JA 1958-II-54; criterio éste que luego fue receptado en el voto del doctor Ferreiro Hertes en fallo de la Cám. 2º Civ. y Com. Santiago del Estero, 31/08/1965, “Trejo de Contreras c. Guillermon”, LL 121-89.

(77) S.C.B.A., 27/11/1973, “Echeverría de Villar c. Hermosilla Soto”, LL 153-203.

Pero aceptado ello, todavía cabe indagar qué se entiende por acto realizado “*en ocasión*” de las funciones. Y sobre el respecto cabe ante todo recordar que Llambías, partiendo de una diferencia conceptual tomada de la “Enciclopedia Espasa” y que ya aparece en el caso “Rabanillo” resuelto por la Corte Suprema Nacional y a cuya lectura remitimos (78), formula un distingo entre “*motivo*” —causa o razón que mueve para algo; propósito o designio del agente y medio o instrumento utilizado necesariamente para obtener una finalidad (79)— y “*ocasión*” —oportunidad o comodidad que se ofrece para ejecutar una cosa: coyuntura—. Con pie en ello, Llambías sostiene una suerte de postura intermedia: el principal responderá del daño ocasionado por su dependiente “con motivo” de las funciones, “cuando hay relación de medio a fin entre la función y el daño, es decir, si el desempeño del cometido es lo que ha constituido el antecedente necesario o condición del perjuicio, de manera tal que *si no hubiere habido ese preciso encargo al subordinado no habría habido tampoco daño*”; mas no si el ilícito se produjo “con ocasión” de la función, cuando esta “ha dado *oportunidad* para la ocurrencia del acto dañoso, pero... *el perjuicio no está motivado* por el desempeño de la incumbencia del dependiente” (80). Sin embargo, como lo admite el propio Llambías (81), lo cierto es que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia asimilan los vocablos “ocasión” y “motivo” (82), por lo que la pretensión de

(78) *In re* “Rabanillo c. Gobierno Nacional”, LL 43-892 y JA 1946-I-68.

(79) En un meduloso fallo se dijo que: “La noción de ‘motivo’ ha sido desarrollada en la doctrina como una tercera categoría, respecto del acto ilícito cometido por el empleado, suscitando críticas que suponen que la introducción de esta pauta encierra la posibilidad de mayores confusiones” (Cám. Nac. Civil, Sala E, 20/05/1984, “Sleiman, Dora A. y otro c. D. P. E. Construcciones y otra”, LL 1985-A-54 y JA 1985-I-398).

(80) LLAMBÍAS, “Tratado... Obligaciones” cit., t. IV-A, p. 293 y ss., n. 2469-B) y c) y notas 136 a 138; ídem “Actuación del dependiente que compromete al principal” en ED 64-709 y ss. n. 4-b, c y sus notas: Cám. Nac. Civil, sala A, 24/08/1990, “Firpo c. Routier Automotores S.A.” LL 1993-C-541, Jur. Agrup ns. 9132/34; S.C.B.A., 04/03/1989, “Montes c. Lombardi”, DJBA 136-2939.

(81) LLAMBÍAS, “Tratado... Obligaciones”, cit., t. IV-A, p. 294, nota 137 y p. 295 y ss., nota 138.

(82) BAUDRY - LACANTINERIE Y BARDE, “Delle obligación”, cit., t. IV, p. 637 y ss., nros 2911 a 2914; AUBRY, Charles - RAU, Charles “Cours de droit civit français d’après l’ouvrage allemand de C. S. Zachariae”, 5ª ed., París, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal —Billard & Cie., 1902, t. 6, ps. 401 y ss. y 447, texto y nota 23; DEMOGUE, “Traité des obligations en general” cit., t. V, p. 120 y ss. n. 319; JOSSERAND, Louis - BRUN, André “Derecho civil”, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, vol. I, t. II, EJEA, Buenos Aires, 1950, ps. 392 y ss., n. 512, AGUIAR, “Hechos y actos jurídicos...” cit., t. III, p. 59 n. 97; SPOTA, “Responsabilidad del principal por actos ilícitos de su dependiente”, cit. en JA 75-68; ídem en LL 148-110; DE GASPERI, Luis - MORELLO,

atribuir una distinta significación a tales vocablos “encierra la posibilidad de confusiones en una materia de por sí compleja” (83).

Pero mucho más importante es la circunstancia de que en definitiva la solución propiciada por Llambías coincide en lo sustancial con lo sostenido por otra parte importante de la doctrina: Orgaz, Mosset Iturraspe, Compagnucci de Caso, Demogue, y las conclusiones de las “VI Jornadas de derecho Civil” de Santa Fe, año 1977 —tema 2, apartado I, punto 13—. La diferencia entre Llambías y estos últimos radica en que lo que para el recordado maestro son los daños producidos “con motivo” del encargo o tareas encomendadas —antecedentes necesarios o *conditio sine qua non* del perjuicio, que de lo contrario no se habría producido—, es lo que para los últimos constituye el concepto mismo de “daños causados con ocasión de las funciones”. O sea que lo que sucede es, como bien lo apuntara la doctora Kemelmajer de Carlucci: “que los términos no siempre se utilizan con significación unívoca, por lo que resulta muchas veces difícil ubicar a los autores y los fallos dentro de una u otra tendencia, pues idénticos giros quieren significar cosas distintas o con diferentes palabras se propugnan las mismas soluciones” (84).

Para Spota el comitente es también responsable “...no solo por aquellos actos que corresponden por su naturaleza a la función encomendada sino igualmente por hechos ajenos o extraños a éste, pero que han podido ser

Augusto Mario “Tratado de derecho civil”, t. IV, TEA, Buenos Aires, 1964, ps. 362 y ss., n. 1846; SALAS, Acdeel E. “La responsabilidad en la reforma del código Civil”, en JA Doctrina 1969, p. 429, n. 34; NOVILLO SARAVIA (h.) “La responsabilidad civil por el dependiente” cit., en LL 97-900 y ss.; ANDORNO, “La responsabilidad del principal...” cit., Zeus t. 36, secc. Doctrina, p. 146; voto del doctor Fleitas en Cám. Nac. Civ. Sala D, 20/05/1959, “Lago de Cela c. Ponce”, JA 1959-V-329 y LL 94-353; Cám. Nac. Civil, sala E, 15/09/1975, “Coop. Río Paraná de Crédito c. Buenos Aires Building Society”, ED 66-331; ídem Sala F, 02/06/1959, “Daviña c. Gob. Nac.”, LL 95-629 y JA 1959-IV-591; 29/12/1959, “Villano c. Instituto Sussini”, LL 98-565; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 22/09/1982, “Díaz, Aurelio O. c. Badaraco y Cía. y otros”, LL 1983-C-451; Cám. 1º Civ. y Com. La Plata, sala II, 17/05/1940, “Santángelo c. Parodi” JA 71-420; LL 19-402; Cám. 2º Civ. y Com. La Plata, sala II, 24/08/1965, “Delicostas c. Alayían Hnos.”, LL 121-59; Cám. Apel. Civ y Com. Mercedes, Sala II, 07/04/1981, “Marchesotti c. Zavalía”, LL 1982-B-423 y DJBA 121-65; id. 09/10/1979, “Moreno c. Falcone y Cía.”, ED 86-690 y Supl. Prov. LL 1980-11; S.T. Santa Cruz, 13/10/1967, “Vivanco de Contreras c. Petrotech”, Rep. La Ley XXVIII (A-I), p. 789, n. 265.

(83) ZAVALA DE GONZÁLEZ, “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” cit., p. 111, n. 11-C) in fine; Cám. Nac. Civ., Sala E, 10/05/1984, “Sleiman c. DPK construcciones”, LL 1985-A-54 y JA 1985-I-398.

(84) KEMELMAJER DE CARLUCCI, en “Código Civil...” cit., dir. BELLUSCIO, Coord. ZANNONI, t. 5, p. 441, § 5-e).

llevados a cabo por el dependiente por su calidad de tal y porque su relación de dependencia le brindó la ocasión o el *motivo para cometer un acto ilícito o le facilitó notablemente su comisión*" (85); o dicho de otra manera, cuando "la relación de dependencia *ha sido la causa adecuada* del daño, pues las circunstancias del lugar, de tiempo, y de trabajo que se vinculan con el acto ilícito, vienen a configurar ese nexo de causación adecuada entre la relación de dependencia y el daño ocasionado. O sea que sin la incidencia del trabajo, *sin la facilidad que este ofrecía*, no se hubiera producido el acto ilícito vinculado a la dependencia" (86). En suma, que de aceptarse integralmente esta postura, el principal sería responsable aunque la relación entre el delito y la función se circunscribiese, solamente, al suministro por parte de ésta de uno de los medios necesarios para cometer aquél o *para facilitar su ejecución*" (87).

En cambio afirma Von Tuhr que: "No basta —para responsabilizar al principal (88)— que el daño se infiera con ocasión de los servicios que el dependiente presta, sin guardar con sus atribuciones más que una relación incidental, externa, local o cronológica" (89).

Por nuestra parte pensamos, algo más restrictivamente, que dentro de la "ocasión" solo pueden quedar comprendidos aquellos actos ajenos o extraños a la función, *pero que únicamente pudieron ser llevados a cabo por el dependiente en tal calidad y por mediar esas funciones* (90); o sea, que caso contrario no se hubiesen podido realizar, de ninguna manera (91). A este

(85) SPOTA, Alberto G. "Tratado de derecho civil. Parte general", vol. III; t. I, Depalma, Buenos Aires, 1951, sub 4, pp. 449 y ss., n. 1413; Cám. Nac. Com. Sala B, 27/12/1982, "Dias c. Badaraco y Cía.", LL 1983-C-451.

(86) SPOTA, "Tratado de derecho civil. Parte general" cit., vol. III, t. I, Sub 4, p 151, n. 1413, y p. 461, n. 1415: ídem, "El fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado" en JA 1943-III-608, n. 3.

(87) SPOTA, "Tratado de derecho Civil. Parte general" cit., vol. III, t. I, sub 4, p. 461, n. 1415; ídem "La responsabilidad del Estado por el acto ilícito..." en LL 43-891.

(88) El texto entre rayas ha sido intercalado por nosotros para darle sentido a la frase transcripta.

(89) VON TUHR "Derecho de las obligaciones" cit., t. I, p. 285, n. 48.

(90) ORGAZ, "Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno", en "Estudios e derecho civil" cit., p. 339, n. 5; DEL CARRIL, Enrique V. "Las reformas civiles anotadas. Responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas" en ED 57-790, n. 31.

(91) ORGAZ, "Responsabilidad por el hecho ajeno", en "Nuevos estudios de derecho civil" cit., p. 192, n. 3; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad de la agencia de remise. Relación entre la agencia y el prestatario o encargado del servicio. Daño con ocasión", en LL 1981-B-166, n. IV; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Ejercicio u ocasión de

efecto debe pues darse una relación estrecha y necesaria entre el desarrollo de la labor y la causación del daño; constituyendo aquella un requisito ineludible para la producción de este último. Entonces sí el principal habrá de responder por los hechos y actos de su personal dañosos para terceros (92).

Por todo lo cual puede afirmarse que no existirá responsabilidad del comitente, si la “función” del subordinado sólo facilitó el hecho ilícito, pero que de ningún a manera resultaba indispensable para su comisión (93).

En este sendero, jurisprudencialmente se ha dicho que “a pesar de las opiniones de quienes sostienen que el principal sería responsable aunque la relación entre el delito y la función se circunscribiese solamente al suministro por parte de ésta, de uno de los medios necesarios para cometer aquél o para facilitar su ejecución; predomina actualmente una posición mucho más restringida que se plasmó en la declaración formulada por las “VI Jornadas de Derecho Civil” de Santa Fe, 1977 (94),

las funciones como requisito de la responsabilidad refleja del principal por los hechos de sus dependientes”, en LL 1982-B-428 y ss.; COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad por el hecho ajeno”, cit., p. 165 y ss., letra C) y p. 169, letra g); TRIGO REPRESAS, Félix A. - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Responsabilidad civil por accidentes de automotores”, t. I, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 429, n. II-5; ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Personas, casos y cosas...” cit., ps. 124 y ss., § 27-f); BOFFI BOGGERO, “Tratado... Obligaciones” cit., t. 5, p. 628, § 1995-d); Cám. Nac. Civil, sala F 07/04/1988, “Peña c. Di Génova”, LL 1990-A-256; S.T. Río Negro, 17/12/1992, “Manuel de Ortiz c. Rodríguez”, LL 1993-D-67; Cám. 1ª Civ. Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 17/09/1992, “Prieto c. Manzo”, Juba 7 sum. B 1400579.

(92) Un ejemplo claro de esta situación se da con los llamados “patovicas”, que controlan el ingreso a la entrada de lugares de diversión nocturna y, casi normalmente, realizan actos de discriminación y además practican golpizas, lesionando —o asesinando a veces— a jóvenes y no tanto, que por causas nunca bien explicadas han ofendido la fina sensibilidad de tales custodios. Creemos con Sagarra que en este caso la obligación resarcitoria del dueño del local bailable se basa en el factor de atribución objetivo “garantía”, y que por ende el accionado deberá demostrar una causa ajena interruptiva del nexo de causalidad (hecho de la víctima, de un tercero o el caso fortuito) para poder liberarse total o parcialmente de responsabilidad (SAGARRA, Fernando Alfredo “Daños causados por custodios privados - Responsabilidad de las discos por el hecho de sus dependientes”, LL 1999-E-135).

(93) CORNEJO “Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno” cit., p. 43, n. 37; DEMOGUE “Traité des obligations en général” cit., t. V, p. 117, n. 920; GIORGI, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno” cit., t. V, p. 476, n. 332.

(94) Tema V, ap. I, punto 13: conclusiones publicadas en Zeus t. 12, secc. Doctrina, p. 51; ver también “El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años”, Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 30, Tema V, n. 13.

que aprobó la siguiente declaración: “Por actos cometidos ‘con ocasión’ de las funciones” que responsabilizan a la persona jurídica, debe entenderse sólo a aquellos actos ajenos o extraños a la función, pero que únicamente han podido ser llevados a cabo por el representante o administrador en tal calidad y que por lo tanto no habrían podido realizarse, de ninguna manera, de no mediar dicha función”. Agregándose también que: “La recomendación formulada en las VI Jornadas de Derecho Civil del año 1977, se refiere a los representantes o administradores, pero es aprobada también para los dependientes por autores que sostienen la tesis de la unidad de régimen entre los arts. 43 y 1113 del Cód. Civil (velezano). Amén de que coinciden en este enfoque restrictivo del concepto de ‘ocasión,’ otros tratadistas” (95).

Para que se genere la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, no es necesario que el principal haya impulsado o aprobado la comisión de acciones ilícitas por parte del dependiente; basta que exista una razonable relación de causalidad directa, inequívoca, entre el hecho ilícito del subordinado y la función (96).

En suma, lo cierto es que la determinación de cuándo existe relación entre el desempeño del dependiente y el ilícito cometido contra un tercero, que comprometa la responsabilidad del principal, constituye un delicado menester que se debe realizar caso por caso y de acuerdo a las respectivas circunstancias fácticas de los mismos; debiendo apreciarse con particular detenimiento, si aquel desempeño fue “condición” indispensable del daño causado o sólo un factor no esencial, aunque quizá favorecedor de su acaecimiento. El principal es responsable de aquellos daños ocasionados por su dependiente mediante actos o hechos ajenos o extraños a la función, siempre que de no mediar tal relación de dependencia ellos no se hubiesen podido llevar a cabo (97). Vale decir, según pensamos, que el trabajo del dependiente —su función— no debe ser respecto del daño un mero elemento favorecedor o facilitante del acto dañoso; ni alcanza tampoco con que existe una simple coetaneidad entre daño y función, para obligar al principal por el hecho del dependiente (98). Lo que vale decir que: *no existirá responsabilidad del*

(95) Cám. Nac. Civil, Sala E, 10/05/1984, “Sleiman c. D.P.K. Construcciones”, LL 1985-A-54 y JA 1985-I-398.

(96) Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala III, 24/04/1986, “D. de S., M. c. Godoy, Gustavo A. y otros”, LL 1987-A-156 y JA 1986-IV-58.

(97) S.C.B.A., 20/11/1996, “Santillán, Omar E. c. Banco Local Cooperativo Ltda.”, LLB. 1997-12.

(98) CORNEJO, “Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno” cit., p. 43, n. 37; DEMOGUE, “Traité des obligations en général” cit., t. V, p. 117, n. 920; GIORGI, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno” cit., t. V, pp. 476, n. 332.

comitente si la "función" del subordinado sólo facilitó el hecho ilícito, pero no era indispensable para su comisión.

Ésta es, por otra parte, la doctrina ya sentada en el viejo fallo ya mencionado de la Corte Suprema Nacional en el caso "Rabanillo". Tal sentencia del Superior Tribunal, sin perjuicio del empleo algo indiscriminado que hace de los vocablos "motivo" y "ocasión", estableció lo siguiente: que el Estado es responsable cuando el agente ejecuta el hecho dañoso en el ejercicio de su función o con motivo de su desempeño, ya que en estos casos el cumplimiento de aquella actividad constituye la causa determinante del hecho delictuoso; pero no lo es si el desempeño del empleo solo ha dado la ocasión u oportunidad de cometer el hecho ilícito, es decir, ha provisto una o varias circunstancias, *pero que no eran indispensables para que éste se cometiera* (99).

Es así que en dicho caso "Rabanillo", la Corte Suprema Nacional ya dejó sentada la tesis propiciada *ut supra*, de que el principal (el Estado en el caso) responde por el hecho ilícito cometido por sus dependientes "en ejercicio" y también "con motivo" (o "en ocasión") de las funciones, pero no cuando aquél sólo se efectuó "*aprovechándose la oportunidad" brindada por la tarea encomendada, que favorecía la realización del ilícito*, pero sin resultar indispensable para su comisión. Criterio que parece luego haber sido aceptado también en una disidencia del doctor Boffi Boggero en otro fallo mucho más reciente de la Corte Suprema Nacional (100); siendo igualmente la doctrina del Superior Tribunal de Santa Fe, al resolver que: "la obligación de reparar el daño, radica en la circunstancia de que la relación de dependencia constituyó una *condictio* necesaria, indispensable para que el evento dañoso acaeciera, y que de no haber mediado no habría sucedido el daño" (101). Por último, más recientemente la Corte Suprema Nacional ha ratificado expresamente esta posición, al decidir que basta que la función desempeñada haya dado la ocasión para cometer el acto dañoso, *que sin ella no hubiese sido posible*, para que surja la responsabilidad del

(99) CSN, 10/10/1945, "Rabanillo c. Gobierno Nacional", LL 43-892 y JA 1946-I-68. En contra: DEL CARRIL, "Responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas" cit., en ED 57-790 y ss., n. 31.

(100) CSJN, 10/05/1961, "Irala Arias c. Gobierno Nacional", LL 105-189.

(101) S.T. Santa Fe, sala IIª civ. y com, 20/08/1957, "Bacigalupo c. Provincia de Santa Fe". Juris 12-67.

principal (102). Siendo, en la actualidad, ya bastante numerosos, los pronunciamientos que se enrolan dentro de esta corriente (103).

Por nuestra parte, coincidimos con la postura de que si el dañador o victimario se vale de circunstancias locales y temporales proporcionadas por su empleo, pero éste no es determinante ni indispensable para cometer el ilícito dañoso, no cabe responsabilizar al principal por tal hecho. Pues nos parece que si la función del victimario no se vincula en relación de medio a fin con el resultado dañoso producido, por ser el hecho generador del perjuicio totalmente ajeno al ámbito de la incumbencia del dependiente, esa función sólo proveyó circunstancias ocasionales y contingentes que, por ello mismo, no resultan computables a los fines de comprometer la responsabilidad del principal (104).

Y no estamos solos en esta opinión. Además de la doctrina y jurisprudencia ya citada concordante con nuestro parecer, cabe aludir finalmente a una elaboración europea digna de mención, que pese a brindar un fundamento diferente, arriba empero a la misma conclusión. Giovanna Visintini ha afirmado que: “se deben individualizar los daños que son expresión del mayor

(102) C.S.N., 27/09/1994, “Furnier c. Pcia. de Buenos Aires”, LL 1996-C-559, con importante nota de Jorge Mario GALDÓS: “La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía”; ídem, 13/06/1978, “Panizo c. Provincia de Buenos Aires”, ED 80-202.

(103) Cám. Nac. Civil, Sala A, 02/12/1996, “M., M. A. c. Asoc. Israelita Sefaradí de Bs. Aires”, LL 1997-E-1020 (39.818-S); ídem Sala B, 10/09/1984, “Pereira c/ Club Italiano”, LL 1986-C-183 y ED 116-234; ídem sala D, 30/08/1973, “Las Acacias de Quilmes c. Winograd”, LL 155-624; ídem, sala E, 10/05/1984, “Sleiman c. D.P.K. Construcciones”, LL 1985-A-54 y JA 1985-I-398; íd. 15/09/1975, “Coop. Río Paraná de Crédito Ltda. c. Buenos Aires Building Society S.A”, ED 66-33; ídem, sala F, 27/12/1988, “Calque c. Argilbay”, LL 1987-E-37; íd. 29/12/1959, “Villano c. Instituto Sussini”, LL 98-565; Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., sala I, 10/12/1971, “Sculco c. Gobierno Nacional”, LL 148-111; ídem sala II, 18/03/1983, “Pierotti de Blasco c. Gobierno Nacional”, JA 1983-IV-163; íd. 15/03/1983, “Misiti c. Gobierno Nacional”, LL 1983-C-535; ídem, sala III, 06/12/1983, “López c. Gobierno Nacional” JA 1984-II-181; Cám. 2° La Plata, sala II, 19/03/1968, “Ferrario c. Panedile”, LL 131-107 (17.518-S); 24/08/1965, “Delicostas c. Alayán Hnos”, LL 121-59; ídem, sala III, 10/10/1972, “Manuli c. Bodegas Guardia Real”, JA Reseñas 1973, p. 260, n. 38; Cám. Civ. y Com. Mercedes, sala II, 07/04/1981, “Marchesotti c. Zavalía”, LL 1982-B-423 y DJBA 121-65; 09/10/1979; “Moreno c. Falcone y Cía.”, ED 86-690 y Supl. Prov. LL 1980-11; S.T. Santa Cruz, 13/10/1967, “Vivanco de Contreras c. Petrotech Argentina”. Bol. Jud. Santa Cruz, 1967-III-202 y Rep. La Ley, t. XXVIII, p. 789, sum. 265 y p. 815, sum. 545; Cám. 2° Civ., Com. y Minas San Juan, 31/10/1980, “Sanad c. Farmacia sindical ATSA”, JA 1981-III-25; S.T. Río Negro, 17/12/1992, “Manuel de Ortiz c. Rodríguez”, LL 1993-D-67.

(104) En este sentido: Cám. Nac. Civil, Sala E, 10/05/1984, “Sielman, Dora A. y otro c. D.P.K. Construcciones y otra”, LL 1985-A-54 y JA 1985-I-398.

riesgo que determinadas actividades introducen en la sociedad, y distinguirlos de los daños que son expresión de riesgos completamente independientes de la existencia de la empresa en la que el dependiente desempeña su actividad” (105). Agregando esa prestigiosa jurista italiana que: “Así, por ejemplo, la reyerta entre los dependientes durante la realización del trabajo en una empresa no puede ser considerada como evento que presente una conexión con la actividad de ésta y, por lo tanto, los eventuales daños no pueden ser asumidos por el empresario; en cambio, ciertas estafas cometidas por los empleados de los bancos, ya sea en operaciones de ventanilla, ya en el marco de las relaciones con los clientes, sí generan la responsabilidad del titular del banco” (106).

Para concluir, nos parece útil dar también algunos ejemplos de este supuesto que analizamos. Así no podemos dejar de recordar cómo un típico caso de acto cometido “con ocasión” de las funciones, que responsabilizó al principal, al resuelto por la Cámara 1ª de La Plata, sala II, el 10 de mayo de 1940 (107): dos dependientes o peones del demandado entraron en la fábrica donde trabajaban unos minutos antes del horario habitual de ingreso, y en tal oportunidad uno de ellos, apellidado Acevedo, tomó una escopeta de su patrón que había quedado desde la víspera en la cabina de un automotor que allí se guardaba, y jugando con dicha arma, a la que creía descargada, apuntó y disparó contra el otro peón —Santángelo— quien falleció, en un hecho luego calificado por la justicia penal como homicidio culposo. Como bien se señalaba en ese fallo, en la emergencia el dependiente “ha encontrado en sus funciones el medio de obrar y de incurrir en culpa; si no hubiera estado encargado de esas funciones no hubiera causado el daño”, y ello es así por cuanto tal función le permitió tomar el arma y apuntar con ella, imprudentemente, a su compañero de trabajo, lo que no hubiese hecho ni podido hacer en otras circunstancias distintas; todo lo cual tipificaba la “ocasión” de las funciones tal como se la entiende mayoritariamente y se ha venido exponiendo precedentemente.

Otro caso interesante fue el fallado por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil en autos: “Sleiman, Dora A. y otro c. D.P.K. Construcciones y otra” ya

(105) VISINTINI, Giovanna, “Tratado de la responsabilidad civil”, trad. Aída Kemelmajer de Carlucci, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 342.

(106) VISINTINI, “Tratado de la responsabilidad civil” cit., t. II, p. 342, con cita de un decisorio jurisprudencial del Tribunal de Lecce del 16/10/1981, publicado en “Giurisprudenza Mercantile”, t. 1982, p. 530.

(107) *In re* “Santángelo c. Parodi” LL 19-402 y JA 71-420, con nota aprobatoria de Alberto G. SPOTA. En contra de nuestra opinión: LLAMBÍAS, “Tratado... Obligaciones”, cit., t. IV-A., p. 303, nota 156.

citado, al rechazar una demanda por indemnización de daños promovida contra una empresa constructora, en razón de que un dependiente suyo que se desempeñaba como albañil y sereno de una obra, agredió y violó a una anciana que vivía en un inmueble lindero a la construcción. Allí el Tribunal resolvió que: “Parece claro que un delito perpetrado en esas condiciones no requería necesariamente que el dependiente fuera el sereno de la obra, o, dicho de otro modo, *no fue un hecho que no habría podido realizarse de ninguna manera de no mediar dicha función...* Haber tomado la decisión a favor de la oportunidad que su condición de empleado le ofrecía; es cosa bien distinta de tomarla por ser empleado, con motivo, en razón o a causa de algo concerniente al desempeño del empleo. De allí que extender la responsabilidad del principal a las consecuencias de lo que el dependiente haga, aprovechándose de circunstancias de lugar y tiempo a que el empleo da origen, es desnaturalizarla, haciéndola depender de una vinculación meramente extrínseca y accidental entre el hecho generador del daño y la condición de dependiente” (108).

No obstante cabe reconocer que en la casuística se pueden dar las más dispares apreciaciones o entendimientos con relación a casos más o menos similares: o porque pese a todo no eran tan idénticos y a veces ni siquiera tan parecidos (109), o bien por ser distinto el criterio del intérprete o del juzgador en cada caso dado (110).

Y en este sentido coincidimos con la doctrina que entiende que, cuando la víctima del dependiente ha sabido o debido conocer que éste obraba fuera

(108) Cám. Nac. Civil, Sala E, 10/05/1984, “Sleiman c. D.P.K. Construcciones”, LL 1985-A-54 y JA 1985-I-398.

(109) Por ejemplo se ha responsabilizado al Estado por homicidio o lesiones provocadas por disparos efectuados por sus agentes policiales, con el arma reglamentaria, si se realizaron dentro de las funciones (CNFed. Civ. y Com., sala II, 15/03/1983, “Misiti c. Gobierno Nacional”, LL 1983-C-535), o también si se escapó el tiro no estando aquéllos de servicio (CSN, 13/06/1978, “Panizo c. Provincia de Buenos Aires”, ED 80-202), o fuera de los límites específicos de sus funciones (Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., sala II, 18/03/1983, “Pierotti de Blasco c. Gobierno Nacional”, JA 1983-IV-163; Cám. Civ., Com., Crim. y Correcc. Necochea, 15/12/1994, “Vivas c. Gago”, LLBA 1995-313; Trib. Col. Resp. Civil Extracontractual n. 4 Santa Fe, 21/04/1993, “Peker c. Alborno”, DJ 1994-1-217); pero no en cambio, si se utilizó el revólver en una riña que tuvo el policía (Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., sala III, 06/12/1983, “López c. Gobierno Nacional”, JA 1984-II-181; ST Córdoba, 11/12/1991, “Peralta”, LL Córdoba. 1992-727).

(110) Para una noción de estas dificultades, ver LLAMBÍAS, “Tratado... Obligaciones” cit., t. IV-A, ps. 299 a 305, n. 2469-c) y sus notas, quien entre otros casos discrepa con las soluciones, aprobadas por nosotros, de los fallos de la S.C.B.A. del 09/04/1957 y de la Cám. 1° La Plata, sala II, del 10/04/1950.

de sus funciones, no puede demandar reparación al principal; por cuanto con respecto a dicho damnificado no concurre el requisito de la vinculación entre la función y el daño, que sí podría existir en cambio frente a otros sujetos que desconocían cual era la verdadera realidad de la situación (111). ♦

(111) LLAMBÍAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. IV-A, ps. 297 y s., n. 2469-d) y notas 140 y 141; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Tratado... Fuentes de las obligaciones", cit., t. IV, p. 154, n. 2804; ZAVALA DE GONZÁLEZ, "La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente", cit., p. 127; MAZEAUD-TUNC, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil..." cit., vol. II, t. I, ps. 629 y ss., n. 914; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, "Delle obbligacioni" cit., t. IV, p. 649, n. 2915-II; SAVATIER, René "Traité de la responsabilité civile en droit civil français", 2ª ed., París, LGDJ, 1951, t. I, ps. 418 y ss., n. 323; PLANIOL-RIPERT-ESMEN, "Tratado práctico de derecho civil francés", cit., t. 6, p. 888, n. 650 y nota 4; RIPERT-BOULANGER, "Tratado de derecho civil..." cit., t. V, p. 178 y ss., n. 1125; Cám. Nac. Civil, Sala A, 02/12/1996, "M., M. A. c. Asociación Israelita Sefaradí de Buenos Aires", LL 1997-E-1020 (39.818-S).

SIMPLIFICACIÓN EN LA PREHORIZONTALIDAD Y COMPLEJIDADES EN LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS

POR JORGE HORACIO ALTERINI (*)

I. Simplificación en la prehorizontalidad

a) Antecedentes

La ley 26.694 que sancionó el Código Civil y Comercial derogó la ley de prehorizontalidad 19.724 y su complementaria la ley 20.276. El nuevo Código incorporó otra regulación en los arts. 2070 a 2072.

El sistema de la ley 19.724 de 1972, ya desde los primeros tiempos, tuvo invariablemente una mínima aplicación, lo que derivó en que luego de cuarenta y dos años de vigencia formal se convirtiera en prácticamente inexistente.

Cuando todavía no había empezado a regir el viejo ordenamiento formulé múltiples observaciones que me llevaron a desaconsejar su adopción (1).

Para comprender mi postura en el pasado y en el presente es interesante destacar un antecedente significativo, el Congreso Argentino de la Prehorizontalidad celebrado en 1970 en la ciudad de Buenos Aires en la sede del Colegio de Escribanos, que organizaron la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal y el Comité Coordinador Permanente de la Propiedad Horizontal, con nutrida asistencia de especialistas del muy amplio espectro de las actividades vinculadas con esa problemática.

En la oportunidad señalada presenté con Edmundo Gatti un anteproyecto de ley sobre la comercialización de la propiedad horizontal, sustentado en varias bases fundamentales, algunas de las cuales recordaré.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 10 de septiembre de 2015.

(1) Ver GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge Horacio, Prehorizontalidad y boleto de compraventa, La Ley, Buenos Aires, 1972.

La intención era *procurar al adquirente en forma inmediata un derecho real*, lo que se conseguiría mediante la imposición como presupuesto de la comercialización que se concertara un *contrato de compraventa de parte indivisa o alícuota del terreno* donde se construiría, el que constituiría al adquirente en condómino del terreno.

Paralelamente se preveía la celebración de un *simultáneo contrato de construcción integrado como una unidad jurídica inescindible* con el de compraventa de la alícuota, por el cual el vendedor se obligaría a construir la totalidad del edificio frente a cada uno de los adquirentes y estos últimos se comprometerían a pagar una parte del precio de la construcción proporcionada al monto de su alícuota en el condominio, parte del precio que sumada a la correspondiente a la alícuota se correspondería con el valor previsto para la unidad futura.

Se hacía mérito del principio de la *accesión* en virtud del cual los aportes realizados por el adquirente y volcados en la construcción a levantarse en el terreno acrecentarían automáticamente el valor de su alícuota.

La partición del condominio con la consiguiente adjudicación de pleno derecho de las respectivas unidades en propiedad horizontal derivaría de cualquier acto de autoridad competente que otorgara la aprobación final de la obra o declarara la habitabilidad del edificio.

b) Congreso Argentino de la Prehorizontalidad

Los lineamientos básicos del anteproyecto que corredacté fueron hechos suyos por el Congreso a través de las recomendaciones de las Comisiones N° 1 y 2.

La Comisión N° 1 sostuvo en su primera recomendación: “Una forma máxima de proteger al comprador y al vendedor en propiedad horizontal es asegurar el inmediato otorgamiento de un título de propiedad o sea mediante escritura traslativa de dominio que vincule al comprador con la cosa. Con ello se evitará la constitución de gravámenes o actos de disposición en desconocimiento del comprador, así como los perjuicios ocasionados por la falencia del vendedor-constructor. Se rechaza por tanto, la inscripción de boletos o contratos de compraventa, porque se pretende que la garantía no quede en el campo obligacional. La inscripción no le agrega garantía efectiva alguna. En el boleto de compraventa no se da tampoco el necesario asesoramiento jurídico. Por tanto se propicia el correspondiente proceso, que se concreta así: Firmado el boleto de promesa de venta, dentro de un plazo limitado e irrenunciable se deberá otorgar escritura de compraventa y constitución de condominio sobre

partes indivisas del terreno con sus accesiones (cimientos, estructura, etc.) con derecho exclusivo a unidades determinadas, cuando éstas estén edificadas en virtud del contrato de locación de obra, y b) Terminada la construcción y requisitos de habitabilidad, se otorgará escritura pública por la cual, de pleno derecho, queden definitivos tales títulos, ahora de dominio sobre unidades y condominio indiviso sobre los bienes conforme a la ley 13.512”, ley que por entonces y hasta el Código Civil y Comercial regulaba la propiedad horizontal.

La Comisión N° 2 del Simposio concluyó: “Se participa, en general, de la idea de la necesaria existencia de un condominio especial y temporal, sobre partes indivisas del inmueble, vinculado a la compraventa por afectación al régimen, anotado en el registro de la propiedad inmueble que corresponda a la ubicación del bien” (2).

No obstante la aquiescencia que despertaron las líneas de ideas expuestas, y el compromiso formal que asumieran voceros oficiales, tanto en la inauguración como en la clausura del Congreso, de concretar en la legislación las directivas aprobadas, la ley 19.724 prácticamente las ignoró, sin invocar siquiera razones para tal alejamiento (3).

c) Fallos plenarios

El criterio esencialmente distinto que defendí en la oportunidad mencionada no impidió que desde la función judicial pugnara por la aplicación efectiva de la ley 19.724 en su condición de ley vigente y con la esperanza de que, más allá de las discrepancias, se alcanzara algún avance en cuanto a la protección de los adquirentes en la comercialización de inmuebles en propiedad horizontal.

Me refiero a los dos fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que alentara como Juez de la Sala C de ese Cuerpo.

(2) Los trabajos indicados, seguidos por el Congreso Argentino de la Prehorizontalidad, fueron laureados en 1972 con el “Primer Premio” compartido en el Concurso Público para universitarios de todas las disciplinas sobre “Protección legal a los titulares de boletos de compraventa de inmuebles. Antecedentes. Fundamentos. Anteproyecto de régimen legal”, auspiciado por el Ministerio de Justicia de la Nación.

(3) La perplejidad ante esa postura fue resaltada incluso periodísticamente; así un Editorial de “La Nación” del 8 de marzo de 1972 llegó a afirmar: “Cuando no son seguidos los criterios de quienes han sido consultados en base a sus reconocidos conocimientos en la materia, corresponde por lo menos brindar una prolija exposición en torno de las diferencias y de las causas por las que se adopta la posición discrepante”.

El fallo del 28 de febrero de 1979 en los autos “Cotton, Moisés D. y otros c. Tutundjian, Simón” fijó la siguiente doctrina: “1. El propietario enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen de la prehorizontalidad y, en su caso, con la inscripción registral de los contratos que otorgare con relación a las unidades, no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato. 2. Los derechos que confiere al adquirente la ley 19.724, son irrenunciables” (4).

Un nuevo fallo plenario del 26 de marzo de 1985 en el expediente “Alvear 1850 S.R.L. c. Taub, Luis” estableció: “La posterior inscripción del reglamento de copropiedad y administración en los términos de la ley 13.512, no hace inaplicables los efectos de la falta de afectación del bien al régimen de prehorizontalidad e inscripción de los respectivos boletos en el Registro de la Propiedad que prevé la ley 19.724, salvo que el enajenante ofreciere contemporáneamente la entrega de la posesión y escrituración, estas prestaciones estuvieren expeditas y el comprador no tuviese derecho a resolver el contrario” (5).

d) Recepción del Proyecto de 1998

La derogación de la ley 19.724, finalmente consumada, reproduce el criterio del Proyecto de Código Civil de 1998 al respecto, el que inspira también el sistema sustitutivo regulado.

Hacia el final del apartado 284 de los Fundamentos del Proyecto de 1998 se resumió el estado de la cuestión por entonces, el que perduró hasta la nueva formulación.

Dijimos allí: “En cuanto a la prehorizontalidad, la ley 19.724 ha provocado una generalizada repulsa. El complejo sistema que organiza, es un ejemplo patente de legislación, que lejos del ideal de armonizar los distintos intereses comprometidos, en definitiva conspira contra todos ellos, pues sin importar una efectiva protección para el adquirente, se constituye en un nuevo obstáculo que desalienta el proceso de la construcción y comercialización de unidades. El grado de cumplimiento de sus disposiciones es mínimo, pese a que la jurisprudencia se esforzó para que ese ordenamiento tuviera efectiva operatividad en la praxis, pero como subsiste su vigencia teórica, es ineludible superar la indefinición y proceder a su derogación y reemplazo por un régimen más elástico y que sea aceptado por la realidad negocial”.

(4) LA LEY 1979-A, 528.

(5) LA LEY 1985-B, 424.

Por todo ello, en la doctrina se propició como necesaria la modificación del régimen de la prehorizontalidad ante las múltiples incertidumbres y la desprotección resultante para los adquirentes de unidades en construcción (6).

En lo que atañe al régimen sustitutivo incorporado en el Proyecto de 1998 allí se puntualizó: “Se proyecta un sistema de seguro obligatorio a favor del adquirente, que lo cubra ante el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido, por cualquier razón. Los supuestos que se excluyen del seguro obligatorio, coinciden parcialmente con los que prevé la ley 20.276, pero se tiene en miras también al fideicomiso y al financiamiento por entidades especialmente calificadas por el organismo de control”. Se alude a los arts. 2015 a 2017 del Proyecto de 1998 (7).

El Código Civil y Comercial carece de fundamentos y los que se mencionaron en el Anteproyecto que le dio origen fueron más que escuetos, donde sólo se dijo: “...se agregan algunas normas que favorecen la prehorizontalidad a los fines de dar ciertas seguridades a quienes están por comprar en propiedad horizontal”.

(6) Ver BOQUÉ, Roberto, “Comercialización de unidades en construcción o por construir ¿cuál es el régimen jurídico vigente?”, LA LEY 2010-F, 870.

(7) Art. 2015: “Ámbito. Los contratos preliminares con relación a unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal deben sujetarse también a las disposiciones de este Capítulo”.

Art. 2016: “Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos preliminares sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asuma en el contrato preliminar. El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente, salvo los que le corresponden por el cumplimiento íntegro de sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante”.

Art. 2017: “Exclusiones. Están excluidos los contratos preliminares siguientes: a) Aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulte de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas. b) Los que versen sobre inmuebles del dominio privado del Estado. c) Los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin”.

De todos modos, el antecedente recibido y casi textualmente es el texto del Proyecto de 1998.

Adviértase que la protección del adquirente se confía al seguro obligatorio cuya constitución se le impone al titular del dominio del inmueble, que le garantice la cobertura de las sumas abonadas con sus intereses y la liberación de los gravámenes que lo afectasen.

El incumplimiento del seguro obligatorio tiene severas consecuencias, pues según lo establece el art. 2071 *in fine* del Código Civil y Comercial, “priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones...”, aunque lo deja expuesto a las acciones del adquirente, pues la falta de concertación del seguro “no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante”, tanto las enderezadas al cumplimiento específico de las obligaciones comprometidas, como al reclamo de los daños complementarios o sucedáneos equivalentes (ver art. 730 del nuevo Código).

La esterilidad de la derogada ley 19.724 y los obstáculos para llevar a cabo regulaciones más prolijas, aunque con aristas polémicas, explican el recurso al seguro obligatorio, que en el pasado objetamos (8), pero que puede haberse convertido en una simplificación adecuada ante la coyuntura que vivimos, en la cual el objetivo mayor de tutelar al adquirente debe compatibilizarse con el necesario aporte del huidizo capital para el fomento de la retaceada construcción de viviendas. Imaginamos el esfuerzo creativo del mundo de los seguros para afrontar una novedosa cobertura.

Frente a la “gallina de los huevos de oro” se pueden adoptar actitudes diversas, pero sería francamente disvalioso proceder a sacrificarla en aras de encerrarse en conceptualismos jurídicos.

II. Complejidades en los conjuntos inmobiliarios

a) Metodología y naturaleza jurídica

El Título VI del Libro Cuarto se denomina “Conjuntos inmobiliarios” y tiene tres Capítulos, el Capítulo 1: “Conjuntos inmobiliarios”, el 2: “Tiempo compartido” y el 3: “Cementerios privados”.

Es obviamente equívoco aludir indistintamente a los conjuntos inmobiliarios como género y como especie. Me referiré a algunos aspectos del Capítulo 1, o sea a los conjuntos inmobiliarios en sentido específico, que sean destacables por ser compatibles, merecer reproches técnicos, o generar interpretaciones dudosas.

(8) GATTI y ALTERINI, op. cit. pp. 80 a 82.

El art. 2073 conceptúa a esa propiedad especial en estos términos: “Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

Elogié oportunamente que el Anteproyecto no reconociera a los conjuntos inmobiliarios exclusivamente en el marco de los derechos reales, pues el art. 2075 *in fine* normaba: “Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”.

Contrasté esa amplitud con la rigidez de ceñir al “tiempo compartido” y a los “cementeros privados” al módulo de los derechos reales, muy a pesar de estar difundida la presentación de ellos como derechos personales y a que tal alternativa puede ser exitosa. Argumenté que: “El legislador puede direccionar las realidades pero debe hacerlo con moderación, de allí que si muchos emprendimientos se realizan a través de derechos personales, hubiera sido inadecuado desconocer esa alternativa negocial para no apagar la potencialidad de ese fenómeno económico” (9).

Contrariamente a la esperada apertura para el tiempo compartido y los cementeros privados, la cerrazón para ellos se extendió a los conjuntos inmobiliarios en la versión definitiva convertida en ley. La muy ceñida visión se patentiza en el segundo apartado del art. 2075: “Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial”.

No puede pasarse por alto la errada remisión de la norma a las modificaciones establecidas en el presente “Título”, pues debió aludir a las previstas en el presente “Capítulo”, ya que los “Conjuntos inmobiliarios” con alcance específico son los regulados en el “Capítulo 1” del Título VI y no todos los incluidos en ese Título (conjuntos inmobiliarios como especie, tiempo compartido y cementeros privados), pues en el Título VI la designación “Conjuntos inmobiliarios” es utilizada con sentido genérico.

Suma perturbaciones la latente confusión entre género y especie.

(9) ALTERINI, Jorge Horacio, “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, Acad. Nac. de Derecho 2012 (septiembre), 1- LA LEY, 2012-E, 898.

Ante la insistencia en recrear “un derecho real de propiedad horizontal especial”, ya mostrada en el Anteproyecto, quedan en pie las reflexiones que me despertó la versión primitiva (10).

Si en esencia los conjuntos inmobiliarios, al menos en los nuevos emprendimientos, deben someterse a la propiedad horizontal, por más que ésta pueda presentar algunas matizaciones en la modalidad en análisis, no luce como congruente configurar un nuevo derecho real en virtud de tales matices.

El dominio imperfecto no deja de ser dominio: el condominio sin indivisión forzosa y con indivisión forzosa son todos condominios; los derechos de construir, plantar o forestar y el derecho sobre la propiedad superficial (construcción, plantación o forestación ya existente) son todos ellos abarcados como derecho de superficie; son indistintamente usufructos los que recaen sobre cosas no fungibles, derechos, conjuntos de animales o una herencia; el género servidumbre engloba múltiples manifestaciones especiales; puede haber prenda de cosas y de créditos, y el único derecho real es el de prenda.

Mi objeción apunta a la idea del “derecho real de propiedad horizontal especial”, pero de ninguna forma cuestiona la prolongación de la propiedad horizontal a los conjuntos inmobiliarios.

Es que ya desde 1981 propuse ese criterio innovador como integrante de una Comisión Especial que debía expedirse sobre la Reforma a la ley 13.512, donde se postuló que: “En la organización de los clubes de campo y parques industriales que se sometan al régimen de esta ley, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso e instalaciones de uso compartido, con sus accesorios. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias y de otra índole” (11).

(10) Op. cit. en nota anterior.

(11) Integré la Comisión con los Dres. Allende, Durañona y Vedia y Chevallier Boutell. Los trabajos respectivos fueron difundidos en la Revista del Notariado N° 778 (julio-agosto de 1981), pp. 1259 y ss.

Esa orientación novedosa fue reiterada en textos substancialmente semejantes en el Proyecto de 1987 (12), en el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 (13) y en el Proyecto de 1998 (14).

Tal tesitura motivó en la provincia de Buenos Aires el dictado en el 2004 del decreto N° 947, que incorporó como art. 6 ter al decreto N° 2489/63 el siguiente precepto: “A partir de la entrada en vigencia de este decreto, en los emprendimientos urbanísticos denominados “clubes de campo” y “barrios privados”, cuya subdivisión se gestione con arreglo a los dispuesto por la Ley de Propiedad Horizontal N° 13512, serán calificadas como necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de comunicación y las instalaciones de uso común”.

Nelson Cossari analiza detenidamente la corriente doctrinaria española, y estima “sumamente probable” que se haya inspirado en los antecedentes argentinos la ley hispana N° 8 del 6 de abril de 1999, que al reformar la ley de propiedad horizontal de 1960, admitió su extensión a “complejos inmobiliarios privados” (15).

(12) Art. 2617, cuarto párrafo: “En los clubes de campo, parques industriales, centros de compra, cementerios privados, u organizaciones similares, que se sometan al régimen de la propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole”.

(13) Art. 3159: “En los clubes de campo, parques industriales, cementerios privados y centros de compra, sometidos o que se sometan al régimen de la propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento respectivo podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole”.

(14) Art. 2029: “Conjuntos inmobiliarios. Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales”.

(15) COSSARI, Nelson G. A., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, con la Dirección General de Jorge Horacio Alterini y Coordinación de Ignacio

b) Los espacios como objeto

La diagramación realizada por el nuevo Código no luce con la precisión que se hubiera requerido frente a la modificación visceral de extender la propiedad horizontal en los conjuntos inmobiliarios a unidades no edificadas.

La significativa repercusión del art. 2039 al aceptar que la propiedad horizontal se determinara en la unidad funcional aunque ella consistiera en “espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino”, o sea descartando la exigencia de la edificación, se desfiguró precisamente en los conjuntos inmobiliarios, ámbito principal donde se imaginó la propiedad sobre “espacios”.

Es desafortunado el art. 2077 cuando dice con miraje desviado que “la unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción”, y omite la mención a espacios sin ninguna obra ya efectuada o en proceso, que son los que muestran la importancia de la prolongación de la propiedad horizontal a los conjuntos inmobiliarios.

Me decido por una interpretación correctora del art. 2077, que se abstraiga de su indeseada literalidad, al ignorar la mención a los “espacios” sin ninguna construcción. En caso contrario, la orfandad legislativa sería insalvable y condenaría al fracaso al sometimiento de los conjuntos a la propiedad horizontal, criterio que defiendo con convicción desde hace 24 años.

c) Conjuntos inmobiliarios preexistentes

Uno de las problemáticas más difíciles de resolver con apego al nuevo Código, al ordenamiento jurídico en general y a la razonabilidad, es la atinente a los conjuntos inmobiliarios preexistentes al Código Civil y Comercial.

Según el apartado final del art. 2075: “Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Es sabido que a tenor del art. 7 las nuevas leyes, aun en el supuesto de que fueran aplicables retroactivamente si así lo dispusieran, no pueden afectar las situaciones jurídicas consumadas con anterioridad, tanto es así que regla que “la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Ezequiel Alterini, *La Ley*, Buenos Aires, 2015, t. X (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 21 a 24.

Si bien se mira el art. 2075 preceptúa el deber de “adecuar” al régimen de la llamada propiedad horizontal especial. Adecuar según la Real Academia Española implica: “Proporcionar, acomodar, apropiar algo a otra cosa”. A su vez, acomodar es “adaptar”, o sea “ajustar algo a otra cosa”.

Repárese en que no se emplea el vocablo “transformar”, que tiene un alcance más profundo, como se aprecia en el art. 74 de la Ley General de Sociedades, que norma: “Hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos...” Tampoco se habla de convertir, ya que la conversión se presenta cuando un acto se convierte en otro; el art. 384 del Código Civil y Comercial señala: “El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido...”

No se predica ni una transformación, ni una conversión, sino la adecuación, la adaptación, el ajuste de la situación jurídica anterior a la arquitectura que sobrevino con la reforma legal.

Acaso hubiera sido conveniente que la mentada adecuación fuera voluntaria y no forzada, bien que al no haberse establecido plazo alguno para llevarla a cabo la supuesta norma tiene mucho de desteñida expresión de deseos.

Más allá de las dificultades teóricas, las dificultades de la adecuación no son pocas, tanto para reunir las voluntades suficientes de los titulares para esa alternativa, como para concretarla ante las necesarias modificaciones de los actos constitutivos y las mutaciones de las respectivas titulaciones del derecho en función de los diversos regímenes.

Sin que sea menester llegar a la transformación o conversión creo que podrían aplicarse directamente algunas pautas para el funcionamiento de los conjuntos inmobiliarios preexistentes armónicas con las exigidas para los nuevos conjuntos.

En ese esquema, por ejemplo, será difícil prescindir de directrices como la del art. 2053, que preceptúa para la propiedad horizontal el acuerdo unánime de los propietarios ante una mejora u obra nueva si ella “gravita o modifica la estructura del inmueble de manera sustancial”, siempre con el módulo morigerador de conductas abusivas que recoge el art. 10 del Código Civil y Comercial.

Debe entenderse que se procura que los conjuntos inmobiliarios se ajusten a la nueva regulación y no el cambio frontal de un sistema por otro, lo que no sería conforme a Derecho por violentar garantías constitucionales (16).

(16) En el mismo sentido se expidieron MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, *La Ley*, 2015-B, 869, y COSSARI, op. cit., t. X, pp. 30 a 32.

De tal suerte, verbigracia, si un conjunto inmobiliario está organizado como una sociedad anónima, perdurará esa estructura aunque deberá procederse a los pertinentes ajustes, siempre que ellos respeten la naturaleza de la configuración originaria.

Si se detiene la atención en las previsiones del art. 2074 se puede apreciar que los rasgos asignados a los conjuntos inmobiliarios pueden verificarse aunque el régimen estructural de ellos exceda la propiedad horizontal. Ese artículo, bajo la rúbrica “Características”, expresa: “Son elementos característicos de estas urbanizaciones los siguientes: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible”. (17)

(17) Apunté anteriormente con Ignacio Alterini diversas reflexiones sobre el art. 2074. La expresión “indivisión perpetua” debió reemplazarse por la de “indivisión perdurable”, pues el sentido de esta indivisión no es subsistir necesariamente para siempre, sino que está destinada a prolongarse en el tiempo. De ese modo se hubiera evitado la contradicción terminológica entre el vocablo empleado con el que connota a los condominios con indivisión forzosa en el Título IV, “Condominio”, cuyo Capítulo 5 se denomina correctamente “Condominio con indivisión forzosa perdurable” y que se inicia justamente con el “condominio sobre accesorios indispensables”, que coincide en sustancia con la indivisión forzosa y perdurable de las denominadas “partes, lugares y bienes comunes”. La referencia a “lugares” es una imprecisa descripción física de “cosas”, lo que se corrobora en el art. 2076 cuando alude a “lugares del terreno”.

Hubiera sido más coherente en vez de hablar de “restricciones y limitaciones” hacerlo de los “límites”, pues mientras ellos hacen al contenido normal del dominio, a su ejercicio normal, las “limitaciones”, como el caso de las “servidumbres”, importan una alternativa “excepcional”. Tampoco es ajustado el vocablo “restricción”, que implica la “acción y efecto de restringir, limitar o reducir”, o sea incluso la “limitación o reducción” resultante. Apréciese que la terminología objetada es además contradictoria con la correcta de “límites al dominio” que encabeza el Capítulo 4 del Título III y que los límites también pueden provenir de un contrato, como lo es el “reglamento”.

En cuanto a la referencia a la “personería jurídica” del agrupamiento de propietarios es equívoca pues no están en juego aspectos de la legitimación, sino del sujeto de derecho previsto, y debió ser reemplazada por la de “personalidad jurídica” (ver op. cit. en nota 14, t. X, pp. 15-17).

d) Incidencia del derecho administrativo

Sorprende que de los 14 artículos del Capítulo “Conjuntos inmobiliarios”, 6 de ellos remitan a limitaciones previstas por normas administrativas. Así el art. 2073 luego de la descripción de manifestaciones de conjuntos inmobiliarios reza que lo serán “con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”; en cuanto a los elementos urbanísticos el art. 2075 señala que “se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”; el art. 2078 alude a “la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos”; el art. 2079 a “lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables” y a “las reglamentaciones locales, provinciales o municipales”; el art. 2080 remite “a las normas administrativas aplicables”; idéntica a la última señalada es la remisión del art. 2084.

No escapa a ningún intérprete objetivo que las pertinentes matizaciones del derecho de propiedad por el derecho administrativo local, que aquí se programan como múltiples, deben ser prudentes, para no agrietar insensatamente el derecho de propiedad y desnaturalizar los rasgos distintivos que le imprime el derecho federal a través de la legislación de fondo.

e) Nueva confusión entre limitación o restricción y límites. Otras imprecisiones

Es singular la errática regulación del art. 2080 aludido, que por de pronto reitera la confusión que señalamos con respecto al art. 2074 (18), pues tratando un caso en verdad de límites del derecho alumbrados por el reglamento, reza que: “Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcripta en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrante de los títulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario, y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario”.

Recordé con Ignacio Alterini que la expresión “escritura traslativa” que se advierte únicamente en este artículo del nuevo Código no es propia del sistema de derechos reales que nos rige desde el ahora derogado Código Civil, pues tanto en esa época como hasta el presente la regla es que en las mutaciones jurídico-reales por actos entre vivos se exige la concurrencia de títulos y modos suficientes (art. 1892).

La locución tenía sentido antes de Vélez Sarsfield, así con la compraventa operaba conjuntamente una suerte de constituto posesorio de pleno derecho, el que le confería efectos traslativos al título volcado en escritura

(18) Ver nota anterior.

pública. Se trataba de una operativa parangonable con el sistema consensualista cuyo arquetipo es el francés.

En tanto el art. 2075 se inclinó por la existencia de un derecho real de propiedad horizontal, era indiscutible la aplicación del siguiente postulado del art. 2038 *in fine*: “El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional” y por ello la última oración del art. 2080 adolece de ser reiterativa.

Si el reglamento forma parte del título y se presume conocido por todo propietario, “sin admitir prueba en contrario”, es también absolutamente superflua la imposición del art. 2080 de que los límites reglamentarios se transcriban en las escrituras del derecho de propiedad horizontal (19).

f) Derecho de preferencia

Otra disposición que genera interrogantes es la del art. 2085: “Transmisión de unidades. El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas”.

No obstante que se ha asociado al art. 2084 con un mecanismo de admisión para nuevos adquirentes en los conjuntos inmobiliarios, no creo que deba ser interpretado de ese modo, lo que no impide que puedan establecerse pautas en el reglamento atinentes a cuestiones “edilicias o de otra índole”, pues lo prevé explícitamente el art. 2084.

No se advierten reparos para que en el reglamento se establezca, verbigracia, que los adquirentes de las unidades deberán pertenecer a determinada profesión u oficio, para propender a afinidades explicables y que en principio no merecen censura.

Sí hay que enfatizar en que los criterios de admisión no pueden constituirse en verdaderas discriminaciones, las que son antitéticas con un Estado de Derecho republicano.

Aun ante el posible riesgo de incurrir en una enunciación fatigosa, aludiré a textos normativos que en el orden internacional, nacional e incluso local, repudian toda forma de discriminación (20).

(19) Ver op. cit. en nota 15, p. 46.

(20) Así, en el orden internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 preceptuó en su art. 2º,

El derecho de preferencia ante la transmisión de unidades, que en virtud del art. 2085 pueda pactarse a favor “del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas”, por regla sería extraño a la idea discriminatoria. Si se asistiera a esa deformación, la posibilidad de adquisición por el consorcio u otros propietarios frente a ofertas de adquisición de terceros hasta por precios superiores al valor de mercado, podría resultar económicamente gravosa y por ello también un caprichoso despropósito.

primer párrafo, que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

A su vez, el art. 1º, párrafo primero, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica de 1969, expresa que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Igualmente, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sancionado por la Asamblea General de la ONU en 1966 postula que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En cuanto a la legislación federal, la ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios proclama en su art. 1º: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

El Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conocido como Constitución, explicita en su art. 11: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo...”.

Según el art. 998 al reglar el pacto de preferencia: “El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios”.

A tenor del art. 1166 cuando a las compraventas de cosas registrables, como lo son los inmuebles, se les agregan pactos 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”.

Al disponer el art. 1166 que el pacto de preferencia adicionado a una compraventa de inmuebles es oponible a los terceros interesados si han tomado conocimiento efectivo de él, se infiere que el tercero adquirente que conociendo el pacto compró cuando no se les había comunicado la oferta a los beneficiarios, está expuesto a la recuperación del inmueble por el vendedor.

Inesperadamente, del art. 1166 se extraería la configuración de un derecho real silenciado en la enumeración del art. 1887, el tan controvertido derecho real de tanteo con retracto, extraño a la letra y al espíritu del derecho argentino clásico.

Del art. 2085 no surge que en los conjuntos inmobiliarios la omisión de comunicar la oferta, impidiendo el ejercicio de la preferencia, genere efectos contra terceros; por tanto deben reconocerse tan sólo las consecuencias meramente personales que derivarían de los arts. 997 y 1165 (21).

En cuanto al régimen de utilización por terceros, los arts. 2082 y 2083 remiten a las previsiones del reglamento sobre la admisión de usuarios no propietarios en la condición de cesionarios del uso y goce, como también para integrantes del grupo familiar e invitados (22).

(21) Art. 2082: “Cesión de la unidad. El reglamento del conjunto inmobiliario puede establecer condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier título o derecho, real o personal, el uso y goce de su unidad funcional”.

(22) Art. 2083: “Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. El reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios.

g) Pautas disciplinarias

Es loable la preocupación del Código Civil y Comercial por el mantenimiento de una ordenada convivencia, lo que lo llevó a puntualizar en el art. 2074 las características de los conjuntos inmobiliarios que al reglamento le correspondía establecer un “régimen disciplinario”.

Se ha dicho con acierto: “Potencialmente todo hombre es libre de elegir ingresar o no a una organización pero, una vez que ingresa, debe respetar las normas que la rigen. Y es de la naturaleza de aquéllas que tengan una especie de jurisdicción correccional sobre sus miembros, en lo que concierne a policía y administración y su disciplina, sin la cual no se puede lograr una vida comunitaria armoniosa” (23).

En consonancia, el artículo final del Capítulo, el 2086, expresa: “Sanciones. Ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad horizontal, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento”. ♦

El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni mortis causa. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario”.

(23) MARIANI DE VIDAD, Marina y ABELLA, Adriana N., “Las reglas de desenvolvimiento y convivencia en las distintas áreas y actividades de las urbanizaciones privadas”, en Suplemento Especial La Ley Emprendimientos inmobiliarios, Director Eduardo L. Gregorini, p. 64 y sigs., julio de 2006.

EL DERECHO AL IDEARIO EN LAS INSTITUCIONES DE INSPIRACIÓN RELIGIOSA

POR ALFONSO SANTIAGO (*)

Presentación

Es un dato de la realidad social que un número importante de instituciones médicas, educativas, universitarias y asistenciales han nacido y desarrollan sus actividades inspiradas en ideales de carácter religioso.

Así, por ejemplo, teniendo únicamente en cuenta a las universidades católicas y otros institutos de estudios superiores de similares características, existen 1861 centros de este tipo en todo el mundo, distribuidos del siguiente modo (1):

- 545 en Europa.
- 322 en América del Norte.
- 229 en América del Sur.
- 611 en Asia.
- 19 en Oceanía.
- 25 en América Central.
- 110 en África.

Por otra parte, cabe señalar que el 15% de los hospitales en EE.UU. pertenecen a las instituciones católicas. Al dar la bienvenida al Papa Francisco en su reciente viaje a ese país, el presidente Obama reconoció y agradeció todo el trabajo que realizan las instituciones católicas en el ámbito educativo, médico y social.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 24 de septiembre de 2015.

(1) Cfr. INDEX, Editio 2005, "Universitates et alia Instituta Studiorum Superiorum Ecclesiae Catholicae", publicación de la Congregación para la Educación Católica.

En los últimos años se han dictado en distintos países un número importantes de leyes que introducen prácticas médicas (aborto, esterilizaciones, anticoncepción de emergencia, etc.), contenidos educativos o disposiciones jurídicas que claramente contradicen abiertamente los idearios de esas instituciones.

La pregunta que pretendemos contestar en esta comunicación es la siguiente: ¿cabe reconocer a estas instituciones el derecho de no realizar las prácticas médicas y no transmitir los contenidos educativos que contradicen abiertamente su ideario institucional? ¿Cabría hablar de derecho a la “objección de conciencia de carácter institucional”? ¿Las normas sobre no discriminación tienen una modalidad particular de aplicación en este tipo de entidades? Situaciones concretas planteadas en Estados Unidos (2), Colombia, Chile (3) y España (4), entre otros países, muestran que las preguntas formuladas están lejos de ser hipótesis de laboratorios para hacer referencia a problemas reales y actuales.

Estructuraremos nuestra exposición en cinco partes:

- En primer lugar, analizaremos el concepto de ideario institucional.

(2) Cfr. caso “Hobby Lobby” que analizaremos en el apartado IV de este trabajo. Refiriéndose a la situación planteada con motivo de la sanción de la ley del seguro de salud en ese país, previa al fallo del caso “Hobby Lobby”, señalaba la Conferencia Episcopal norteamericana: El mandato de la HHS sobre anticoncepción, esterilización y drogas abortivas. El mandato del Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS por sus siglas en inglés) ha recibido una amplia atención, y ha encontrado nuestra más vigorosa y unificada oposición. De forma sin precedentes en la historia de los Estados Unidos, el gobierno federal obligará a las instituciones religiosas a facilitar y pagar por algo que es contrario a sus enseñanzas morales, pretendiendo definir qué instituciones religiosas son “suficientemente religiosas” como para ameritar la protección de su libertad religiosa. Estas peculiaridades de los “servicios preventivos” del mandato de la HHS hacen que esta sea una ley injusta. El Arzobispo William Lori de Baltimore, Presidente de nuestro Comité Ad Hoc de Libertad Religiosa, testificó ante el Congreso, diciendo: “Esto no es un asunto de que si el gobierno deba prohibir la anticoncepción. No es siquiera un asunto de que si la anticoncepción deba ser apoyada por el gobierno. Se trata de que si las personas e instituciones religiosas deben ser forzadas por el gobierno a proveer cobertura de anticonceptivos o esterilización, aun cuando estas prácticas violen sus creencias religiosas”. Documento “La primera y más preciada de nuestras libertades”, marzo 2012.

(3) Según informó el diario “El Mercurio” el pasado 22 de febrero, con motivo del debate de la despenalización del aborto en Chile, el Dr. Ignacio Sánchez, rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile, descartó la posibilidad de que la red de centros médicos de dicha institución confesional admita la práctica del aborto, más allá de su eventual despenalización, lo que provocó la reacción de algunos legisladores oficialistas.

(4) Cfr. la situación planteada en algunos centros educativos en relación a ciertos contenidos de la materia “Ciudadanía” que pretendió imponer el último gobierno socialista del presidente Zapatero.

- Luego caracterizaremos a estas instituciones como organizaciones de tendencia.

- En el tercer apartado, señalaremos los derechos constitucionales implicados en esta materia.

- Más adelante, veremos cómo la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales se está abriendo en los últimos años a esta realidad y las soluciones que ha brindado.

- Finalmente, extraeremos algunas conclusiones finales.

En el tratamiento y resolución de las cuestiones planteadas acudiremos a principios jurídicos, normas constitucionales, legales y convencionales y jurisprudencia reciente de tribunales nacionales e internacionales.

I. El ideario como expresión de la identidad, sentido y misión de las instituciones de inspiración religiosa

Las instituciones de inspiración religiosa (escuelas, universidades, hospitales, etc.) desarrollan sus fines propios de acuerdo con su concepción del hombre, de la vida y de la sociedad que las inspira. No se trata de un proyecto social sin más, sino de instituciones que desde su mismo origen y misión pretenden impregnar todas sus actividades con esos valores. Esa identidad, lejos de ser algo secreto, oculto, interno o reservado, adquiere un carácter público y manifiesto, que se busca transmitir y comunicar tanto hacia dentro como hacia fuera de la institución.

Esa concepción y los valores de los que ella es portadora suelen estar expresados en un documento o ideario que plasma, expresa, comunica y transmite los valores que dan identidad y sentido a la existencia y actividad de esa entidad.

La afirmación de esta identidad institucional es un bien, un valor importantísimo que potencia los fines sociales propios de esa organización y da unidad y coherencia a sus actividades. Lejos de ser una limitación, es una fortaleza para estas instituciones. Así como una persona se enriquece cuando formula su proyecto de vida y unos principios por los que regir su conducta, del mismo modo una institución adquiere madurez y coherencia cuando postula sus fines y valores institucionales que la han de guiar. Lógicamente que la calidad del ideario dependerá de su contenido y corresponde reconocer que la gran mayoría de los valores religiosos, aun desde una perspectiva exclusivamente humana, son sumamente valiosos.

El documento que contiene el ideario, junto a su valor simbólico y formativo, tiene inevitables virtualidades jurídicas que deben ser reconocidos por todos los actores jurídicos, tanto dentro como fuera de la institución.

II. Las instituciones con ideario religioso como organizaciones de tendencia

La formulación pública del ideario universitario configura a estas instituciones en lo que se ha dado en llamar en el derecho comparado como “empresas o instituciones de tendencia”. Estas entidades se caracterizan no sólo por tener un ideario sino por estar orientadas a su promoción y difusión. Son instituciones de tendencia los partidos políticos, las confesiones religiosas, determinadas ONGs o “think tank”, algunos medios de comunicación nacidos con la clara y expresa función de promocionar determinados valores y doctrinas, las instituciones educativas de distinto nivel que han adoptado un determinado ideario que define su identidad y misión, etc. La existencia de entidades de tendencia es muestra del pluralismo social y de la riqueza y diversidad que debe caracterizar a las actuales sociedades democráticas.

Se ha señalado que las organizaciones de tendencia son aquellas “encaminadas a la consecución de finalidades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas, artísticas y similares, y, presuponen la adhesión a una particular ideología o concepción del mundo llamada genéricamente ‘tendencia’ por parte del trabajador de ella dependiente”. (5) Esta categoría, originada en el derecho alemán, se ha ido expandiendo a otros países como Italia, España, Japón, etc.

El orden jurídico ha comenzado a considerar y tener en cuenta la existencia de estas organizaciones de tendencia, reconociendo un tratamiento diferenciado en determinadas cuestiones. Entre otros muchos ejemplos, se puede mencionar la legislación laboral alemana (*Betriebsverfassungsgesetz*) que contempla un régimen especial para lo que denomina “empresas de tendencia y confesionales”. Fundamentalmente, la ley ampara a todo tipo de instituciones que, además de perseguir sus propios fines, actúen bajo un determinado marco religioso, ético e incluso político.

También el art. 6º del Reglamento delegado del gobierno español del 8 de febrero de 1984 que establece: “Las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscriptas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulan las instituciones creadas para la realización de sus

(5) SANCTIS RICCIARDONE, “Licenziamento de una scuola privata, (prime note in materia di —imprese di tendenza—)”, in *Giruprudenza Italiana*, I, senz II, 1975, p. 904.

finés podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio así como el debido respeto a sus creencias sin perjuicio del debido respeto de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en especial los de libertad, igualdad y no discriminación". También el art. 6º de la ley orgánica de establecimiento de centros educativos de España dispone que "se reconoce a los titulares de centros privados el derecho a establecer el un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución".

Por su parte, el art. 9º de la ley argentina 25.673 de 2002 que establece el programa nacional de salud reproductiva señala que "las instituciones educativas públicas de gestión privada, confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones". (6) También la ley 26.150 de educación sexual señala en su art. 5º: "cada comunidad educativa incluirá en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros".

A su vez, el art. 10 de la ley uruguaya 18.987 sobre aborto también contempla expresamente la objeción de ideario. (7)

(6) A su vez, en el art. 10 del dec. 1282/2003, reglamentario de esa ley 25.673, se reglamentó la objeción de conciencia institucional prevista en el mencionado art. 10. El decreto establece lo siguiente: "Art. 10.— Se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable previa fundamentación, y lo que se enmarcará en la reglamentación del ejercicio profesional de cada jurisdicción. Los objetores de conciencia lo serán tanto en la actividad pública institucional como en la privada. Los centros de salud privados deberán garantizar la atención y la implementación del Programa, pudiendo derivar a la población a otros Centros asistenciales, cuando por razones confesionales, en base a sus fines institucionales y/o convicciones de sus titulares, optaren por ser exceptuados del cumplimiento del art. 6º, inc. b) de la ley que se reglamenta, a cuyo fin deberán efectuar la presentación pertinente por ante las autoridades sanitarias locales, de conformidad a lo indicado en el primer párrafo de este artículo cuando corresponda".

(7) "Todas las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud tendrán la obligación de cumplir con lo preceptuado en la presente ley. A tales efectos, deberán establecer las condiciones técnico-profesionales y administrativas necesarias para posibilitar a sus usuarias el acceso a dichos procedimientos dentro de los plazos establecidos. Las instituciones referidas en el inciso anterior, que tengan objeciones de ideario, preexistentes a la vigencia de esta ley, con respecto a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo que se regulan en los artículos anteriores, podrán acordar con el Ministerio de Salud Pública, dentro del marco normativo que regula el Sistema Nacional Integrado de Salud, la forma en que sus usuarias accederán a tales procedimientos".

También a nivel de legislación de la Unión Europea, cabe mencionar otro ejemplo significativo en lo que hace a una consideración jurídica particular de la realidad de las instituciones religiosas en el tratamiento de la no discriminación en el ámbito laboral. Así, la Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre de 2000, luego de prohibir en su art. 3º la discriminación laboral por cualquier motivo, incluido el religioso, precisa en su art. 4º:

“Los Estados podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1º no tendrán carácter discriminatorio cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo, dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Los Estados miembros podrán mantener en su legislaciones nacionales (...) disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de Iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, no constituya discriminación sino una diferencia de trato. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho Comunitario, y no podrá justificar discriminación basada en otro motivo” y luego se añade que “siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas y privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, que actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativa nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de la organización”.

Por último, cabe mencionarse la Resolución 1763 del Parlamento Europeo de 7 de octubre de 2010 acerca de la no obligatoriedad de realizar ciertas prácticas médicas que contradicen el ideario de una determinada institución. (8)

(8) Señala esta norma: “1. Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón. 2. La Asamblea Parlamentaria enfatiza la necesidad de afirmar el derecho a la objeción de conciencia junto a la responsabilidad del Estado de asegurar que los pacientes tienen un acceso adecuado a la atención sanitaria prevista por la ley. La Asamblea es consciente de que el ejercicio sin regulación de la objeción de conciencia puede afectar de modo desproporcionado a las mujeres, especialmente a las que tienen bajos niveles de renta o viven en zonas rurales. 3. En la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, la práctica de la objeción de conciencia está regulada de modo adecuado. Existe un marco legal claro y completo que garantiza que —en el ejercicio de la objeción de conciencia por

Una de las consecuencias jurídicas más importantes, que se deriva de que una institución sea considerada como organización de tendencia, es la necesidad de la modalización o adaptación de las normas y principios generales del ordenamiento jurídico a la realidad concreta y específica de esta clase de organizaciones.

Indudablemente, cuanto más serio y profundo sea el compromiso real de una institución con el ideario que la inspira, mayores deben ser la consideración, el reconocimiento y el respeto del mismo por parte de sus integrantes y de las autoridades públicas. El ideario no es sólo un documento que contiene los valores que se declaman, sino aquellos que efectivamente inspiran en la práctica la actividad de la institución. La coherencia con su propio ideario es un factor a tener en cuenta a la hora de reconocer y evaluar sus consecuencias jurídicas. (9)

III. Los derechos humanos que fundan la posibilidad de promover instituciones de inspiración religiosa

Quienes promueven esta clase de instituciones lo hacen fundados en una serie de derechos fundamentales que las constituciones y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos han ido reconociendo y regulando en su alcance. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes:

- El derecho de asociación con fines útiles.
- La libertad de enseñanza.
- La libertad religiosa.

El derecho de asociación con fines útiles, reconocido en el art. 14 de nuestra CN, permite a los ciudadanos poner en marcha iniciativas que sirvan al bien común político. Sin lugar a dudas, las actividades educativas, asistenciales y médicas que desarrollan estas instituciones inspiradas en valores religiosos constituyen

los profesionales sanitarios— se respetan los intereses y derechos de quienes buscan un acceso a prestaciones sanitarias admitidas por la ley. 4. A la luz de las obligaciones de los Estados miembros de asegurar el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias admitidas por la ley y de proteger el derecho a la protección de la salud, así como su obligación de asegurar el respeto al derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión de los profesionales sanitarios, la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud, los cuales: 4.1. Garanticen el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación en el procedimiento en cuestión. 4.2. Aseguren que los pacientes son informados de cualquier objeción, en un plazo adecuado, así como que son derivados a otro profesional sanitario. 4.3. Aseguren que los pacientes reciben tratamiento adecuado, en particular en casos de emergencia”.

(9) Cfr. See Seattle University Employer, 199 L.R.R.M. 1286 (April 17, 2014).

un claro servicio a la sociedad. La posibilidad de alcanzar ese “fin útil” ha de ser reconocido y protegido jurídicamente.

De modo complementario, el art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica afirma con amplitud la libertad de asociación con fines útiles, cuando señala que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines *ideológicos, religiosos*, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”. Sostiene con toda razón la profesora uruguaya Carmen Asiaín: “proclamado el derecho de las personas de asociarse (no otra cosa son las instituciones sino personas, seres humanos de carne y hueso, con *affectio societatis* en torno a una o unas ideas), con fines ideológicos y religiosos, entre otros, queda reconocido el derecho de estas agrupaciones de *conducirse en sus actos* en la vida pública, de conformidad con dicho ideario o directriz. El reconocimiento del derecho no se limita a la acción asociativa en sí, sino que quedan reconocidas las proyecciones, dimensiones, modo de ejercicio de este derecho: el desarrollar el ideario mediante acciones, y el no ser constreñido el grupo a actuar en contradicción con el mismo, todo ello siempre y cuando el accionar sea conforme a Derecho. El respeto por el ideario de las instituciones —tanto en su faz negativa de no constreñir, no coaccionar, no interferir, como en su faz positiva, que excede la tolerancia e impone deberes positivos al Estado en el sentido de favorecer el libre ejercicio del derecho— no debe percibirse como una concesión graciosa que hace el Estado, sino antes bien, de la actitud debida del poder político en un Estado social, democrático y pluralista de Derecho.” (10)

Por su parte, en materia de entidades educativas, la libertad de enseñanza comprende, entre sus variados y múltiples aspectos y facetas, la posibilidad de crear centros educativos, otorgándoles una determinada impronta como es el caso de las instituciones de inspiración cristiana. No se trata de una mera concesión del poder público, sino de un auténtico derecho constitucional y convencional que ha de ser protegido, reconocido con amplitud, y razonablemente regulado.

Por último, la libertad religiosa, entre sus múltiples contenidos, abarca en su dimensión comunitaria la facultad de emprender este tipo de iniciativas sociales fundadas en valores religiosos. Como lo ha puesto de relieve Habermas, es mucho lo que la religión, las confesiones religiosas y los ciudadanos creyentes pueden aportar a las modernas sociedades democráticas pos-seculares.

Cabría tener en cuenta aquí, con las debidas adaptaciones, la progresiva apertura de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y del derecho comparado para reconocer el derecho a la objeción de conciencia de carácter personal.

(10) ASIAÍN, Carmen, “Comentario al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, n. 22, Montevideo, año 2013.

Así, la Corte Suprema argentina comenzó a reconocer tenuemente la objeción de conciencia en su novena etapa (1976-1983) cuando, en los casos “Barros” (11) y “Santa Cruz” (12), dejó sin efecto sanciones de alumnos testigos de Jehová que se negaban a reverenciar los símbolos patrios. (13) Más adelante, en la décima etapa (1983-1990), reconoció el derecho a la objeción de conciencia a la prestación con armas del servicio militar en el caso “Portillo”. (14) Ya en la undécima etapa (1990-2003), la Corte estableció, en el caso “Bahamondez” (15), que una persona podía, por razones de conciencia y religión, negarse a recibir un tratamiento médico ordinario, aunque esto le pusiera en riesgo de perder la vida. También en la resolución del caso “Tanus” (16), sobre inducción de parto de un niño anancefálico, nuestro máximo tribunal confirmó íntegramente el fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que establecía que, si los médicos designados para practicar la intervención se negaran por razones de conciencia, había que reconocerles este derecho, y el hospital público debía realizar las sustituciones que correspondieran. Ya en la actual duodécima etapa (2003-...), la Corte Suprema dictó en junio de 2012 el fallo “Albarracín Nieves” (17) reconociendo ampliamente a la autodeterminación con motivo de tratamientos médicos y la negativa a recibir tratamientos médicos que contradigan las propias convicciones religiosas.

Como puede verse, la objeción de conciencia en algunos supuestos extremos ha pasado a ser parte necesaria, un contenido esencial, del derecho constitucional a la libertad religiosa. Motivos análogos a los que llevan a reconocer el derecho a no realizar aquellas acciones ordenadas legalmente que contradicen abiertamente las propias convicciones de carácter religioso o moral, pueden fundar el derecho de las instituciones inspiradas en valores religiosos y de sus integrantes a no ser obligados a realizar actividades claramente contrarias a su ideario.

Así, la conclusión X del XV Coloquio del Consorcio Latinoamericano de libertad religiosa, celebrado en México, D.F., 21 al 23 de mayo de 2015 señala: “La tutela jurídica de la dimensión colectiva del derecho de Libertad Religiosa es debida, por ser el ejercicio “en comunidad con otros” una dimensión esencial

(11) Cfr. “Barros c. Consejo Nacional de Educación” Fallos 301:151 (1979).

(12) Cfr. “Santa Cruz”, Fallos 303:151 (1979).

(13) La solución adoptada en estos dos fallos fue finalmente adoptada por la Resolución 1818/1984 del Ministerio de Educación.

(14) Cfr. “Portillo”, Fallos 312:496 (1989).

(15) Cfr. “Bahamondez”, Fallos 316:479 (1993).

(16) Cfr. “Tanus c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, ED 191-429 (2001).

(17) Cfr. “Albarracín Nieves”, Corte Sup., 01/06/2012.

—la propia y más frecuente— de la libertad religiosa. Reconocido el derecho de las colectividades religiosas y de las entidades e instituciones definidas en torno a unas creencias de conducirse de conformidad con su ideario, la procedencia de la admisión de la objeción planteada por personas jurídicas al cumplimiento de obligaciones contrarias a su doctrina no se discute, existiendo en cambio una gradación en la dificultad probatoria, a la hora de demostrar que el ideario institucional de esta especie dentro del género de ‘empresas de tendencia’ le impide cumplir con la obligación contenida en la norma de general aplicación.’ (18)

IV. El pluralismo social de nuestras democracias constitucionales y su creciente reconocimiento jurisprudencial

El pluralismo social, cultural y religioso que caracteriza la vida social, política y jurídica de nuestros días ha hecho que el ordenamiento jurídico reconociera esa diversidad de situaciones y tendiera a modalizar las disposiciones normativas generales y los contenidos de los diversos derechos a esas distintas realidades que deben ser reguladas. Los fenómenos religioso, artístico, deportivo, laboral, etc. requieren de adaptaciones y desarrollos específicos, al igual que las diversas culturas, grupos sociales y comunidades que pueden habitar en un mismo territorio. El derecho general, sin renunciar a sus contenidos y cometidos esenciales, se abre y diversifica para lograr en la mayor medida posible que las personas y grupos sociales se encuentren “a gusto” y puedan desarrollar sin indebidas interferencias estatales sus proyectos comunes. Los recientes casos *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission et al* (19) y *Hobby Lobby* de la Corte Suprema norteamericana y el caso *Sindicatul “Pastorul cel Bun c. Romania* (20), de la Corte Europea de Derechos Humanos, parecieran ser expresión de esas tendencias.

En los casos *Hosanna-Tabor* y *Sindicatul “Pastorul cel Bun*, se discutían conflictos entre comunidades religiosas y sus ministros. Ambos casos presentaban situaciones jurídicamente muy discutibles y opinables, que fueron resueltas por los tribunales dando primacía y privilegiando el principio de autonomía de las entidades religiosas, particularmente en lo referente a las relaciones entre ellas y sus ministros.

(18) Para ampliar los fundamentos de esta postura, puede consultarse NAVARRO FLORIA, J. G., La llamada “objeción de conciencia institucional”, “Vida y Ética”, Año 8, n. 1, 2007, p. 122. Ver también TOLLER, F., “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, en “Revista Vida y Ética”, Buenos Aires, Año 8, n. 2, Diciembre de 2007, ps. 186-187.

(19) 565 U.S. 2012; 132 S. Ct. 694; 181 L. Ed. 2d 650.

(20) Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos, 09/07/2013.

Ambos tribunales reconocieron que las leyes laborales generales y los derechos humanos relativos a los trabajadores no podían ser aplicados sin más a las relaciones entre los ministros y sus comunidades religiosas. El fenómeno religioso reclama una cierta modalización y adaptación de los principios generales a la específica realidad del fenómeno religioso en su dimensión social.

En el caso resuelto por la Corte norteamericana, ella señaló que, más allá de la arbitrariedad o no de la decisión adoptada en torno al despido, no era procedente la aplicación al caso de las leyes laborales sobre despido arbitrio y/o discriminatorio vigente en el país en las relaciones entre la comunidad religiosa y sus ministros. Existe en esta materia una “excepción ministerial” que impide esa aplicación directa e inmediata y el tribunal privilegia la no intromisión de las autoridades públicas en los conflictos que se suscitan entre las iglesias y sus ministros. El dique de separación entre autoridades civiles y religiosas impide que las primeras se entrometan en las cuestiones propias de las últimas. Es muy interesante la mención que, por ejemplo no podría considerarse discriminatorio y contrario al derecho a la igualdad que la ordenación sacerdotal esté reservada en la Iglesia Católica sólo a los varones. Este respeto a la esfera propia del fenómeno religioso viene, a criterio del máximo tribunal norteamericano, exigida constitucionalmente.

En el fallo dictado por la Gran Sala de la Corte EDH, se considera que los sacerdotes de la Iglesia Ortodoxa rumana no gozan, en virtud del particular vínculo que los une a ella, del derecho de asociación sindical con el mismo alcance que los trabajadores comunes. Las peculiaridades del fenómeno religioso y la autonomía propia de las organizaciones religiosas requieren de una modalización del ejercicio ese derecho para adaptarlo a la realidad concreta y situada en la cual opera. El derecho de asociación gremial, e incluso el propio principio de legalidad en la regulación de los derechos humanos, se reelaboran de cara a su aplicación a la solución de este caso concreto relativo al fenómeno eclesial.

En la resolución de ambos fallos subyace una concepción pluralista de la sociedad democrática, con un reconocimiento de las distintas realidades que la conforman, muy especialmente de los grupos religiosos que en ella habitan. El respeto a esta dimensión social, propia de la libertad religiosa, se hace cargo de la compleja realidad social y cultural de nuestros días, crea espacios de libertad y propicia una convivencia armónica y pacífica entre las autoridades civiles y religiosas en bien de la persona humana y de la sociedad en su conjunto.

Por su parte, en el caso “Hobby Lobby”, resuelto el 30 de junio de 2014 la Corte Suprema de los Estados Unidos dispuso, por 5 a 4 votos, que en razón de la libertad religiosa protegida por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (*Religious Freedom Restoration Act*, RFRA), es inválido 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 anticonceptivos que tienen efecto abortivo. (21) El voto de la mayoría en el caso “Hobby Lobby” fue redactado el juez Samuel Alito, y fue suscripto por el presidente de la Corte, John Roberts, y los jueces Antonin Scalia, Clarence Thomas y Anthony M. Kennedy (según su voto), mientras que Ruth Bader Ginsburg redactó un voto en disidencia, acompañado por la jueza Sonia Sotomayor y, parcialmente, por los jueces Stephen Breyer y Elena Kagan, que también conformaron la minoría. La mayoría de la Corte adopta como punto de partida la Ley de Libertad Religiosa (RFRA) y se pregunta si esta ley permite al Departamento de Salud demandar el cumplimiento de prestaciones de salud reproductiva que violentan las convicciones religiosas de los dueños de las compañías Hobby Lobby, Mardel y Conestoga. Para la Corte, las regulaciones que imponen esa obligación violan la RFRA, que 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. Según la Corte, el mandato del Departamento de Salud “oprime gravemente el ejercicio de la religión”. “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”. (22) Esta decisión resuelve los planteos iniciados por personas jurídicas con fines de lucro. Mientras tanto, se aguarda una decisión sobre otras organizaciones no lucrativas, como Sacerdotes por la Vida o la congregación de Little Sisters que

(21) Puede verse un buen comentario a este fallo en: DIDIER, María Marta; ROMERO, José Ignacio y PARINI, Nicolás Francisco, “Objeción de conciencia: un fallo trascendente de la Corte Suprema de Estados Unidos”, LL 2014-F-206.

(22) Esta postura ya había sido anticipada por algunos autores: cfr. WARDLE, Lynn D., “Protecting the Rights of Conscience of Health Care Providers”, *Journal of Legal Medicine* 14 (1993) 177-230; BOOZANG, Kathleen M., “Deciding the Fate of Religious Hospitals in the Emerging Health Care Market”, *Houston Law Review* 31 (1995) 1429-1516; FRANK, Michael J., “Safeguarding the Consciences of Hospitals and Health Care Personnel: How the Graduate Medical Education Guidelines Demonstrate a Continued Need for Protective Jurisprudence and Legislation”, *Saint Louis University Law Journal* 41 (1996) 311-351; KELLHOFER, Jason M., “The Misperception and Misapplication of the First Amendment in the American Pluralistic System: Mergers Between Catholic and Non-Catholic Healthcare Systems”, *Journal of Law and Health* 16 (2001-2002) 103-143; GREENAWALT, Kent, “Objections in Conscience to Medical Procedures: Does Religion Make a Difference?”, *University of Illinois Law Review* (2006) 799-825 (señalando que la objeción de conciencia también puede apoyarse en estos casos en elementos no religiosos); y O’CALLAGHAN, Nora, “Lessons from Pharaoh and the Hebrew Midwives: Conscientious Objection to State Mandates as a Free Exercise Right”, *Creighton Law Review* 39 (2006) 561-639. Cfr. TOLLER, Fernando, “El Derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”.

todavía están litigando para su exclusión del mandato contraceptivo. Una de las fundadoras de Hobby Lobby, Barbara Green, afirmó: “Nuestra familia ha acogido con gran alegría la decisión de la Corte Suprema. Hoy la Corte más importante de los Estados Unidos reafirmó la importancia vital de la libertad religiosa como un principio fundamental del país. Es una victoria no sólo para nuestra empresa, sino para todos aquellos que quieren vivir su fe. Estamos muy agradecidos con Dios y con los que nos han apoyado en este largo y difícil camino”. (23)

Cabe también mencionar que en mayo de 2005 el Estado de Massachusetts introdujo en su legislación una cláusula de conciencia para que ningún científico fuera obligado a efectuar investigaciones que supongan la creación o utilización de embriones preimplantados en relación a la investigación con células madres. También puede señalarse que una corte de apelación del Estado de California tuteló el derecho de dos médicos que se negaban por motivos de conciencia a realizar una inseminación artificial de una mujer lesbiana.

En nuestro país, recientemente un tribunal cordobés tuteló la oposición la oposición del servicio médico del Sanatorio Allende de esa provincia a realizar una inducción de parto de un niño anancefálico y señaló: “La objeción de conciencia institucional, planteada por un centro asistencial privado en el que se atiende una mujer gestante de un feto inviable que pretende que se le practique un parto inducido, es de recibo, pues existe la posibilidad cierta de que otro establecimiento, público o privado, lleve a cabo la práctica requerida”.

Estos fallos recientes, tanto nacionales como internacionales, que hemos reseñado muestran una tendencia creciente a reconocer la autonomía e identidad de grupos sociales y las proyecciones jurídicas que de ellas se derivan, entre los que se encuentra el derecho a actuar en todos los conforme a los principios que inspiran su ideario.

V. Conclusiones

Luego del análisis que hemos realizado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Existen en la realidad social numerosas instituciones con un ideario inspirado en valores y principios religiosos.

b) Se han dictado en varios países disposiciones legales que imponen algunas prácticas que contradicen abiertamente los valores y principios de base religiosa o ética contenidos en esos idearios.

(23) Cfr. “Boletín del Centro de Bioética de la Universidad Católica Argentina”, del 04/07/2014.

c) El derecho, como lo viene realizando en las últimas décadas, ha de reconocer y brindar un régimen jurídico con algunas particularidades propias en relación con esta clase de instituciones que tienen un ideario de inspiración religiosa, encuadrándola como “organizaciones de tendencia”.

d) El derecho al ideario institucional puede en algunos supuestos modalizar el ejercicio de alguno de los derechos constitucionales de quienes integran, trabajan y se relacionan con estas entidades, para armonizar esos derechos con el respeto debido al derecho de esas instituciones y de sus integrantes de actuar conforme a sus valores fundantes.

e) Cabe reconocer a estas instituciones un derecho a no realizar aquellas prácticas médicas, educativas o sociales claramente contrarias a su ideario.

f) Estos criterios encuentran su fundamento en los derechos humanos de la asociarse con fines útiles, de la libertad de enseñanza y en la libertad religiosa, reconocidos constitucional y convencionalmente. ♦

REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (*)

I. Consideraciones preliminares

He titulado a esta comunicación “Reflexiones sobre el orden público”, para aclarar desde el comienzo que no pretendo definir este concepto jurídico, sino sólo exponer algunas ideas que he estado elaborando desde hace algunos años.

Soy consciente de las dificultades que presenta el tema, como lo demuestran el hecho de habérselo considerado uno de los enigmas del derecho (1), de los más arduos y decepcionantes de la hora presente (2), una noción vaga e imprecisa (3), y la cantidad de definiciones formuladas por la doctrina, la mayoría de ellas diferentes.

No obstante ello, se da una situación particular y es que, pese a disparidad de criterios y aún el desconocimiento de este concepto jurídico, la mayoría de los abogados, jueces y legisladores tienen una idea del orden público y hacen referencia a él frecuentemente. Las leyes y las sentencias lo invocan. Saben para qué se lo emplea, pero no verdaderamente *lo que es*. Admiten que la sola calificación legal no basta para configurarlo, pues, con buen criterio, la justicia ha sostenido que no es suficiente que la ley declare que una regla es de orden público para que lo sea por esa sola circunstancia.

Por eso interesan algunas reflexiones sobre el orden público, acaso menos para saber *qué es* como para estar seguros de *lo que no es*, especialmente cuando

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 8 de octubre de 2015.

(1) Travaux de l'Association Henri Capitant, pour la culture juridique Française, Montreal, 1966.

(2) DE CASTRO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, “Anuario de Derecho Civil”, 1982, vol. IV, España, p. 1015.

(3) Un estudio sobre las diferentes teorías sobre el orden público, los antecedentes históricos y el derecho comparado se puede hallar en la tesis doctoral de Pablo ZABALLA titulada “Estudio sobre el orden público en el artículo 21 del Código Civil argentino”, Bs. As., 1946.

la ley le confiere ese carácter a una norma determinada o el Estado lo da como fundamento de una acción o la justicia lo invoca para fundar una sentencia.

El derecho es un *orden* social, que tiene a la coacción como uno de sus elementos principales; “es un orden y una forma de vida”, “no referida a la vida individual, sino a la vida social, la cual es cabalmente imposible sin un *orden* y una seguridad” (4).

Por eso la importancia que siempre ha tenido en todas las organizaciones sociales la necesidad de preservar un cierto orden, una cierta seguridad, ya sea en lo que atañe a la convivencia, cuanto a las relaciones jurídicas. Más que por un imperativo de justicia “el derecho nace a la vida humana para colmar una urgencia de *seguridad* y *certeza* en las relaciones sociales”, dice Recaséns Siches (5).

De ahí que la preservación del orden sea uno de los cometidos principales del Estado, pues el *orden* es valor, consecuencia y también *presupuesto* del derecho, ya que sin orden no puede funcionar el derecho, tanto en lo que se refiere a la convivencia social, cuanto a la forma en que éste se realiza para cumplir con sus fines.

II. Sentidos con que se emplea el orden público

La expresión *orden público* se emplea, fundamentalmente, en dos sentidos: a) referido al orden *material* de la sociedad, regulado fundamentalmente por el derecho administrativo y también por el derecho penal, que concierne a las manifestaciones externas de la conducta humana en cuanto puedan afectar la seguridad de las personas y de los bienes, y la integridad física y moral de los habitantes, o sea, *lo contrario al desorden*; y b) relativo al funcionamiento del derecho, para conferirle carácter imperativo a ciertas reglas aplicables a los negocios jurídicos que los individuos celebran dentro de un marco de libertad, al cual lo podríamos denominar orden público *institucional*.

Hay cuatro características comunes a ambos, si bien son dos conceptos diferentes: a) se los utiliza como fundamento para restringir la libertad individual, b) no están determinados por el derecho positivo, c) se los emplea con un grado considerable de discrecionalidad, y d) son presupuestos para el funcionamiento del derecho.

(4) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del derecho” 2ª. ed, Bosch, Barcelona, 1961, p. 585.

(5) RECASÉNS SICHES, Luis, “Nueva filosofía de la interpretación del Derecho”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 274.

Sin una explicación sobre su naturaleza, se podría concluir de lo expuesto que el *orden público* es una expresión dogmática, un artilugio utilizado por los gobernantes para limitar la libertad, sin que interese la seguridad y la certeza del derecho, al extremo de determinar en algunos casos la aplicación de sanciones y en otros la nulidad de los negocios jurídicos, ante la ausencia de tipificación de las proposiciones jurídicas a las cuales se aplica.

En estos términos el orden público se convertiría en la negación del derecho en cuanto sistema, en un instrumento peligroso para la libertad y útil para los abusos a que están habituados los gobiernos autoritarios, cualquiera que sea su origen.

Aun cuando me referiré al orden público que llamamos *institucional*, quiero formular algunas consideraciones sobre el orden público *material*, pues por las características señaladas también merece nuestra atención.

El Diccionario de la Lengua define al *orden público* como la “situación o estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta”, algo así como la *paz social*, un concepto kelseniano sobre el fin del derecho que descarta toda apreciación sobre el modo como se logra ese orden.

Siempre siguiendo una interpretación literal, pero de mayor contenido jurídico, para el diccionario dirigido por Henri Capitant el orden público sería “el conjunto de instituciones y reglas destinadas a mantener en un país el funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre particulares y cuya aplicación en las convenciones no puede ser en principio excluida por los contratantes” (6).

Vemos en estas definiciones una diferencia sustancial. La primera lo enfoca como un *hecho*, mientras que la segunda como *derecho*, con la particularidad en este último caso de que no existiría diferencia con el orden jurídico, lo cual permitiría identificarlo con el orden público. Esto puede estar relacionado con la circunstancia de que un diccionario de la lengua contempla el uso general, mientras que uno jurídico lo hace sobre la base de concepciones de tal naturaleza. Esto pasa también con otros términos.

Las definiciones expuestas dejan sin resolver cuestiones importantes, tales como: a) qué se entiende por “legalidad normal”, b) si la normalidad es por su origen o por su virtud, c) cómo se determina la “normalidad”, d) cuáles son las manifestaciones de la conducta humana que se deben considerar perturbadoras del orden, e) si la obediencia se acepta sin protesta porque es consentida voluntariamente o por temor a contradecirla, f) qué porción

(6) “Vocabulario jurídico”, bajo la dirección de Henri Capitant, trad. de Aquiles Gualianone, ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 405.

de la sociedad se considera representativa de ella, y así otros interrogantes que permitirían ampliar extensamente el debate. Todas estas son condicionantes de una idea valorativa del orden público material, porque no sería éticamente aceptable un orden logrado sólo por la coacción y el empleo de la fuerza, aun cuando como hecho pueda considerárselo tal.

Además, la alteración del orden público no sólo tiene relevancia por las perturbaciones materiales producidas cuando se trata de *hechos*, sino también cuando causas sociales, políticas o económicas exaltan los ánimos o cuando se conmueva el espíritu público, aunque esos síntomas no se exterioricen en desórdenes materiales, porque entonces se genera un estado de inquietud, que tiende a coartar la libertad (7), que al cabo se traduce en hechos.

En España, un país tan semejante al nuestro, como que en gran parte somos herederos de su cultura, se dictaron varias leyes de orden público —en 1870, 1933 y 1959— en las cuales se estableció, por ejemplo, que eran contrarios al orden público los actos que perturbaran o intentaran perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos por el Fuero de los españoles y demás leyes fundamentales de la Nación; los que atenten contra la unidad espiritual, nacional, política y social de España; los que alteren o intenten alterar la seguridad pública y el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaliéndose abusivamente de las circunstancias; los paros colectivos y los cierres ilegales de empresa; los que originen tumultos; las manifestaciones y reuniones públicas ilegales; entre otros supuestos.

La mayoría de estos comportamientos son indudablemente contrarios al orden, pero, el problema estriba en valorar su *intensidad* y las *razones* que los motivaron, para fijar una línea que separe las medidas tendientes a preservar el orden de las que son restrictivas de manifestaciones lícitas de la libertad.

Nuestro Código Penal trata en el título VIII los delitos contra el orden público, que son la instigación a cometer delitos (arts. 209 y 209 bis), la asociación

(7) BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", ed. La Ley, Bs. As., 1964, tº IV, p.714 y ss. y nota 116 agrega: "Así, por ejemplo, una crisis económico-industrial puede traer, entre otras consecuencias, la animosidad entre los agentes de la producción e industria: obreros y patrones; otras veces un hecho cualquiera puede avivar las pasiones más o menos latentes, v. gr., de fanatismo o de intolerancia religiosa, lo que puede originar desórdenes que degeneren en atentados contra la libertad de cultos (tumultos en las procesiones, asaltos a conventos, etc.); o bien algún acto de arbitrariedad gubernativa puede causar indignación en la opinión pública, ya prevenida o no, llevando a ésta una conmoción intensa".

ilícita (arts. 210 y 210 bis, y 213 bis), la intimidación pública (arts. 211 y 212) y la apología del crimen (art. 213). La ley 26.734 derogó los arts. 213 ter y 213 quater, que penaban las asociaciones ilícitas terroristas y las que financiaban el terrorismo. Si nos detenemos a analizar los efectos que produce el delito en la sociedad, concluiremos en que prácticamente la totalidad de las figuras delictivas son contrarias al orden público material.

Donde se manifiesta con mayor nitidez la importancia del *orden público material* es en la actividad de policía, que es la potestad del Estado dirigida a asegurar y garantizar la integridad física, y aun moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva de ellas (8).

Quienes tenemos memoria podremos recordar cuántas veces se han esgrimido razones de orden público para perseguir por motivos políticos a ciudadanos pacíficos —y hasta ilustres—, con el argumento de preservar la seguridad nacional, o clausurar arbitrariamente empresas aduciendo que sus prácticas especulativas distorsionaban el mercado, o prohibir la publicación de diarios y revistas porque alteraban la paz social, etc.

Pero también está la otra cara de la moneda, y quienes circulamos por las calles y rutas de nuestro país, leemos los diarios o vemos los noticieros de televisión, también podemos advertir la pasiva y resignada aceptación por la policía de los desórdenes cotidianos que agravan impunemente el ejercicio de nuestro derecho a circular y a utilizar los servicios públicos y los espacios públicos. A estas alteraciones del orden público material no se les presta en nuestro país la atención debida, en muchos casos porque lo impiden intereses de política demagógica.

La realidad indica que el orden público material ha sido invocado muchas veces cuando no se debía, y en otras se lo ignora cuando está más que justificado el ejercicio de la autoridad estatal para restablecerlo. De ahí que vivamos en una situación de desorden público material al cual, desgraciadamente, nos estamos acostumbrando.

III. El orden público institucional

Si bien la coacción es un elemento fundamental del derecho, lo cual implica que cuando las normas no son acatadas está la sanción del Estado para obligar a su cumplimiento (9), es preciso partir de una distinción por

(8) BIELSA, Rafael, op. cit. p. 1 y ss.

(9) No se debe confundir la coacción con la represión penal. La coacción que se ejerce por el derecho tiene por objeto asegurar el cumplimiento efectivo de las normas, en la mayoría de los casos cuando lo reclama un sujeto. Para ello el Estado le proporciona al individuo

demás conocida pero no siempre tenida en cuenta, entre normas de *derecho obligatorio* y normas de *derecho dispositivo*. Las normas de derecho público —administrativo, fiscal, penal, etc.— son siempre de derecho obligatorio, y consecuentemente, imperativas, porque son *conformadoras* de conductas.

Las normas de derecho privado, en cambio, son en su mayoría de derecho dispositivo, supletorias de la voluntad de los sujetos en la celebración de los negocios jurídicos. Éstos las pueden renunciar o bien acordar regulaciones diferentes de las contempladas por los códigos y leyes respectivas, salvo que sean de *orden público*.

Cuando el legislador quiere limitar la autonomía de la voluntad o impedir la disposición del derecho material, lo califica de *orden público*. Como vimos, esta calificación es revisable por la justicia —igual que cualquier norma jurídica—, porque el carácter de orden público de una ley no depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Una norma es de orden público cuando este surge de su naturaleza y la declaración hecha por el legislador se corresponde con su contenido real. Es un concepto que, aunque indeterminado, se debe apoyar en presupuestos jurídicos, lógicos y éticos.

IV. Diferentes criterios

No existe una idea medianamente unívoca que permita determinar los supuestos en que se está frente a una norma calificada como de orden público por su contenido y no solamente por la voluntad del legislador.

Los manuales de Derecho Civil enseñan que el orden público es un concepto utilizado para limitar al principio de autonomía de la voluntad y establecer cuándo no es aplicable la ley extranjera. Hasta la reforma del Código dispuesta por la ley 17.711 —que modificó el art. 3° y derogó el art. 5°—, tuvo incidencia en la retroactividad de las leyes y la estabilidad de los derechos adquiridos. De ahí que se lo trate junto con la moral pública y con las buenas costumbres, porque todos son conceptos que sirven para demarcar ámbitos de libertad (10). Su estudio se ha desarrollado fundamentalmente

los medios que derivan de su autoridad. La represión penal, en cambio, es una forma de coacción, una especie del género. Señalo esta circunstancia porque también se sostiene que los individuos cumplen con el derecho sin temer a la coacción, lo cual no significa que carezca carácter coactivo, porque éste es lo que le confiere carácter jurídicamente obligatorio.

(10) El art. 19 de la Const. Nacional establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están sólo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados...” y el art. 21 del Cód. Civil establecía que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

en el derecho privado, pues es allí donde se advierte mejor la diferencia entre las normas de derecho dispositivo —que son características en ese sistema normativo— de las normas de derecho obligatorio, que son la excepción (11).

Como la finalidad de las normas de derecho público es satisfacer intereses públicos y los individuos no pueden alterar sus disposiciones y efectos —pues no están dadas para regular relaciones o intereses particulares—, se ha intentado hallar en el *interés público* el elemento diferencial del *orden público*. Las normas de derecho público son obligatorias y la voluntad de los individuos no tiene en esos casos fuerza creadora de derecho, en razón del interés que protegen. Existiría una identificación entre las normas de derecho público y las de orden público. “Orden público”, “orden social”, “interés público”, “derecho público” son conceptos que denotan una idea común: la preeminencia de un interés superior, que no puede ser alterado por la voluntad de los individuos. Por eso originariamente se las consideró como sinónimo de derecho público, por su carácter imperativo (12).

(11) En contra, Arauz Castex sostiene que las leyes de orden público no son la excepción, sino la regla general, y que las excepciones al imperio de las leyes son la autonomía de la voluntad, la extraterritorialidad y su irretroactividad (Manuel ARAUZ CASTEX, “La ley de orden público”, ed. Valerio Abeledo, Bs. As. 1945, p. 43).

(12) La idea de identificar las normas de orden público con las de derecho público se origina en la máxima romana “privatorum conventio juri publico non derogat” (Ulpiano, Digesto: Libro 50, Título 17, Fragmento 45,1), y parece haber sido la que inspiró a los redactores del Código Civil francés, cuyo art. 6 (antes art. 8), que es una de las fuentes del art. 21 de nuestro Cód. Civil, establece: “no se pueden derogar por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres”. También se ha sostenido que las normas de orden público son las dictadas para proteger el interés público. Para Planiol y Ripert “el criterio distintivo no debe buscarse en el carácter patrimonial o no patrimonial del interés, sino en la existencia o ausencia de un interés superior o de un deber de la colectividad en obstaculizar las convenciones de los particulares. Interés general e interés de orden público son nociones muy afines... además, ambas ofrecen una misma orientación” (“Tratado práctico de Derecho Civil francés”, t. 6, parte primera, p. 311). Pero, como lo aclara Ennecerus, “el derecho público es forzoso en su mayor parte, porque en él prepondera el interés público. En cambio, el derecho privado está regulado principalmente por disposiciones de autorización y complementarias. Mas también en él interfieren las disposiciones forzosas allí donde lo exigen el bien general, las concepciones morales, la seguridad del tráfico, la tutela de la familia y de los económicamente más débiles o la protección contra la propia ligereza y la propia inexperiencia. Pero también el derecho privado forzoso sigue siendo derecho privado” (ENNECERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF; Martin, “Tratado de Derecho Civil”, tr. B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, ed. Bosch, 1943, “Parte General”, t. I, p. 192).

Según este criterio, si las normas de derecho público y las de orden público fueran una misma cosa, porque ambas se definirían por la naturaleza del interés protegido, deberíamos concluir que una de ellas está de más o, a lo sumo, que las normas de orden público serían algo así como reglas de derecho público insertadas en el derecho privado, lo cual es erróneo, como lo demuestra la cantidad de regulaciones del derecho civil que contienen normas de orden público y nada tienen que ver con el derecho público, v. gr. la prescripción, la legítima de los herederos forzosos, la edad mínima para contratar, etc.

Se ha sostenido que la noción del orden público responde a principios de orden superior en los cuales está su fundamento, sean éstos políticos, económicos, morales o religiosos, entendidos como valores que deben ser respetados por todos los individuos, y a los cuales tienen que adecuar sus actos y relaciones jurídicas (13). De ahí que se limite la autonomía de la voluntad para resguardar tales valores.

Esta idea finalista del orden público, además de ser demasiado general e imprecisa, generaría mayores márgenes de incertidumbre en el derecho, al aumentar la discrecionalidad estatal para decidir cuándo la autonomía de la voluntad puede afectar esos valores políticos, económicos, morales o religiosos. El orden público sería una pauta de virtud, un parámetro para medir la bondad de las leyes y de los negocios jurídicos, al decidir qué se entiende por valores superiores, cuáles son importantes y cuáles no (14).

(13) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil, Parte general", tº 1, p. 158. Dice G. Baudry-Lacantinerie: "Mais il est un ensemble d'idées, sociales, politiques, morales, économiques, religieuses parfois, a la conservation desquelles una société croit liée son existante" (Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des personnes. 3ª. ed. Librerie Sirey. Paris, 1907, tº I, p. 239 y ss). Para Juan Francisco Linares, es "un conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión vigente" (Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXVII, nº 20 p.173 y ss.).

(14) Para Salvat, "La noción del orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida" (Raymundo SALVAT, "Tratado de Derecho Civil argentino, parte general", t. I p. 245). En una posición también finalista, sostiene Martínez Paz que el orden público "es aquella parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad", y más adelante agrega "el orden público para el legislador está contenido en los fines esenciales del orden jurídico y para el juez en el espíritu de la legislación" ("El concepto de orden público en el derecho privado positivo", "Revista del Colegio de Abogados", Buenos Aires, septiembre-octubre de 1942, t. XX, Nº 5, ps. 674 y 678).

Algunos autores siguen un criterio casuista, variable en el tiempo y en el espacio (15), otros descartan la posibilidad de lograr un concepto por vía racional y sostienen que se debe dejar librado a la intuición del juez o del intérprete (16), al extremo de afirmar que “imperatividad” y orden público son sinónimos, porque cuando las normas protegen un interés general o colectivo, son siempre imperativas (17). A mi juicio es erróneo confundir la razón por la cual las normas son imperativas con la “imperatividad”, que es el efecto. Las normas de derecho público son en su gran mayoría imperativas, pero no todas son de orden público.

Para otros son normas no escritas dirigidas a proteger valores sociales y éticos sostenidos en un momento dado, considerados como condición para una convivencia próspera, que pueden cambiar a lo largo del tiempo y del lugar. Este no es un concepto jurídico, sino político del orden público. Además, en un sistema de derecho escrito no tiene mucho sentido hacer referencia a normas no escritas, salvo que las consideremos principios generales, en cuyo caso se podrían utilizar para interpretar las leyes, y sólo a falta de éstas como normas sin un contenido expreso o implícito.

V. La reforma del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial trata el orden público en varios artículos: 7, 12, 144, 151, 279, 386, 515, 958, 960, 1014, 1644, 1649, 2477, 2600, 2637, 2612, 2651, 2634; los más relevantes son el 12, 279 y 2600.

En el primero de éstos, después de establecer que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público”, asimila su incumplimiento con el *fraude a la*

(15) BUSSO, Eduardo, “Código Civil anotado”, t. I, p. 189 y siguientes.

(16) Dice MOURLON: “Pero, ¿qué es el orden público?; ¿con qué señales se distinguen las buenas de las malas costumbres? Estas son cosas que se sienten más que se definen” (“Répétitions Écrites sur le Code Civil”, t. I, p. 71). Para Tomás Ramón Fernández Rodríguez las cuestiones de orden público “son aquéllas que por su especial relieve y gravedad justifican la iniciativa del Juez y su valoración preferente y excluyente del examen de las demás cuestiones planteadas” (“Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el derecho administrativo”, RAP, enero-abril 1969, tº 58, p. 50).

(17) Dice BORDA que “toda ley imperativa es de orden público; porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y le veda a los interesados apartarse de sus normas, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento”, y agrega: “leyes imperativas y leyes de orden público son sinónimos” (“Concepto de ley de orden público”, LL, tº 58, p. 999). A nuestro juicio es erróneo confundir la razón por la cual las normas son imperativas con el efecto, que es la imperatividad. Las normas de derecho público son en su gran mayoría imperativas, pero no todas son de orden público.

ley, y dispone la nulidad de los actos *que invoquen el amparo de un texto legal* que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa.

Hay varios aspectos objetables en esta reforma. En primer lugar, no corresponde asimilar el apartamiento de una ley de orden público con el *fraude*, que es el acto realizado intencionalmente con el fin de herir los derechos ajenos o de evitar la aplicación de normas que pueden ser perjudiciales para el autor (18), todo lo cual implica una acción antijurídica deliberada en perjuicio de otro. La violación de una norma de orden público, como sería, por ejemplo, el compromiso de no oponer la prescripción, es contraria al orden público aun cuando con ello a nadie perjudique y esté inspirada en la más loable y sana finalidad moral.

En segundo lugar, no hace falta para que se configure un negocio jurídico como contrario al orden público invocar el amparo de “un texto legal”, pues lo que sería nulo es el acuerdo de voluntades celebrado dentro de un ámbito de derecho dispositivo y no la ley invocada. Si se invoca una ley en un negocio jurídico que contradice otra de orden público, regirá esta última con prescindencia de la que hayan mencionado las partes.

El art. 279, al tratar el objeto del acto jurídico, dispone que no debe ser “un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, *al orden público* o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana”. La inclusión del orden público crea un margen de discrecionalidad que puede resultar peligroso, por la indeterminación del concepto. En este sentido era más precisa la redacción del art. 953 del Código Civil, *que no lo mencionaba*, tal vez por haber considerado suficiente la referencia a los actos prohibidos por las leyes.

El art. 2600 establece que “las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con *los principios fundamentales* de orden público que *inspiran* el ordenamiento jurídico argentino.”

Si la noción de orden público tiene como particularidad su indeterminación, este artículo la incrementa en grado sumo, pues ya no se limita a hacer una referencia de lo que podría ser un concepto jurídico indeterminado, sino a las “*soluciones incompatibles con principios fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico argentino*”. En otras palabras, para resolver el caso el juez no sólo deberá señalar cuáles son esos *principios fundamentales*, sino, además, indagar cuáles son los que *inspiran* nuestro ordenamiento.

(18) “Vocabulario jurídico”, bajo la dirección de Henri Capitant, trad. de Aquiles Guaglianone, ed. Depalma. Buenos Aires, 1961, p. 286 y s.

La imprecisión de esta reforma permite que a partir de ella cualquier norma de derecho extranjero pueda ser declarada contraria al orden público, ya que para ello bastaría con invocar las “soluciones incompatibles” y los “principios que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Hubiese bastado con reiterar el principio de que las convenciones particulares no se pueden oponer a las normas de orden público, sin todo ese alambicado precepto que seguramente ha de generar más conflictos que soluciones. En el derecho público —que es sustancialmente de carácter obligatorio— la ley extranjera no es aplicable cuando se opone a él, sin que sea necesario hacer ninguna distinción sobre el tipo de norma.

VI. La declaración del orden público

El legislador califica a las normas como de orden público para conferirles carácter imperativo, *cuando no lo tienen de por sí*. Las normas del Código Penal, las leyes impositivas, las normas administrativas, que reglan la contratación pública, para citar sólo unos ejemplos, *son imperativas sin que sea necesario declararlas de orden público*.

Si bien es competencia del legislador valorar los intereses que deben ser protegidos de esa manera por el derecho y decidir cuándo es preciso limitar la autonomía de la voluntad, las leyes de orden público no tienen ese carácter por la sola circunstancia de que las haya calificado como tales. Es necesario que la “imperatividad” se sustente verdaderamente en una causa que justifique el carácter de orden público. De no ser así, si fuese suficiente una declaración legislativa para que sean imperativas por la sola voluntad del legislador, podría desaparecer el derecho dispositivo y, con ello, una parte importante de la libertad (19). Por eso, porque debe existir una correspondencia entre la forma y el contenido de las normas de orden público, es que los sujetos que se consideren agraviados pueden demandar ante la justicia su inconstitucionalidad (20).

(19) Así, por ejemplo, el legislador podría establecer como regla de orden público que los contratos de compraventa o de alquiler pactados en dólares estadounidenses son nulos, lo cual importaría una limitación inconstitucional a la libertad de contratar.

(20) BIELSA sostiene: “Desde luego, toda ley de orden público, como cualquier otra, está subordinada a la Constitución. Si una ley de orden público viola garantías constitucionales, será declarada anticonstitucional, mediante el recurso jurisdiccional propio, porque impugnada una ley por ese vicio, los jueces no pueden dejar de verificar su validez con respecto a la Constitución. So pretexto de orden público no pueden alterarse garantías constitucionales”, (“Derecho constitucional”, p. 32; ver también, Fallos, 235-171 y 512).

La declaración de orden público puede ser revisada por la justicia en los casos particulares de conflicto. Cuando la “imperatividad” que implica el carácter de orden público de una ley viola un derecho subjetivo, y *el agraviado la cuestiona* porque considera que está amparado por una norma de jerarquía superior, les compete a los jueces decidir sobre el derecho aplicable, y si procede el cuestionamiento declarar la inconstitucionalidad de la ley para el caso concreto. De parecida manera, cuando el legislador no ha calificado expresamente a una norma como de orden público, y éste resulta de su naturaleza y contenido, los jueces pueden declarar que tiene carácter imperativo, pues con ello aseguran el cumplimiento del fin querido por la ley (21).

VII. Una primera delimitación del concepto

El orden público no es una noción unívoca que permita conformar un concepto aplicable a los diferentes supuestos en que se aplica. Y esto es así, pues aun con sus particularidades, no deja de ser un *concepto jurídico indeterminado*, semejante al de utilidad pública, interés general, urgencia, precio vil, buenas costumbres, buen padre de familia, y tantos otros que no tienen un significado jurídico explícito, a diferencia de propiedad, contrato, obligación, locación, mandato, testamento, etc. que sí lo tienen y basta con mencionarlos para tener una idea clara de lo que son. Por eso el ordenamiento jurídico deja en manos del intérprete la decisión sobre cuándo se dan los supuestos que los determinan (22).

Pero el orden público no es un concepto jurídico indeterminado más, porque no tiene carácter *adjetivo* destinado a calificar una decisión judicial o administrativa, no es un concepto de valor o de experiencia, sino *determinante*, vale por la sola declaración, pues su objeto es conferirle a una norma carácter imperativo para restringir la libertad en la celebración de los

(21) ENNECERUS, KIPP, WOLF, “Tratado. Parte general”, t. I, p. 192. En “Fallos”, 172,2, la Corte, al resolver sobre la constitucionalidad de la ley 11.741, que declaró de orden público la prórroga de las deudas hipotecarias y el interés máximo aplicable, que “aunque esa ley no lo dijera, es indudable que tendría ese carácter de ley de orden público, dados los hechos y finalidades que la motivaron, revelados en la discusión que la precedió en ambas Cámaras del Congreso”.

(22) Sobre este tema, GARCÍA DE ENTERRÍA dice: “...el orden público o las buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad... todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del Derecho, son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata” (“La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, RAP, N° 38, p.172).

negocios jurídicos, dentro de un sistema de derecho dispositivo. Es similar a la declaración de utilidad pública, cuyo carácter potestativo la exime de fundamentarla, aun cuando excepcionalmente pueda ser revisada la calificación.

Las tesis que parten de la naturaleza pública del interés protegido para determinar cuándo una norma es de orden público encuentran la antítesis en innumerables ejemplos. ¿De qué manera se protegería el interés público con la legítima de los herederos forzosos, o con el orden de los privilegios, o con las formas de los testamentos? Nos referimos a una protección directa e inmediata, algo que justifique su preeminencia sobre la autonomía de la voluntad, porque el interés público mediato permitiría englobar a la totalidad de las situaciones jurídicas.

Estos y otros supuestos demuestran que las normas de orden público en muchos casos están llamadas a proteger intereses particulares, a veces exclusivamente patrimoniales, y que la vinculación con el interés público puede ser tan remota como lo es la incidencia que tiene cualquier norma del ordenamiento jurídico.

Lo mismo cabe observar en las tesis que consideran al orden público como el conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales, etc. que han servido más para aspirar al lucimiento en exposiciones académicas que para solucionar los problemas que plantea en la aplicación del derecho. Estos principios superiores, si son políticos, corresponden al derecho público y no necesitan del orden público para que sus normas sean imperativas, pues lo son por su misma naturaleza; si son económicos, precisan una regulación legal que los concrete, y aun así tienen una indeterminación y elasticidad tan grande como peligrosa, como lo prueba el haber servido de fundamento de las leyes llamadas “de emergencia”, que en muchos casos han echado por tierra elementales reglas de derecho y de justicia, por la inmoderación de quien las impulsó y luego las aplicó; si son morales, corresponden al campo de la moral y las buenas costumbres, que no significan lo mismo que el orden público, pues si así fuera no estarían legislados como conceptos diferentes.

VIII. El orden público institucional

Antes que un calificativo de ciertas normas jurídicas que se emplea para conferirles carácter imperativo dentro de un ámbito de derecho dispositivo, el orden público es un *presupuesto estructural* del ordenamiento jurídico. Todo sistema jurídico persigue fines de determinada jerarquía y valor, que pueden variar en el tiempo y en el lugar. El derecho, para alcanzar esos fines está condicionado por presupuestos jurídicos básicos y por presupuestos de hecho. Para que pueda cumplir con ellos es preciso que se den determinados

presupuestos, que en esencia configuran un *orden*, y a asegurar ese orden están dirigidas las normas de orden público.

No es igual el derecho en una ciudad sitiada, que el derecho en una ciudad donde la vida cotidiana es normal; no es igual la situación de un sujeto que celebra un contrato en una situación de relativo equilibrio, de otro que lo hace ante la necesidad de conseguir un medio de subsistencia. Para que un contrato sea de alquiler inmobiliario debe tener una duración máxima, pues si no tuviera plazo, no sería alquiler. Para que un testamento produzca los efectos que determina el derecho, es preciso que se cumpla con determinadas formas que aseguran la última voluntad del causante. La legítima de los herederos forzosos es una exigencia para preservar la seguridad económica familiar.

De ahí que para el funcionamiento de un sistema jurídico dado se requiera siempre de un *orden básico*, de determinados presupuestos de derecho y de hecho que son como *la estructura del ordenamiento jurídico*, necesaria para que el derecho pueda funcionar como tal y alcanzar así su finalidad (23). De ahí la declaración de orden público a ciertas normas dictadas para situaciones en que las partes se hallan en un estado de manifiesta desigualdad, como son las leyes de derecho laboral o la defensa de la competencia.

Las normas de orden público son las que rigen *imperativamente* ciertas situaciones o relaciones, como requisito *estructural* de un orden jurídico determinado, ya sea porque con ello compensan desequilibrios de hecho que harían inaplicable el derecho o impropio para la consecución de sus fines, ya porque conforman reglas básicas para su funcionamiento como sistema regulador de la conducta humana y presupuesto de toda sanción jurídica impuesta por el Estado. Por eso su obligatoriedad, no obstante el carácter dispositivo que pueda tener el orden jurídico, porque, si estas reglas no se respetaran, el derecho positivo no podría ser lo que debe ser o lo que se quiere que sea, ni serviría para cumplir con los fines para los cuales se

(23) Algo de la idea que exponemos se puede hallar en la definición de orden público dada por CAPITANT, al decir que es “el orden en el Estado, es decir el ordenamiento de las instituciones, la organización de las reglas que son indispensables a la organización y al ejercicio del Estado” y sostiene que la palabra orden público expresa la idea de una disposición lógica, de una subordinación que da al conjunto unidad y vida (“Introduction à l’étude du droit civil”, Notions Générales, 4a. ed., p. 62, citado por Zaballa, p. 188), o a las palabras de BIELSA, cuando afirma: “Aunque todas las leyes se presuponen dictadas por motivos de interés general y de beneficio colectivo en algunas el grado de interés público, por su vinculación con el orden jurídico y la paz social tienen un particular carácter que se define con la expresión “orden público”, algo vaga, pero de aceptación convencional generalizada” (“Derecho Constitucional”, p. 30 y 31).

lo ha creado. Las normas de orden público son algo así como *las reglas de juego de un sistema jurídico determinado*.

Aun cuando no es mi estilo transcribir textos de otros autores, lo hago en esta oportunidad porque es la opinión de un prestigioso jurista español que lleva claridad al tema y sostiene una posición que comparto. Dice Federico de Castro: “La función del derecho, respecto de ésta (la voluntad) es peculiar. No manda o impone; se confía en que los contratantes elaboren su propia ley; el Estado, al darle valor de ley privada y otorgarle fuerza obligatoria entre los contratantes, se obliga por su parte a hacer cumplir lo convenido, poniendo para ello a disposición de cada parte el aparato coactivo de la Administración de Justicia. Mientras no se le pide la colaboración de ésta, el Estado puede permanecer indiferente al hacer o no hacer de los contratantes (excepto casos de infracción penal o administrativa), pero cuando se le exige que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto, que repugne a la conciencia de cualquier persona decente y justa habrá de abstenerse y no colaborar, declarando la nulidad de lo convenido. Otra cosa sería contraria a la función del Estado de custodio de la justicia. Aquí puede verse el punto de coincidencia y también lo diferente de los conceptos de buenas costumbres y orden público, *choca al sentido ético colaborar con lo injusto y colaborar con lo inmoral hiere el sentimiento de justicia*” (24).

En otras palabras: para que lo acordado libremente por las partes en un negocio jurídico tenga el valor de ley y el Estado le confiera la coacción a quien reclama su cumplimiento, es preciso que se hayan respetado los presupuestos de hecho y de derecho que aseguran la realización del derecho.

Esta idea permite comprobar la naturaleza de todas las normas que verdaderamente son de orden público. Es necesario que funcionen como reglas básicas o estructurales del ordenamiento jurídico. Tomemos un ejemplo: la capacidad de las personas para contratar. El derecho establece como regla inexorable para que los contratos obliguen a las partes que tengan capacidad de hecho, porque presupone que actúan con discernimiento. Sólo en estos casos lo acordado por ellas tendrá la fuerza obligatoria de una ley, porque existe una autonomía de la voluntad apreciada como tal por el ordenamiento jurídico. Sobre la base de este presupuesto es que el incumplidor de un contrato puede ser pasible de la sanción que impone el Estado con su poder coactivo (25).

(24) DE CASTRO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, La defensa de la competencia. El orden público. La defensa del consumidor.” “Anuario de Derecho Civil”, 1982, vol IV, España, p. 1015.

(25) Los contratos tienen la misma fuerza obligatoria que las leyes, como lo establecía el art. 1197 del Cod. Civil y ahora se desprende de los arts. 959, 1021, 1061 y 2651 del Cód. Civil y Comercial.

Por eso el Estado le confiere al acreedor —previa decisión judicial que así lo declare— la coacción pública para que pueda hacer efectiva la obligación incumplida o reciba el resarcimiento correspondiente. Si no se exigiera la capacidad de hecho como regla estructural e inexorable para obligarse en un contrato, y se aceptara la validez de los acuerdos celebrados por sujetos que carecen del discernimiento necesario, la solución de los negocios jurídicos podría ser contraria a la función y a los fines del derecho, al aplicar en esos casos la regla general que le da a las convenciones privadas fuerza obligatoria respaldada por la coacción. El derecho, entendido como sistema de normas instituidas por un motivo que toma en cuenta el valor social, no cumpliría con su finalidad si el Estado ejerciera la coacción pública para obligar a cumplir contratos celebrados sin discernimiento, y se convertiría en un instrumento para convalidar abusos, despojos e injusticias.

Por eso, es una norma de orden público —que no se puede alterar ni por acuerdo de partes, ni por testamento, ni por acto administrativo— que para celebrar contratos y obligarse es preciso que los sujetos tengan la capacidad de hecho necesaria. Lo mismo ocurre con las normas que regulan la jornada máxima de los trabajadores, o el salario mínimo, o el plazo máximo de las indivisiones forzosas, o las formalidades para la celebración del matrimonio y para la validez de los testamentos, o la legítima de los herederos forzosos, y otras tantas normas de orden público que no pueden ser alteradas por acuerdo de partes, porque si así no fuera esas instituciones no podrían cumplir con la finalidad para las que fueron establecidas o dejarían de ser lo que son para el derecho. También están las formas esenciales que las leyes exigen para la validez de algunos actos jurídicos, como, por ejemplo, la deliberación en la decisión de un concejo deliberante, la intervención de un oficial público en la celebración de un matrimonio, etc.

Para que una norma sea de orden público no es esencial la naturaleza de los intereses protegidos, ni el grado de incidencia en la organización política del Estado, ni siempre tienen relevancia las instituciones básicas de la sociedad. Existen intereses exclusivamente patrimoniales, como es el caso de la duración máxima de las locaciones, que están regulados por normas de orden público y nada tienen que ver con las reglas de la organización política y social del Estado, ni con las instituciones básicas de la sociedad, ni con las ideas sociales, políticas, morales o religiosas.

El orden público es determinante del carácter imperativo de ciertas normas, para lograr con ello que la disposición del derecho no sea contraria a la finalidad que persigue el orden jurídico. Es, como dijimos, el presupuesto estructural para que un ordenamiento jurídico dado pueda funcionar como tal y cumplir con el cometido para el cual se lo estableció.

Como el derecho no es una ciencia exacta, siempre será necesario recurrir a la estimativa jurídica de quien aplicará la norma, para lo cual deberá valorar si se cumple o no con esa idea estructural y la invocación del orden público no sea un recurso empleado para impedir que los individuos puedan expresar libremente su voluntad en las relaciones jurídicas (26).

IX. Diferentes grados de “imperatividad”

Existen diferentes grados de “imperatividad” en las normas de orden público, tanto por lo que atañe al carácter limitativo de la autonomía de la voluntad, cuanto en lo referente a la aplicación de sus disposiciones. La autonomía de la voluntad no se manifiesta sólo en el contrato. Hay otras formas de expresarla que producen efectos similares. Tales los casos de la renuncia de derechos (27), el allanamiento o el desistimiento en los juicios, la decisión de no oponer la prescripción (28), y aún de *no promover la acción* o *no deducir la defensa*. Estas son manifestaciones expresas o tácitas de voluntad que pueden producir decisiones judiciales contrarias a lo que establecen las leyes de orden público.

¿Qué ocurre cuando una norma de orden público, que no puede ser alterada por acuerdo de voluntades ni renunciada por el beneficiario, no es motivo de agravio en un proceso judicial? ¿Qué debería hacer el juez ante la inacción del beneficiario de esa norma?

El orden público determina que sus preceptos no se puedan sustituir por otros acordados por las partes e impide la renuncia anticipada de los derechos que confiere. La prescripción de los derechos patrimoniales es una institución de orden público y es nulo todo pacto que dispense a otro de sus efectos (29). Pero, no obstante ser una institución en la cual está comprometido el orden público, si en un juicio el deudor no opone la prescripción,

(26) Así, por ejemplo, una ley que estableciera como de orden público que son nulos los contratos celebrados en moneda extranjera, o que para adquirir un bien es necesario presentar un certificado que acredite no adeudar impuestos, serían inconstitucionales aun cuando el legislador las haya calificado como de orden público.

(27) El art. 872 del Cód. Civil prohibía la renuncia de los derechos que la ley confiere “en mira del orden público”. Este artículo fue suprimido en el Cód. Civil y Comercial, pero el art. 944 contiene una disposición similar, aunque más amplia, al establecer que “toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no esté prohibida y sólo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio”.

(28) Nos referimos a la prescripción civil o administrativa, porque la prescripción en materia penal puede ser declarada de oficio, por ser en este caso de orden público inexorable (CSJN “Fallos”, 186:396; 275:241; 300:716; 301:339; 303:164 y 313:1224).

(29) Ver nota al art. 3965, Cód. Civil.

por ignorancia, por negligencia o porque no lo quiere hacer, el juez no está obligado a aplicarla de oficio, salvo en los juicios penales.

En este caso la norma de orden público se limita a impedir la dispensa por contrato o la renuncia anticipada a la prescripción, porque la regla estructural del ordenamiento, apoyada en la seguridad jurídica, determina que prescriban las acciones para hacer valer esos derechos. Que los beneficiarios opongan o no la prescripción es un tema diferente, porque en este caso la regla de orden público está referida sólo a la *génesis* del contrato, pero no al ejercicio de los derechos patrimoniales posteriores, que son disponibles.

Es diferente cuando la norma de orden público abarca *toda la relación jurídica*, no sólo a la etapa generadora, sino también a los efectos surgidos del acto, porque sus preceptos se deben cumplir *inexorablemente*. Un ejemplo lo tenemos con las normas que regulan las formalidades en la celebración del matrimonio que afectan la existencia del acto. Los jueces la tienen que aplicar de oficio y declarar la nulidad, aun cuando las partes no la hayan planteado como agravio o renunciaran a hacerlo (30).

Como vemos, existen diferentes tipos de normas de orden público (31). Algunas se refieren a la voluntad de los sujetos en la celebración de los actos jurídicos y no alcanzan a los efectos posteriores. Otras, en cambio, se deben aplicar *inexorablemente* en caso de litigio, lo planteen o no las partes (32). Tal distinción no significa que haya dos tipos diferentes de orden público, sino distinta intensidad en el carácter imperativo de las normas.

X. El orden público y las normas administrativas

La obligatoriedad de las normas administrativas impide a la Administración apartarse de lo que ellas establecen, aun cuando celebra un

(30) CSJN, "Fallos", 327:2245.

(31) De la Fuente sostiene también que existen distintos grados de orden público, y distingue entre el orden público absoluto y el relativo. Ambos tienen como característica la imperatividad, pero, mientras el relativo es renunciabile, no lo es el absoluto (DE LA FUENTE, Horacio H., "Orden público", ed. Astrea, Bs As. p. 85).

(32) Dice LÓPEZ OLACIREGUI: "Si la obligatoriedad es atributo de toda ley, la imperatividad lo es sólo de algunas. Es una obligatoriedad más exigente y absorbente. La ley dispositiva, según vimos, es obligatoria en los casos que rige, pero es dado que no rija en determinados casos, pues la propia ley admite que se la sustituya por convención de las partes. Es, por tanto, una ley obligatoria pero eludible. La ley imperativa, en cambio, es obligatoria e ineludible. Es de aplicación inexcusable. No admite competencia normativa de ninguna otra fuente de derecho" (en la actualización de Salvat, Tratado, Parte General, t. I, p. 257).

contrato. Los órganos administrativos no tienen voluntad subjetiva, pues la manifestación que efectúa el funcionario sólo actualiza la voluntad de la ley, lo cual no significa que sus actos se circunscriban a una mera aplicación automática del derecho. Existen márgenes de estimativa y de discrecionalidad, dentro de la legalidad. La Administración sólo puede actuar *secundum legem*. Hay regulaciones de segundo o tercer grado que dictan órganos administrativos (vg.: los pliegos de bases y condiciones, instrucciones para regular actividades vinculantes, etc.), pero no constituyen manifestaciones de una voluntad autónoma, pues, deben actuar dentro de los límites y conforme a la finalidad establecida por una norma superior. Sobre la base de tales premisas, en atención al carácter limitativo de la voluntad que tienen las normas de derecho administrativo, se podría sostener que todas son de orden público (33).

Entre el orden público y el derecho obligatorio o imperativo no existe una correspondencia recíproca que permita aplicar el principio de identidad. Si bien las normas de orden público son de derecho obligatorio, las normas de derecho obligatorio no son, en todos los casos, de orden público. Consecuencia de ello es que todas las normas de derecho administrativo, por ser de derecho obligatorio, no son al mismo tiempo de orden público.

A su vez, como vimos, la obligatoriedad de las normas de orden público tiene diferente intensidad. La obligatoriedad es el efecto, la consecuencia del orden público, y también del principio de legalidad administrativa. Son normas de derecho obligatorio, pero por fundamentos diferentes. Es incorrecto identificar la causa o el motivo de la obligatoriedad con la obligatoriedad en sí, aun cuando algunas veces no haya modo de expresarlas con palabras que las diferencien.

Las normas de derecho administrativo son, básicamente, de derecho obligatorio, porque es una consecuencia del principio de legalidad, se sustentan en el interés público (34) y, en muchos casos, son normas de orden público. El principio de legalidad lleva implícito el carácter obligatorio de las normas administrativas, lo cual no significa que toda la actividad esté reglada. La discrecionalidad administrativa no es una excepción al principio de legalidad, sino una modalidad de actuación, que se debe ejercer siempre

(33) PLANIOL, "Traité Élémentaire de droit civil", ps. 113 y s. Bielsa parece sostener esta posición al expresar: "Desde luego, todas las leyes de derecho público son de 'orden público', en el sentido de que prevalecen sobre el derecho privado..." y más adelante agrega: "sin embargo, la supremacía del derecho público, y de las leyes de esa clase, admite excepciones justificadas precisamente por el derecho" ("Derecho constitucional", p. 31).

(34) Dice ENNECCERUS: "El derecho público es forzoso en su mayor parte, porque en él prepondera el interés público" (ENNECCERUS, KIPP, WOLF, "Tratado. Parte general", t. I, p. 192).

dentro del orden jurídico, revisable por los jueces cuando se dan determinadas circunstancias.

El interés público, fundamento y fin de las normas administrativas, actúa como determinante de su carácter obligatorio y consecuente indisponibilidad del derecho, pero ello respecto del comportamiento que deben seguir los órganos administrativos y, en su caso, de las relaciones jurídicas que celebren con los administrados. Esto no implica que los jueces deban aplicarlas aun cuando no fueron objeto de una pretensión material. Además, tanto el interés público, cuanto el interés general tienen preeminencia por sobre el interés particular solamente como fundamento de las normas o de los actos administrativos, para el ejercicio de potestades, pero no para resolver los juicios.

Los jueces se deben atener estrictamente a lo que establece la ley, respetando siempre el orden de jerarquía normativa y, salvo cuando resulta de una norma, no pueden posponer el interés particular de un sujeto con el argumento de que tiene prioridad el interés público o el interés general. De lo contrario, el Estado ganaría siempre los juicios, sólo porque persigue con sus actos el interés público y el interés general.

Solamente las normas de *orden público inexorable* deben ser aplicadas por los jueces en los juicios contenciosoadministrativos aun cuando no hayan sido objeto de pretensión o de defensa, e impiden que se pueda disponer del derecho conferido por ellas. Los jueces están facultados para suplir la indefensión procesal del Estado en estos juicios cuando están frente a normas de orden público *inexorable*. Por preponderante que sea el principio de legalidad y el interés público o general defendido, no los habilita a declarar la invalidez de los actos administrativos cuando no existió una pretensión material de nulidad. Si así no fuera, bastaría que se planteara en cualquier litigio la aplicación de una norma de derecho público para que la justicia pudiera decidir más allá de las pretensiones o defensas articuladas por la Administración, y cuando las sentencias de primera instancia le fueran adversas, la apelación tendría que ser automática. Pero, así no son las cosas, porque cuando la Administración pública está en juicio como actora o como demandada, es una litigante más (35). En ello reside la garantía de igualdad

(35) Por eso consideramos que lo resuelto por la Corte Suprema en “Fallos” 332:73, al establecer —por mayoría y modificando lo sostenido en “Fallos” 313:228 y 228— que el vencimiento del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549 puede ser declarado de oficio por el Tribunal para no admitir la demanda, con lo cual le confirió el carácter imperativo de una norma de orden público, no reviste verdaderamente ese carácter, porque vulnera el principio de bilateralidad propia de nuestro sistema procesal, que sí es de orden público por su función estructural. Corroboración lo expuesto el absurdo que significa que el juez no pueda declarar de oficio la prescripción en una

y de defensa en juicio y la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, que constituye *un valor superior a la legalidad administrativa*.

XI. A modo de epílogo

Como lo anticipé al comenzar esta comunicación, no he pretendido definir el orden público. Tal propósito, más que un acto de arrogancia, hubiese sido una necesidad, pues de los conceptos jurídicos indeterminados que existen en el derecho el orden público es, sin duda, el que presenta mayor grado de indeterminación, sobre todo, mayores diferencias en los supuestos donde se aplica.

Esta circunstancia ha sido, precisamente, lo que me despertó el interés por indagar su razón de ser en nuestro ordenamiento jurídico. No me conforma la tesis de que el orden público es una decisión legislativa que torna imperativas las normas dentro de un sistema de derecho dispositivo. El método exegético ha sido abandonado por la doctrina hace ya mucho tiempo.

Para ello me ocupé de analizar la mayoría de las definiciones que estuvieron a mi alcance y pasarlas por el banco de pruebas de las normas de orden público. Pude así comprobar que ninguna definición se eximía de ser incompatible con alguno de los supuestos en que la ley establece tener ese carácter.

Paralelamente, tomé como una realidad, sostenida por la doctrina y por la jurisprudencia, que la sola declaración de orden público hecha por una ley no la convierte válidamente en imperativa y que la justicia puede revisarla cuando lesiona un derecho de mayor jerarquía.

Si pretender definir lo indefinible es necesidad, conformarse con afirmaciones dogmáticas frente a tantas inconsistencias entre las declaraciones de orden público y su contenido, lo sería en grado mucho mayor aún.

De ahí la razón de ser de mis reflexiones, que podrán o no compartirse, pero pienso que de alguna manera contribuirán a desarrollar una idea de mayor sustento a la hora de cuestionar judicialmente una norma declarada de orden público por el legislador, cuando viola derechos o garantías constitucionales. ♦

demanda contra la Nación, y lo pueda hacer con la caducidad, que no es otra cosa que una prescripción breve, establecida por normas procesales.

CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE “MUERTE DIGNA” (LUEGO DEL FALLO DE LA CSJN EN EL CASO “MARCELO DIEZ”)

POR SIRO M. A. DE MARTINI (*)

Tradicionalmente, la dignidad humana ha sido entendida como la expresión de la excelencia o valor exclusivo, único e inconmensurable del ser humano. Como algo propio de su esencia o naturaleza. Así concebida, es lógico afirmar que no admite grados. Ninguna persona es más o menos digna. Por supuesto que esta fuente de la dignidad del hombre está fuertemente reforzada para quienes, por la fe, sabemos que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios y luego redimido y elevado a la vida sobrenatural como consecuencia de la Encarnación del Hijo de Dios. Pero ciertamente no hace falta tener fe para concebir una misma dignidad en todo ser humano y a lo largo de toda su existencia.

Ahora, si la dignidad es algo inherente al ser humano, parece evidente que su vinculación primera es con la vida y no con la muerte. Es la vida humana la que puede ser calificada de “digna”, y como esta dignidad permanece inalterable porque dice relación al ser, la muerte del hombre debe ser también manifestación de esta excelsa dignidad como debe serlo cada uno de los momentos de su existencia.

Sin embargo, en los tiempos modernos —entre filósofos, juristas y gente del común— se ha abierto camino una concepción del hombre que hace residir su dignidad en su autonomía personal (1). Y, en algunos casos, en

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 22 de octubre de 2015.

(1) No es, por cierto, que la autonomía en cuanto capacidad de autodeterminarse, de elegir y seguir libremente el bien que la recta razón nos indica, no deba ser considerada otra fuente de dignidad humana. En efecto, además del primer y radical fundamento de nuestra dignidad que arraiga en la excelencia de nuestro ser, hay un segundo fundamento vinculado con la excelencia de nuestras facultades y de las operaciones que de ellas pueden seguirse (como ocurre con nuestro desarrollo intelectual o la posibilidad de actuar libremente o de vincularnos con los demás). Pero esta segunda fuente de la

su exacerbación. Esto es, en la posibilidad de darse sus propias reglas, en ser dueño de su vida según sus propios gustos y valores. Y el Derecho, en el mundo occidental y en nuestro país, en especial en estos últimos años, ha seguido el camino de entronizar como norma esta concepción de la autonomía personal.

Ahora, ¿qué ocurre cuando esta concepción de la dignidad se encuentra con el tabú irremediable de la muerte? La muerte, como todos sabemos, es la única cosa cierta en esta vida. No hay otra certeza absoluta fuera de que nos vamos a morir. Pero a esta certeza la rodean tres incertidumbres: cuándo y cómo me voy a morir, y qué hay luego de la muerte. La respuesta a esta última incertidumbre depende totalmente de la fe que cada uno tenga. Pero las dos primeras, el cómo y el cuándo, son fuente de ansiedad y angustia. Entonces surge la apelación a la dignidad entendida como autonomía personal. Si no puedo evitar la muerte, al menos la puedo encarar con mis propias reglas y, así como soy dueño de mi vida, así también seré dueño de mi muerte. Esto es, ante la inminencia de la muerte seré yo quien decida el cómo y el cuándo (2).

A la legitimación de esta posibilidad de decisión sobre el fin de la propia vida es a lo que en el mundo occidental suele llamarse “muerte digna”. Por ejemplo, uno de los primeros lugares en los que se legalizó el suicidio asistido (3) fue el Estado de Oregon, en EEUU. La ley lleva por nombre “Death with dignity Act” (4). La Federación Mundial de Sociedades por el Derecho a Morir Dignamente está integrada por 47 organizaciones de 26 países que promueven la eutanasia (5).

dignidad humana tiene características distintas de la mencionada en primer término: por lo pronto, no todos la poseen en acto (personas antes de nacer y en los primeros tiempos de vida, personas con discapacidades mentales severas o en estado de coma, etc.), ni la poseen en el mismo grado. Por fin, esta segunda fuente de dignidad tiene límites intrínsecos y debe siempre subordinarse a la fuente primera, es decir, la libertad del hombre debe ser respetuosa de su ser.

(2) Véase SGRECCIA, Elio: “Manual de Bioética”, BAC, Madrid, T I, 2009, p. 853/860.

(3) Sobre los diversos modos de eutanasia y el suicidio asistido LAFFERRIERE, Jorge N.: “La eutanasia y la justicia en el final de la vida”, en Julio César Rivera (h) y otros: “Tratado de los Derechos Constitucionales”, AbeledoPerrot, TI, 2014, p. 834/843.

(4) El mismo nombre recibe en el estado de Washington.

(5) En su página web expresa que “La Federación defiende que los individuos deben tener derecho a tomar sus propias decisiones sobre la forma y el momento adecuado de su propia muerte”. En www.dmd.org.co/dmdweb2015/.../federacion-mundial-de-sociedades-por-dm.

Podríamos decir entonces, que en general se entiende por “muerte digna” el reconocimiento moral, social y/o legal de la autonomía personal respecto de la propia muerte.

Utilizada e interpretada de aquel modo, entonces, la noción de “muerte digna” parece una manifestación más de lo que se ha denominado “cultura de la muerte”. Vale decir, en palabras de Gonzalo Miranda, “de una mentalidad —plasmada en una serie de realidades sociales— que, habiendo perdido de vista el valor intangible de toda vida humana, la ve como un bien relativo y disponible para la libertad del individuo, de modo que considera la muerte como la solución mejor ante ciertos problemas y la opción por ella un derecho que la ley ha de reconocer al individuo” (6).

Con esta carga ideológica llegó la locución “muerte digna” a nuestro país (7).

¿Qué camino siguió Argentina? En el año 2009 se sancionó la ley 26.529 llamada de “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”.

En su artículo 2º, inciso e), bajo el título de “Autonomía de la Voluntad”, la ley establece: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”.

En una norma de gran importancia, el art. 11, al tratar sobre las directivas anticipadas, dispone que las directivas “que impliquen desarrollar prác-

(6) MIRANDA, Gonzalo: “Cultura de la muerte: análisis de un concepto y de un drama”, en Pontificia Academia para la Vida (Director Ramón Lucas Lucas): “Comentario interdisciplinar a la *Evangelium vitae*”. BAC, Madrid, 1996, p. 241.

(7) Cuando el Congreso sancionó la ley 26.742, llamada “Ley de Muerte Digna”, el diario *Clarín*, por ejemplo, tituló: “Argentina se suma a una pequeña lista de países que permiten la muerte digna”. La elección del verbo ya puede llamarnos la atención: permitir. Si se permite es porque antes no se podía hacer. Es decir, hubo una conciencia —o se buscó generar una conciencia— de que se estaba ante algo nuevo, que las personas enfermas tenían ahora nuevos derechos con relación a su muerte. Pero aún más llamativo es el resto del título y consiguiente contenido del artículo: Argentina se sumaba, de este modo, a una pequeña lista de países. El diario los enumera: Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, tres estados de EEUU... Es decir, los lugares del mundo en que está legalizada la eutanasia o el suicidio asistido. El hecho es particularmente notable porque la Ley de Derechos del Paciente prohíbe expresamente la eutanasia, lo que ha sido confirmado por nuestra Corte Suprema, en el caso Diez, de un modo que no puede dejar lugar a dudas.

ticas eutanásicas... se tendrán como inexistentes”. En su interpretación de los derechos del paciente la Corte Suprema dijo que “no fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, expresamente vedadas en el artículo 11 del precepto, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la “abstención” terapéutica ante la solicitud del paciente (caso M.A.D., considerando 13). Con lo cual se fija todo un criterio interpretativo de cualquier posible aplicación que se quiera hacer del texto relativo a los derechos del paciente (incluido su derecho a una “muerte digna”): si la aceptación o rechazo de cualquier terapia o procedimiento médico o biológico o el retiro de medidas de soporte vital, sea cual fuere la situación del paciente, puede considerarse eutanásica, entonces está prohibida y no debe ser aceptada o cumplida por el médico.

En el año 2012 se sanciona la ley 26.742 que modifica la anterior, mediante el agregado de nuevos textos a los ya establecidos. Es por el siguiente agregado que se le ha dado a la ley el nombre de “muerte digna”: “En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

El primer supuesto contemplado por la ley es el conocido como encarnizamiento terapéutico (8). Relativamente sencillo de comprender en el plano de los conceptos puede ser, sin embargo, sumamente complejo en su discernimiento práctico y, en particular, a la hora de tomar decisiones en las que está en juego la propia vida o, más comúnmente, la de algún ser querido. Se trata, como la misma ley indica, de situaciones en las que se intenta u ofrece “someter al paciente terminal a tratamientos dolorosos, invasivos, fastidiosos, muchas veces con importantes costos económicos, que no tienen efecto curativo, de modo tal que por esa vía se prolongue por medios artificiales y desproporcionados su vida (9)”.

(8) Sobre el concepto de encarnizamiento terapéutico y la distinción entre medios desproporcionados y extraordinarios, ver CALIPARI, M.: “Curarse y hacerse curar”, EDUCA, Buenos Aires, 2008.

(9) VÁZQUEZ, Ezequiel: “Cuestiones jurídicas”, en AAVV: “Dignidad en el morir”. Grupo Uno, Bs.As., 2014, p.25.

Desde el punto de vista moral, el tema ha sido ampliamente estudiado por el magisterio de la Iglesia Católica. Así, en la encíclica *Evangelium Vitae*, Juan Pablo II escribía que de la eutanasia “debe distinguirse la decisión de renunciar al llamado “ensañamiento terapéutico”, o sea, ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé inminente e inevitable, se puede en conciencia “renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares. Ciertamente —continúa el documento— existe la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero esta obligación se debe valorar según las situaciones concretas; es decir, hay que examinar si los medios terapéuticos a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejoría. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte” (10).

En rigor, normalmente tendrían que ser los propios médicos quienes deberían abstenerse de utilizar —y aun de proponer— medios que suponen un encarnizamiento terapéutico y que, en muchos casos, podrían considerarse supuestos de mala praxis profesional. Pero, como puntualiza Elena Lugo, hay una realidad cultural que dificulta las decisiones al final de la vida: por un lado, la existencia de una compleja tecnología, capaz de sostener y extender las funciones de los órganos del cuerpo humano; por el otro, la negación de la muerte y su consiguiente consideración como un fracaso de la medicina. Es posible, entonces, que ya por temor a juicios por mala praxis (que en este caso serían objetivamente infundados), ya por tratar de satisfacer expectativas poco realistas de la familia del paciente, el médico incurra en un uso desproporcionado de las técnicas a su alcance (11).

Al describir el estado del paciente enfrentado con la posibilidad del encarnizamiento terapéutico, la ley dice “que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal”. La utilización de la conjunción disyuntiva “o”, en tanto denota alternativa entre diversas situaciones, en lugar de una más razonable “y”, puede llevar a interrogarse acerca de cuantas situaciones prevé la norma. Porque es evidente que hay enfermedades incurables e irreversibles y que, sin embargo, no ponen al paciente ante una situación de muerte inminente.

(10) N° 65.

(11) LUGO, Elena: “Introducción a la Bioética Clínica”, Ágape, Bs. As., 2010, p. 241.

Al discutirse esta cuestión en el Senado, el miembro informante senador Cano, dijo que “en cuanto a la redacción, obviamente una enfermedad incurable es una enfermedad irreversible. Es decir, —agregó— en realidad las tres características que establece la ley con la “o” forman una unidad”. Unidad, diríamos, que —más allá de la deficiencia gramatical— puede argumentarse a partir del final del texto en el que se hace referencia a “ese estadio terminal irreversible o incurable” (12).

Debemos ahora detenernos en el segundo párrafo del agregado hecho por la ley de “muerte digna” al artículo 2°, inc. e de la ley 26.529. Allí se establece: “También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

El texto suscitó desde un comienzo (y aun antes, durante el debate parlamentario) una serie de graves interrogantes, algunos de los cuales fueron tratados por la Corte Suprema en el caso “Marcelo Diez”.

¿Son la alimentación y la hidratación procedimientos médicos, medidas de soporte vital, o se trata de cuidados ordinarios que hay que brindarle a cualquier ser humano (enfermo o no)? ¿Se los puede considerar, en algún caso, desproporcionados o extraordinarios? ¿Puede afirmarse que, en algunos casos, el único efecto que producen es la prolongación en el tiempo de una enfermedad terminal? ¿Podría considerarse su rechazo por parte del paciente un caso de suicidio? ¿Constituye su retiro o suspensión un acto eutanásico o de suicidio asistido?

Comencemos entonces con el caso Marcelo Diez.

En 1994, Marcelo Diez, quien entonces tenía 30 años de edad, sufrió en Neuquén un accidente automovilístico y quedó —durante veinte años— en un estado que fue calificado por los médicos locales como vegetativo permanente y que, al final del proceso, el Cuerpo Médico Forense, consideró un estado de conciencia mínima, *variante minus*.

Los cuidados que recibía eran hidratación y alimentación enteral, y el confort indispensable para una vida digna (higiene, paseos diarios). No estaba conectado a ningún medio tecnológico artificial. Residía en LUNCEC (Lucha Neuquina contra el Cáncer) y su cuidado no implicaba gasto algu-

(12) Así lo hizo en el debate parlamentario la senadora Fellner (Sesión del 9/5/12). El decreto reglamentario de la ley 26.529 opta por la corrección gramatical: “cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación” (el destacado es mío).

no para su familia. Una vez muertos sus padres, sus hermanas solicitaron que se suprimiera la hidratación y la alimentación. Ante la negativa de los médicos, recurrieron a la Justicia. En primera y segunda instancia el pedido fue rechazado. El Tribunal Superior de Justicia provincial dejó sin efecto esta sentencia por considerar que la petición se encontraba comprendida en la Ley de Derechos del Paciente y no hacía falta autorización judicial alguna. Interpuesto el recurso extraordinario la Corte Nacional, con fecha 7 de julio de 2015, confirmó la sentencia apelada con la aclaración de que “corresponde admitir la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en las condiciones establecidas por la ley 26.529”. Es decir que la Corte autorizó expresamente que se suprimiera la hidratación y la alimentación enteral.

Pocas horas después de conocido el fallo, Marcelo Diez fallecía como consecuencia de una neumonía de la cual estaba siendo tratado.

El razonamiento que siguió la Corte en orden a la interpretación y sentido que debía darse a la Ley de Muerte Digna en cuanto a la hidratación y la alimentación fue aproximadamente el siguiente: a) partió de un dato de los informes del Cuerpo Médico Forense y del Instituto de Neurociencias de la Fundación Falavero relativo a la probabilidad de reversibilidad del estado clínico de Diez: el primero dijo que la “probabilidad estadística es extremadamente baja”; el segundo, que las posibilidades de recuperación son excepcionales” (consid. 10); b) siguió luego con la conclusión de que Marcelo Diez “ha sufrido lesiones que lo colocan en un estado irreversible e incurable” por lo que su caso resulta encuadrado dentro de la Ley de Derechos del Paciente; c) introdujo luego el argumento de autoridad de que, “en el marco de una situación como la que se encuentra M.A.D. existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que la hidratación y la alimentación, en tanto brindan al paciente soporte vital, constituyen en sí mismos una forma de tratamiento médico, otro tanto ocurre en el campo de la jurisprudencia comparada (consid. 16 y 17, respectivamente); d) vienen luego variadas advertencias, para “evitar cualquier equívoco”, relativas a que se trata de “una persona en sentido pleno”, digna, que no debe ser tratada utilitariamente, que no se trata de discriminar “entre vidas dignas e indignas de ser vividas”, todo lo cual lleva a la afirmación de que “lo que este pronunciamiento procura es garantizar el máximo respeto a su autonomía y asegurar que esta sea respetada” (consid. 24 y 25); e) el resto de los argumentos apuntan a esta compleja cuestión de la autonomía personal y el modo de respetarla en un paciente que llevaba más de 20 años sin poder expresar su voluntad, lo cual trataré más adelante.

Como se ve, la Corte no menciona siquiera los principales problemas jurídicos y morales que estaban en juego. Su razonamiento se agota en considerar que, en razón de su estado clínico, el caso de Marcelo Diez

estaba comprendido por la ley de muerte digna, y que la hidratación y la alimentación son tratamientos médicos, lo cual, implícitamente, implica decir que no se trata de cuidados normales. Más allá de que es esta última una cuestión ampliamente discutida en el campo de la medicina y en el de la filosofía moral (13), faltaba hacerse cargo de la más importante de las cuestiones: suprimir la hidratación y la alimentación de una persona es provocarle intencionalmente la muerte.

Por otra parte, ¿podía considerarse a Marcelo Diez comprendido dentro de las previsiones legales? Nuestro Tribunal Supremo, sin justificar su decisión, optó por la única interpretación del texto legal carente de razonabilidad, esto es, considerar que para rechazar la hidratación y la alimentación basta con que el paciente se encuentre en un estado irreversible e incurable aunque este estado no sea terminal. En efecto, ante la deficiente redacción del artículo en su comienzo caben dos únicas posibilidades: considerar que tanto el rechazo del encarnizamiento terapéutico como el de la alimentación e hidratación requieren la existencia de un estado terminal, o considerar que sólo el rechazo de la hidratación y la alimentación requieren un estado terminal incurable e irreversible. Porque en este caso, la exigencia inequívoca del estadio terminal surge de la letra de la ley.

De lo que se sigue que la posibilidad de que el paciente no se encuentre en un estadio terminal de su dolencia, podría argumentarse sólo para un supuesto de empleo de procedimientos o tratamientos médicos o de medidas de soporte vital que sean extraordinarios o desproporcionados. Lo que no ocurre nunca con la hidratación y la alimentación (14), salvo algunos casos que pueden presentarse en los estadios terminales de algunas enfermedades y ya ante la proximidad de la muerte. Es decir, que la Corte ha actuado fuera de las previsiones de la ley.

Por fin, la ley habla de “rechazar”, no de suprimir la alimentación e hidratación, como se trataba en este caso. La diferencia no es poca porque para “suprimir” siempre hace falta la intervención de un tercero. Diré algo más sobre esto a propósito de la cuestión de la autonomía personal.

(13) Distintos aspectos y puntos de vista en CRAIG, Gillian M.: “On withholding artificial hydration and nutrition from terminally ill sedated patients. The debate continues”. En “Journal of Medical Ethics”, 1996; 22: 147-153; y PRAT, Enrique H.: “Decisiones prudenciales ante enfermedades terminales. El caso de la hidratación y alimentación artificial”. Jornada de Bioética, Pamplona, 23 de mayo de 2009. En www.unav.es/cdb/pratl.pdf

(14) Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A.: “Disquisiciones en torno a lo que se entiende por muerte digna”, en *Anales de la Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, segunda época, año LVIII, N° 51, 2013, p. 314/15.

Más allá de lo que la Corte ha dicho (o ha resuelto sin fundamentar), permanece la cuestión más relevante de la Ley de Muerte Digna argentina: cuál es el significado, alcance y recta interpretación del párrafo relativo a la potestad de “rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

Conviene comenzar por el final.

Las enfermedades irreversibles e incurables son enfermedades crónicas no transmisibles. La OMS las define como enfermedades de larga duración y que por lo general evolucionan lentamente. Los cuatro tipos principales de enfermedades no transmisibles más frecuentes son las enfermedades cardiovasculares (accidentes cerebrovasculares y ataques cardíacos); el cáncer; las enfermedades respiratorias crónicas (enfermedad pulmonar obstructiva crónica y el asma); y la diabetes. En los países de ingresos bajos y medios cerca del 75% de las muertes son causadas por estas enfermedades (15).

El concepto de “estadio terminal”, por su parte, se desarrolló en el siglo pasado para hacer referencia a los enfermos de cáncer cuando se encuentran en la fase final de la enfermedad. Sin embargo, en la última década, se han incorporado algunas enfermedades no oncológicas en su etapa avanzada (enfermedad pulmonar; insuficiencia cardíaca; enfermedad hepática: cirrosis hepática; enfermedad renal crónica avanzada; demencias y enfermedades cerebrovasculares). La Sociedad Española de Cuidados Paliativos caracteriza el estadio terminal por los siguientes elementos: a) presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; b) falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; c) presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; d) gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte y e) pronóstico de vida inferior a 6 meses. Este breve plazo de expectativa de vida se repite en otros documentos y legislaciones (16).

Por su relevancia para el caso Diez, hay que decir que una persona en estado vegetativo mantiene sus funciones cardiovasculares, respiratorias, renales, termorreguladoras y endocrinas, así como la alternancia sueño-

(15) OMS: [en línea], disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs355/es/> [consulta: 04 de octubre de 2015].

(16) En www.secpal.com. Por ejemplo, la legislación de Seguridad Social del Reino Unido incluye esta característica de que la muerte, como consecuencia de la enfermedad, pueda razonablemente ser esperada dentro de los seis meses. La American Cancer Society habla de un “near future”.

vigilia, pero no muestra ningún tipo de contacto con el medio externo y ninguna actividad voluntaria. El adjetivo persistente añade una connotación temporal que lo diferencia de estados vegetativos transitorios. En general, se acepta que un mes es el tiempo requerido para que un estado vegetativo se considere persistente. Si el estado continúa luego de transcurrido un período de tiempo que, según las patologías oscila entre tres meses y un año, se lo califica de “permanente” (17) lo que no supone, por tanto, un diagnóstico distinto.

En cambio, el estado de mínima conciencia se ha definido como la “condición neurológica en que existe grave compromiso de conciencia, sin embargo, se observan claras y reproducibles evidencias de conciencia de sí mismo o de su entorno”. Entre los posibles indicadores de este estado se encuentran: “... Actos con propósito en relación a un estímulo de ambiente y no meramente reflejo” (18). En el caso de Marcelo Diez había testimonios como el del Obispo de Neuquén quien, en un comunicado explicaba: “Sus reacciones se leen en su rostro, que se ilumina al escuchar música, o que manifiesta cansancio cuando algo lo aturde” (19). Terminemos puntualizando que los estados vegetativo y de mínima conciencia no son enfermedades sino discapacidades severas.

Es con relación a estos estados (a propósito de los cuales muy probablemente se planteen otros casos de “muerte digna”), donde mayor influencia parecen tener sobre las posturas y decisiones las concepciones antropológicas de médicos, filósofos y juristas. Un buen ejemplo de esto es, en el caso Diez, el fundamento del dictamen de la Procuradora General. La Procuradora se hace eco de la opinión del Comité de Bioética del INCUCAI en el sentido de que “la hidratación y la nutrición es un tratamiento ordinario proporcionado para cualquier circunstancia médica que no sea absolutamente irreversible, como en este caso, donde se transforma en extraordinario y desproporcionado. La desproporcionalidad se evidencia en el empeñamiento de sostener con vida sólo a un cuerpo, aún a costa de la persona moral competente que [M.AD] fue”. De ello, deducirá la fun-

(17) GRAU VECIANA, J.M.: “Estado vegetativo persistente. Aspectos clínicos” en Medicina Intensiva, “Revista de la Sociedad Española de Medicina Intensiva”, Vol 28. Núm 3. Marzo 2004.

(18) VOLARIC, Catherine y MELLADO, Patricio: “Estado de Mínima Conciencia” en “Cuadernos de Neurología”, Universidad Católica de Chile, Vol. XXVIII, 2004. Otros posibles indicadores son: 1) Obedece comandos simples; 2) Respuesta afirmativa o negativa (gestual o verbal); 3) Verbalización inteligible.

(19) “El derecho a una asistencia básica”. Comunicado del Obispado de Neuquén (15 de agosto de 2012).

cionaria que “las normas buscan tutelar el derecho a la vida no como un mero hecho biológico, sino también como un conjunto de atribuciones que convierten en soberano a su titular” (20). Se trata, como se ve, de una mirada reduccionista de la vida humana y de su dignidad dentro de la cual, la pérdida de la conciencia y de la consiguiente capacidad de autodeterminarse y relacionarse con los demás, implica la pérdida del ser persona. Lo que queda, entonces, en el ser humano en estado vegetativo, es un mero hecho biológico que no merece ser mantenido con vida.

Del otro lado, la Corte ha remarcado que “no está en discusión que M.A.D. es una persona en sentido pleno que debe ser tutelada en sus derechos fundamentales, sin discriminación alguna”, cuya dignidad radica en el “simple hecho de ser humano”. De allí que resulta inadmisibles —sostiene también el alto tribunal— discriminar entre vidas “dignas e indignas de ser vividas”, ni tampoco puede ser admitido que, con base en la severidad o profundidad de una patología física o mental, “se restrinja el derecho a la vida” (21).

Esta concepción ontológica de la dignidad humana —que sin dudas será un importante criterio para el análisis de futuras cuestiones jurídicas— se ve disminuida (y hasta tergiversada) en el caso concreto por la contradictoria introducción de una visión relativista y subjetivista de la dignidad humana (22) que le permitirá a la Corte ubicar la autonomía personal como norma suprema del orden jurídico, al punto de convalidar una presunta decisión de Marcelo Diez sobre su propia muerte.

Si pasamos ahora al centro del tema, no tendría que hacer falta decir que el agua y el alimento son imprescindibles para la vida del ser humano. Cumplen con un fin fisiológico fundamental y son, por tanto, medios que

(20) Puntos IV y X.

(21) Consid. 24 y 25.

(22) La frase a la que me refiero es esta: “su modo personal de concebir para sí, antes de caer en este estado de inconsciencia permanente e irreversible, su personal e intransferible idea de dignidad humana” (consid. 22). Es evidente que si llamamos dignidad humana a la concepción que cada cual tiene de ella, el concepto de dignidad humana queda vaciado de contenido y se transforma en una cáscara vacía que puede llevar dentro y justificar cualquier cosa que a cada cual se le ocurra. Es extraño que el máximo tribunal no haya notado esta contradicción en su propio pensamiento y, la más grave contradicción aún, entre esta idea relativista e individualista de la dignidad, y los muchos documentos internacionales que hacen referencia a la “dignidad inherente al ser humano” en un sentido inequívocamente objetivo y universal (vgr. la Carta de las Naciones Unidas; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.).

nuestra misma naturaleza reclama. Son muchos los momentos de la vida, y muchas las razones, en los cuales la persona no puede proveerse por sí mismo alguno de estos medios. Es nuestra madre quien nos alimenta en los primeros nueve meses de nuestra vida; y quien esté a nuestro cargo luego de nacidos y por un tiempo aún más prolongado. Y si se trata de personas que han nacido o sufren luego alguna discapacidad severa esta necesidad del otro para ser alimentados e hidratados puede extenderse por muchos años o, quizás, por toda la vida. También tenemos esta experiencia de ser hidratados por otro cuando estamos convalecientes luego de ciertas intervenciones quirúrgicas.

¿Existe alguna diferencia esencial entre estas experiencias de la necesidad de ayuda para recibir agua y alimento, y la “hidratación y alimentación” en el caso de una persona que se encuentre en un “estadio terminal irreversible o incurable”, como dice la ley? Las diferencias básicas son el empleo de ciertos medios artificiales, es decir, creados por el hombre, y que el paciente se encuentra próximo a la muerte como consecuencia de una enfermedad. La proximidad de la muerte no modifica, en principio, el carácter natural, proporcionado y ordinario de dar agua y alimento al paciente. Porque estos cumplen la misma finalidad que han venido cumpliendo a lo largo de la vida. ¿Lo modifica el empleo de medios artificiales (hidratación y alimentación enteral o parenteral)? Aquí tendríamos que plantearnos si la utilización de estos medios artificiales puede modificar la naturaleza del acto. Este consiste en proveer lo necesario para el cumplimiento de un fin fisiológico ordinario. La intervención de un médico y la utilización de una sonda, ¿transforman la nutrición y la hidratación que han mantenido vivo a ese organismo hasta ese momento en un “tratamiento médico” como dice la Corte? Un tratamiento médico es un proceso que se lleva adelante para alcanzar la curación o el alivio de las enfermedades o los síntomas que una dolencia provoca. No es por cierto ninguna de estas la finalidad de hidratar y alimentar. En rigor, sólo podría considerárselos “tratamientos médicos” en caso de una persona deshidratada o desnutrida.

Todo esto no obstante, uno no puede dejar de plantearse si no estamos frente a una discusión sobre las palabras y no sobre las cosas. Porque, ¿cambia en algo la función del alimento y la bebida en su finalidad fisiológica porque lo llamemos cuidado ordinario o tratamiento médico?

Mucho me temo que con estas cuestiones verbales lo único que se pretenda sea escamotear la verdad de que cuando a un enfermo le suprimimos la hidratación y la alimentación lo estamos matando deliberadamente. Porque no hay otro efecto que se pueda seguir de esa supresión.

¿Puede, en algún caso, considerarse que la hidratación o la alimentación son desproporcionados y, por tanto, perjudiciales para el organismo? La

respuesta es afirmativa aunque de alcances muy limitados: ocurre, a veces, que en la proximidad de la muerte, el organismo no puede ya metabolizar, procesar y disponer lo que incorpora por lo que, para bien del paciente y dado que entonces la hidratación y la alimentación no cumplen ya un fin fisiológico normal ni terapéutico, puede moralmente suprimírselas.

Queda una cuestión que no hemos introducido hasta ahora y es el requisito legal de que —en el contexto de un “estadio terminal irreversible o incurable”— la hidratación o alimentación produzcan “como único efecto” la prolongación en el tiempo de ese estado. No es fácil discernir el significado de estas palabras: “como único efecto”. Por lo pronto, la hidratación y la alimentación tienen como efecto propio, y si se quiere único, cumplir una finalidad fisiológica que permite la continuidad de la vida. Pero esto es así en cualquier momento de la existencia y con cualquier estado de salud. Tal es su efecto y no otro. No son una terapia y, por tanto, no curan. Lo que sí tiene un fin distinto y más elevado es la continuidad de la vida hasta el punto de su culminación natural. Por lo pronto se trata de permitir que cumpla su condición de ser un don, un bien indisponible para el hombre. Y luego ¿cómo saberlo? La posibilidad —que la ciencia no puede desmentir— de que en un estado de mínima conciencia e, incluso, en un estado vegetativo, haya una vida espiritual (en un sentido amplio del término) que la tecnología nunca podría captar. En este sentido, los “procedimientos de hidratación o alimentación”, al cumplir su función propia, tienen un efecto vinculado con el fin de la vida y su misterio y, por tanto, su efecto no es único sino que cumple la función de un medio para un fin. De lo que se sigue que cuando la hidratación y la alimentación no pueden cumplir su función propia, como señaláramos más arriba, tampoco están en condiciones de cumplir esa relación con la vida e incluso puede ocurrir que entorpezcan la llegada del fin de la vida de un modo digno. Quizás entonces podría decirse, con cierta impropiedad, que se agotan en un único e indeseado efecto.

El fundamento explícito de los derechos del paciente en materia de salud —lo cual incluye la muerte digna— es la autonomía de la voluntad. Autonomía sumamente compleja y difícil de alcanzar en esta materia. Médico y paciente están en la realidad en una situación de asimetría. El médico sabe y el paciente ignora. El médico está trabajando y el paciente está sufriendo, muchas veces atemorizado y en grado de altísima vulnerabilidad. La ley pone en sus manos resolver si acepta o no un tratamiento, si rechaza un acto médico por ser este desproporcionado con relación a sus posibilidades de mejoría, si rechaza incluso el ser hidratado y alimentado en la proximidad de la muerte y cuando estos medios ya no cumplen fin alguno. Pero para estar en condiciones de rechazar libremente todo lo que, dentro de los lí-

mites legales, puede considerar malo para sí mismo, el paciente tiene que saber. Y tiene que saber con anticipación.

Nuestra legislación (ley y CCyC) exige el cumplimiento de una serie de requisitos para que el paciente esté debidamente informado y pueda, sólo entonces, prestar un verdadero consentimiento. Por ejemplo: parece difícil que un paciente pueda lúcida y libremente, ante una situación concreta de futilidad de la alimentación o de la hidratación, rechazarla o pedir que la supriman. Normalmente será el médico quien le diga que estos medios ya no lo son, es decir, que no cumplen su fin específico. Y el paciente hará un acto de fe y de confianza en las palabras de su médico. Pero más comúnmente serán los familiares o personas cercanas al paciente quienes tomarán la decisión, en este o en otros casos complejos. Y lo harán en base a la información provista por el médico —a quien muchas veces pedirán consejo— y teniendo en cuenta lo que suponen es mejor para el enfermo. Con el riesgo natural de que confundan sus propios deseos, temores y sufrimientos con los del paciente. Todo esto ocurre habitualmente, y es razonable e inevitable que ocurra de ese modo. Pero ¿dónde queda, entonces, la autonomía del paciente?

En el caso Marcelo Diez la Corte insistió en que no debía confundirse la voluntad de las hermanas de Marcelo con la de éste ya que, “lo que la norma exclusivamente les permite es intervenir dando testimonio juramentado de la voluntad del paciente con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de este” (consid. 26). Es decir, que debía garantizarse la existencia de una real y verdadera autonomía de la voluntad de Marcelo Diez. El accidente había ocurrido veinte años atrás. ¿Podía haberse él imaginado una situación como la que le tocaría vivir? ¿Podía razonablemente haberse planteado algo atinente a su propia alimentación e hidratación? ¿Podía, como exige con razón la ley, tener toda la información relativa a los efectos y consecuencias de la supresión de aquellas para, en base a dicho conocimiento haber hecho una ponderada manifestación de voluntad?

Sus hermanas dijeron que la solicitud respondía a la voluntad de Marcelo; luego, una de las peticionantes manifestó que estaba “representando a su hermano, que ella sabe cuál era su voluntad”, por fin —en oportunidad de contestar los traslados del recurso extraordinario donde el tema de la falta de manifestación de la voluntad fue planteado enfáticamente— la misma persona dijo que estaban “cumpliendo la voluntad explícita manifestada por él, en vida a una de sus hermanas...” ¿Es esto una prueba de que Marcelo Diez había prestado su consentimiento debidamente informado para que, en caso de una enfermedad o un estado irreversible e incurable (pero no terminal), le suprimieran la hidratación y la alimentación y, como conse-

cuencia de ello, muriera? ¿Puede decirse seriamente que la Corte Suprema ha respetado la autonomía de su voluntad?

Como ha comentado Nicolás Lafferriere, “todo ello nos permite afirmar que pretender ubicar la autonomía de la voluntad como fundamento de esta decisión constituye un exceso que desvirtúa los criterios de fondo que deben regir la relación médico-paciente. En los casos de personas imposibilitadas de expresar su voluntad, queda en evidencia la necesidad de contar con criterios objetivos más allá de la autonomía y que refieren al interés superior de la persona” (23).

Lamentablemente, en éste y en otros muchos casos no tan excepcionales, la autonomía de la voluntad corre el riesgo de transformarse en una ficción e, incluso, en un recurso para justificar decisiones —buenas o malas— de médicos, familiares o jueces.

La Corte ha fundado la constitucionalidad de la presunta decisión de Marcelo Diez en orden a suprimir su propia hidratación y alimentación, en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Lo ha explicitado con el reiterado argumento de que esa norma “otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros” (consid. 19).

No me parece un fundamento razonable. En primer término porque la resolución de la Corte involucra necesariamente a un tercero —ya que es un médico quien debe suprimir la hidratación y la alimentación— y, sin dudas, afecta el orden y la moral pública porque la acción que se le ordena al médico tiene el necesario efecto de provocar la muerte del paciente; y pocas cosas o ninguna afectan tanto los valores mencionados como el que una persona mate a otra. Que se haga descansar toda la responsabilidad de la decisión en el mismo paciente, y que se lo llame rechazo de un tratamiento médico, en nada cambia su naturaleza, ni sus consecuencias: más allá de lo que haya dicho la Corte, es un caso de eutanasia pasiva (24).

(23) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás y PUCHETA, Leonardo L.: “El final de la vida y las paradojas del consentimiento por representación. Un comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso “M. A. D.”. En *El Derecho*, [264] - (08/09/2015, nro 13.807).

(24) Véase SAMBRIZZI, Eduardo A.: “La supresión de la alimentación e hidratación constituye un acto de eutanasia”, en *La Ley* del 15/7/15; también lo considera un caso de eutanasia pasiva GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: “Reafirmación de la autonomía de la persona y la vida digna”, artículo publicado en el mismo ejemplar de *La Ley*.

En segundo lugar, porque como demostrara Arturo Sampay en un recordado artículo (25), la distinción entre las acciones que están o pueden estar sometidas al juicio de los magistrados y aquellas que están “sólo reservadas a Dios”, implica un reconocimiento de Dios como legislador y juez supremo. Me parece que el olvido social y judicial de la soberanía divina no es razón suficiente para tergiversar el texto constitucional hasta el extremo de reemplazar a Dios por la voluntad libre del hombre. Nuestros constituyentes se limitaron a reconocer con sabiduría que en toda circunstancia la vida del hombre está regulada por alguna norma. Y cuando no lo está por la norma jurídica (y acá debería considerarse la vinculación de esta con la norma moral y, en última instancia con la ley eterna), su vida está regulada por la ley moral cuya fuente, según reconoce la Constitución Nacional, es Dios. Por supuesto que esto no implica negar la capacidad que tiene el hombre de autodeterminarse libremente, lo cual es un dato prejurídico que corresponde a la misma naturaleza humana.

En fin, piense lo que se piense sobre la existencia de la norma divina y, por tanto, objetiva y universal, lo cierto es que el texto constitucional de ningún modo permite concluir que el artículo 19 sea una fuente de legitimación de la autonomía personal en sentido de libertad ilimitada (26).

Tanto menos, por tanto, cuando lo que está en juego es el bien básico e indisponible de la propia vida. Hay que recordar que la vida no es sólo un altísimo bien, sino que es un bien jurídico protegido por la legislación. Así, el artículo 83 C.P. sanciona al que instiga o ayuda a una persona a suicidarse, lo cual implica reconocer el suicidio como algo ilícito.

Por último, no debe pasarse por alto la recomendación de la Corte en cuanto a la conveniencia de que las autoridades correspondientes elaboren protocolos para el planteo, por parte del personal sanitario, de la objeción de conciencia. En efecto, la previsión de la objeción de conciencia en una norma jurídica o en una resolución judicial, implica necesariamente el conocimiento y aceptación de que lo que se está ordenando es algo de naturaleza moral o religiosa; que es al menos discutible la bondad o legi-

(25) SAMPAY, Arturo Enrique: “La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional” en www.juridicas.unam.mx

(26) Hace notar Sampay (ídem, p. 8) el sentido profundo que tuvo la elección de la palabra “será” en lugar de “estará”, en la segunda frase del art. 19. “No “estará obligado” obligado —escribe el constitucionalista— parece expresar que cualquier acción permitida por el Estado es legítima y, en cambio, cuando expresa “no será obligado” significa que la autoridad no impondrá ninguna conducta al margen de lo dispuesto por la ley, pero el legislador no descarta que otras normas obliguen en esos casos a cumplir determinadas acciones”.

timidad de la orden; y que lo ordenado afecta a una parte importante de la población hasta el punto de que haya muchas personas dispuestas a no cumplir la norma. Todas estas notas, suficientes para aseverar que no estamos frente a un acto privado.

En el concepto médico, moral y jurídico de una muerte digna, tienen un lugar preponderante los cuidados paliativos. La legislación a la cual hemos venido refiriéndonos, reconoce explícitamente “el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento” (art. 5º, inc. h). Y antes, luego de referirse a las conductas que integran la noción de muerte digna, la ley establece que “la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente” (art. 2º, inc. e).

En una primera caracterización se puede decir que “el Cuidado Paliativo debe su nombre a la palabra paliar, que significa aliviar, mitigar, dar alivio temporáneo sin intención de cura. Es el cuidado activo de los pacientes cuyas enfermedades no responden al tratamiento curativo. Se realiza el control de los síntomas (dolor, vómitos, disnea) y se intenta reducir los problemas sociales, psicológicos (ansiedad, depresión, trastornos cognitivos) y existenciales (miedo a la muerte inminente, remordimientos, falta de esperanza, vida conflictiva). La familia está incluida en la unidad de tratamiento: los miembros no enfermos necesitan también asistencia para pasar la experiencia de tener un familiar enfermo y para manejar las emociones negativas que sufren. La filosofía de los Cuidados Paliativos es de alivio y confort: se ayuda al paciente a vivir sus últimos tiempos y a morir con el menor sufrimiento y con dignidad. El objetivo principal es posibilitar al paciente y a la familia la mejor calidad de vida posible por el mayor tiempo posible” (27).

Cristian Viaggio puntualiza los principios sobre los que se asienta esta rama de la medicina del siguiente modo (28):

- Proporcionan alivio del dolor y otros síntomas.
- Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal.

(27) “Oxford Textbook of Palliative Medicine”, Introduction, Second Edition, Edited by Derek Doyle, Geoffrey Hanks, and Neil MacDonald, October 1997, pp. 1-7, citado por VIAGGIO, Cristian en “Cuidados paliativos y Hospice: ética al final de la vida” en AAVV: “Dignidad en el morir”, Ed. Grupo Uno, Bs. As. 2014, p.46.

(28) VIAGGIO, C.: op.cit., p. 47.

- No intentan ni acelerar ni retrasar la muerte.
- Integran los aspectos espirituales y psicológicos del cuidado del paciente.
- Ofrecen un sistema de soporte para ayudar a los pacientes a vivir tan activamente como sea posible hasta la muerte.
- Ofrecen un sistema de soporte para ayudar a la familia a adaptarse durante la enfermedad del paciente y en el duelo.
- Utilizan una aproximación de equipo para responder a las necesidades de los pacientes y sus familias, incluyendo soporte emocional en el duelo, cuando esté indicado.
- Mejoran la calidad de vida y pueden también influenciar positivamente en el curso de la enfermedad.

Sin menospreciar la importancia que tiene el negarse a sufrir tratamientos médicos desproporcionados o extraordinarios como los del llamado encarnizamiento terapéutico, parece evidente que es en el desarrollo de los cuidados paliativos y de las instituciones Hospice (29) donde el hombre encontrará la posibilidad de llegar a la muerte con la dignidad propia de su naturaleza.

Conclusiones

1. A nivel mundial o, al menos, occidental, la locución “muerte digna” aparece íntimamente vinculada a la eutanasia y al suicidio asistido. Su

(29) VIAGGIO, Cristian, op. cit., p.48/9: “La modalidad de atención Hospice se desarrolla de la siguiente forma: Ambulatoria: asistencia del paciente y la familia en consultorio y cuando el paciente no puede deambular, se lo seguirá en su domicilio, acompañándolo para que fallezca en su hogar junto a sus seres queridos. Hogar: lugar físico donde se alojan los pacientes para brindarles los cuidados paliativos. Dichos pacientes generalmente no cuentan con un grupo familiar para ser atendidos o no disponen de recursos. También se realizan alojamientos transitorios de pacientes cuyas familias han claudicado en el cuidado por diversas causas. El Hospice es un modelo que complementa la asistencia que la red de salud ofrece, integrando al cuidado, las necesidades emocionales, espirituales, intelectuales y sociales del paciente y la familia. El Cuidado de “Tipo Hospice” es llevado a cabo por un equipo integrado por voluntarios y profesionales de diversas áreas, que atienden las distintas dimensiones de la persona, brindando acompañamiento y cuidados competentes y compasivos, nacidos desde el amor y la caridad”. Véase también, del mismo autor: “Solidaridad en el final de la vida”. Edición del autor, Luján, 2015.

fundamento suele ser la autonomía personal entendida como fuente del derecho a decidir el cuándo y el cómo de la propia muerte.

2. La prohibición legal de la eutanasia, destacada por la Corte Suprema en el caso Marcelo Díez, debe considerarse no sólo un límite sino el principal criterio de interpretación del concepto jurídico de “muerte digna” en Argentina.

3. El concepto jurídico de “muerte digna” en nuestro país incluye, como requisito relativo al estado de salud de la persona, que ésta se encuentre en el estadio terminal de una enfermedad irreversible e incurable o haya sufrido una lesión que la coloque en la misma situación.

4. Encontrándose en ese estado, el paciente puede lícitamente rechazar procedimientos quirúrgicos o de reanimación artificial o solicitar el retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado (encarnizamiento terapéutico).

5. La posibilidad de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación tiene como principal exigencia que estos no puedan cumplir su finalidad fisiológica propia. Aun cuando a estos cuidados ordinarios se los calificara de tratamientos médicos, en nada cambiaría la exigencia: la supresión o rechazo de la hidratación y alimentación cuando estas cumplen su fin fisiológico normal implica necesariamente la muerte deliberada del paciente, lo que constituye un acto de eutanasia. Como además, en este supuesto no puede calificárselas de desproporcionadas o extraordinarias, no podrían ser consideradas encarnizamiento terapéutico.

6. Salvo las excepciones previstas por la ley, el único que puede rechazar los procedimientos mencionados en los dos puntos anteriores es el propio paciente debidamente informado del modo que lo establece la ley y el CCyC. Es probable que este requisito de lugar a manifestaciones de voluntad o consentimientos fictos.

7. Salvo los casos extremos tratados anteriormente, la dignidad en el morir descansa fundamentalmente en los cuidados paliativos entendidos en un sentido integral. ♦

LA TERAPIA GÉNICA, LA CLONACIÓN Y “LAS PRÁCTICAS PROHIBIDAS” EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (ARTÍCULO 57)

POR JOSÉ W. TOBIÁS (*)

I. Precisiones preliminares. En una noción inicial, puede decirse que la terapia génica es una rama de la medicina relativamente reciente, que consiste en la modificación genética de las células de un paciente con la finalidad de prevenir o corregir una situación patológica causada por la presencia de un “gen defectuoso”. Fue concebida inicialmente como criterio terapéutico para corregir enfermedades hereditarias debido a la presencia de un gen “cambiado” o “alterado” que puede modificar las funciones celulares de diversos modos. La terapia básica consiste en restaurar las funciones génicas normales introduciendo en el genoma de las células del organismo enfermo una copia del gen que funcione correctamente (1).

Las investigaciones experimentales de aplicación de esta terapia en las diversas áreas biomédicas han ampliado el significado original del término abarcando otras estrategias diferentes, como las dirigidas a determinar y diagnosticar alteraciones genéticas de las células (2) o de establecer la influencia de las diferencias genéticas de los individuos y la consiguiente variabilidad de la reacción ante los fármacos; posibilitando predecir la dosis y el período de administración óptimos (farmacogenética) o el estudio del genoma humano con el fin de desarrollar nuevos medicamentos, facilitando la identificación de nuevas alternativas terapéuticas (farmacogenómica) (3).

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 12 de noviembre de 2015.

(1) FERRARI, Simona y ROMEO, Giovanni, “La terapia génica” en “Trattato di Biodiritto” diretto da Stefano Rodotà y Paolo Zatti, “Il Governo del Corpo”, Tomo I, Giuffrè, p. 497.

(2) Ídem.

(3) ROMEO CASABONA, Carlos M., “Genética y derecho”, Astrea, p. 113.

Desde el aspecto técnico, como se dijo, la terapia básica se sustenta en utilizar vectores que posibiliten la inserción de un gen exógeno en las células seleccionadas; ello es posible no sólo cuando se ha identificado el gen alterado, sino cuando se han identificado los mecanismos que regulan la función del gen. Pero en otras situaciones, se intenta lo contrario: no suplir la función de un gen sino inhibir el funcionamiento de aquellos que contribuyen al desarrollo de la enfermedad (por ejemplo, los oncogenes que influyen en el cáncer).

Son identificables dos tipos de terapia génica: la llamada terapia germinal con la aptitud de influir en la transmisión del patrimonio genético a las sucesivas generaciones. La intervención se dirige a las células reproductivas (espermatozoides y óvulos) y a los primeros estadios del embrión cuando las células todavía no se han diferenciado (en donde la alteración de los genes de esas células tiene como efecto la transmisión de los nuevos genes a las generaciones sucesivas).

El otro tipo es el de la línea somática que influye sobre las células no reproductivas de una persona individual. En este último, las modificaciones genéticas sólo afectan al paciente tratado al no influir en sus células de la reproducción: no afectan el patrimonio genético de la persona que es sometida a la terapia, en el sentido que no se van a transmitir a la descendencia las modificaciones que se hayan realizado. Ella tiene por finalidad modificar el genoma de los tejidos afectados por la patología; el gen es introducido en el tejido enfermo o en las células derivadas de él por medio de un vector que contiene el gen a transferir, y que tiene la aptitud de introducirse en las células provocando el efecto terapéutico. Se ha observado, no obstante, que en la etapa actual de los conocimientos no se conocen todavía de modo suficiente otros efectos colaterales, como podrían ser mutaciones genéticas imprevistas, incluidas las de las células germinales (4). Es cierto, pese a ello, que la terapia génica en línea somática —debido a los menores riesgos aparentes que presenta y a que afecta directamente al tratamiento de personas ya nacidas con enfermedades graves— ha generado un clima más favorable a ella (5) que se extiende a las legislaciones.

(4) ROMEO CASABONA, Carlos M., ob. cit., p. 112; SANTOSUOSSO, Amedeo, "Corpo e liberta", Raffaello Cortina Editore, p. 250 y s.

(5) CORRAL TOLCIANI, Hernán, "Derecho civil y persona humana", Legal Publishing, p. 113; ROMEO CASABONA, Carlos M., "Genética y derecho", Astrea, p. 111. En la Instrucción "Dignitas Personae" de la Congregación para la doctrina de la fe de la Iglesia Católica se dice que las intervenciones sobre células somáticas con finalidad estrictamente terapéutica son en principio moralmente lícitas.

Se puede inferir de lo expuesto que ambos tipos de terapia han generado reflexiones éticas y jurídicas bien diversas (6). Es de destacar, además, que a diferencia de otros sectores de la biomedicina en que la intervención del Derecho ha regulado tardíamente las prácticas de las nuevas tecnologías, en este ámbito de la intervención génica germinal se ha anticipado a la evolución tecnológica afrontando —como se verá— cuestiones que constituyen por ahora meras hipótesis teóricas poniendo límites a la viabilidad de la experimentación en pruebas que se consideran inaceptables (7).

II. Tentativas de regulación. Desde los inicios de la experimentación de la terapia génica —la década de los 80 del siglo pasado—, se advierte en Europa una especial preocupación sobre la aplicación de la intervención génica germinal: a la par de despertar amplias expectativas de encontrar una terapia a muchas enfermedades que tienen su origen en una patología de los genes, ha suscitado fundados temores en la misma proporción (8). Me ha parecido conveniente enunciar las tentativas de regulación en ese ámbito antes de considerar la solución del nuevo Código, de modo de confrontarla con aquellas.

La Recomendación nº 924 (1982) de la Asamblea del Consejo de Europa propone insertar en el catálogo de derechos humanos de la Convención Europea de Derechos Humanos un nuevo derecho del hombre: “*el derecho a heredar un patrimonio genético no modificado artificialmente*”. Dice el artículo 4º de la Recomendación: “**a)** *el derecho a la vida y a la dignidad humana garantizada por los artículos 2 y 3 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre implican el derecho a heredar características genéticas que no hayan experimentado alguna manipulación; b)* *este derecho debe ser expresamente enunciado en el cuadro de la Convención Europea de Derechos del Hombre; c)* *el explícito reconocimiento de este derecho no debe ser obstáculo para la aplicación terapéutica de la ingeniería genética (terapia génica) que es rica de promesas para el tratamiento y eliminación*

(6) BLAZQUEZ RUIZ, Javier, “Derechos humanos y Proyecto genoma”, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, Comares, p. 79.

(7) FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, ob. cit., p. 511.

(8) LOPEZ AZPITARTE, Eduardo, “Ética y vida. Desafíos actuales”, 4ª edición, San Pablo, p. 75 y s. Observa BORGNA, Silvina, A. “¿Salvación para la humanidad o ataque a su patrimonio máspreciado?”, <http://www.revistapersona.com.ar/Borgnia.htm>, refiriéndose a la manipulación genética en general, que utilizada bajo parámetros éticos, podría salvar a la humanidad de aquellos males heredados genéticamente y simultáneamente, si es utilizada abusivamente, implicaría un peligro para la intimidad genética, la diversidad humana, la heterogeneidad, el derecho a la vida, la identidad personal y la información genética...”

de algunas enfermedades genéticamente transmisibles; d) la terapia génica no puede ser practicada o experimentada sin el consentimiento libre y plenamente informado del interesado o en caso de experimento sobre embriones, fetos o menores sin el análogo consentimiento de los progenitores o tutores”.

Como se podrá advertir, luego de la solemne afirmación de los acápites a) y b) de un nuevo derecho a heredar un patrimonio genético no modificado, en el acápite c) aparece prevista la posibilidad de una compatibilización entre ese derecho y el de someterse a intervenciones de ingeniería genética que tengan características exclusivamente terapéuticas.

En los años sucesivos se suman otras dos Recomendaciones: n° 1046 (1986) y n° 1100 (1989). En la primera, se reafirma el derecho a un patrimonio no modificado artificialmente y se enuncian prácticas genéticas que constituyen “*un uso no deseado y una desviación*” que no pueden ser consideradas lícitas en ningún caso; entre ellas, la creación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro método; la fusión de gametos con los de otra especie animal; la fusión de embriones y cualquier otra operación que pudiera producir quimeras o la elección del sexo a través de manipulaciones genéticas que no tengan fines terapéuticos.

La restante Recomendación n° 1100 (1989) contiene una prohibición explícita de “*cualquier forma de terapia génica sobre la línea germinal*” que, como se ha dicho, acarrearía como efecto una modificación del patrimonio genético de la persona transmisible a sus descendientes (9).

En ese año 1989, el Parlamento de la Unión Europea dicta una Resolución el 16 de marzo de 1989, cuyo artículo 22 dice: “*Las modificaciones genéticas sobre las células humanas somáticas son fundamentalmente una forma de terapia aceptable siempre que el paciente sea debidamente informado y haya expresado el consentimiento a someterse a ella*”; el artículo 27, a su vez, establece la prohibición absoluta “*de todo experimento dirigido a modificar el patrimonio genético humano*” previendo el artículo 28 la prohibición de cualquier modificación genética de las células humanas de la línea germinal.

Las citadas Recomendaciones y Resoluciones son seguidas por la Convención Europea sobre los “*Derechos del Hombre y la Biomedicina*” (llamada Convención de Oviedo o de Asturias de abril de 1997) del Consejo de Europa. Esta Convención establece, por un lado, el derecho de las generaciones futuras a heredar un patrimonio genético no modificado y, por el otro, el

(9) FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, ob. cit., p. 513.

derecho de toda persona, previa expresión del consentimiento informado, a someterse a intervenciones genéticas sobre la línea celular somática (y por ende no transmisible a sus descendientes) siempre que persiga fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos (10).

En el mismo año 1997, la UNESCO aprueba la “*Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*” (11). El artículo 1º introduce el concepto de genoma humano como “patrimonio de la humanidad” (“*El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana así como el reconocimiento de su intrínseca dignidad y de su diversidad. En sentido simbólico es un patrimonio de la humanidad*”) (12) (13).

(10) Dice el artículo 13: “Intervenciones sobre el genoma humano. Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas o sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia” (cualquiera sea el propósito curativo o no curativo). El artículo 14 a su vez, no admite la utilización de técnicas para elegir el sexo de la persona que va a nacer “... salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo”.

(11) Aprobada por la 29ª Conferencia General de la UNESCO, su importante valor inicial es reforzado por su ratificación hecha suya por la Asamblea General de las Naciones Unidas (09/12/1998).

(12) Se ha criticado la expresión “en sentido simbólico” (ROMEO CASABONA, Carlos M., *Genética y derecho*, Astrea, p. 48 y s.). Pero ella tiende a expresar la relevancia que se atribuye al considerar al genoma humano “patrimonio de la humanidad” y a excluirla de toda connotación patrimonialística (ANDRUET, Armando S. (h), *Comentarios críticos a la “Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, La cuestión de la dignidad humana y la clonación”, ED 195-1005*). De modo categórico, la Declaración Ibero-Latinoamericana sobre Ética y Genética de Manzanillo (1996) - Buenos Aires (1998) manifiesta: “Declaramos... b) que el genoma humano forma parte del patrimonio común de la humanidad como una realidad y no como una expresión meramente simbólica”. Recuerda ANDORNO, Roberto, “Protección del genoma humano”, ED 188-952, que el agregado “en sentido simbólico” —no previsto en la redacción inicial— se debió a la preocupación de algunos representantes gubernamentales que temían que pudiera interpretarse en un sentido literalmente patrimonialista, “facilitando así la eventual apropiación del genoma humano por empresas farmacéuticas multinacionales”.

(13) Sobre las críticas a la concepción de la Declaración que la misma dignidad humana reposa en el genoma, pueden verse las meditadas consideraciones de ANDRUET, Armando S. (h), *Comentarios críticos a la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos. La cuestión de la dignidad humana y la clonación, ED 195-1005*.

Se ha observado que el texto de la Declaración no afronta explícitamente el problema de la terapia génica germinal. Luego de establecer la prohibición de prácticas que puedan ser contrarias a la dignidad humana reenvía al Comité de Bioética de la UNESCO la identificación de las “*prácticas que puedan ser contrarias a la dignidad humana, como las intervenciones sobre células germinales*” (artículo 24) (14).

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (carta de Niza del año 2000), a su vez, contiene un artículo específico dedicado a la genética. Dice el artículo 3: “*Derecho a la integridad de la persona. Todo individuo tiene derecho a la propia identidad física y psíquica. En el ámbito de la medicina y la biología deben ser en particular respetados el consentimiento libre e informado de la persona interesada, según la modalidad definida por la ley; la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular aquellas que tienen como fin la selección de personas; la prohibición de hacer del cuerpo humano una fuente de lucro; la prohibición de la clonación reproductiva de los seres humanos*”.

Es de observar que el significado del texto ha generado opiniones diversas. Sostienen algunos —interpretando extensivamente el artículo— que en el más general derecho a la integridad física queda comprendido el derecho a la integridad del patrimonio genético y la prohibición de las prácticas eugenésicas y que de la prohibición de la clonación reproductiva resultaría una más general prohibición de cualquier intervención sobre la línea germinal salvo el caso de intervenciones de carácter terapéutico justificado por el resguardo a la salud de los descendientes que tendría un reconocimiento de rango superior al derecho a la integridad genética. Según otros, en cambio, la ausencia de una referencia explícita a un resguardo de la integridad genética estaría motivada por la decisión de no prohibir intervenciones modificativas del patrimonio genético humano que la evolución de la medicina pudiera tener disponible para la prevención de graves patologías genéticas aunque manteniéndose la prohibición de las prácticas eugenésicas y la clonación reproductiva (15).

En otro orden, la preocupación sobre las intervenciones en la línea germinal determina la incipiente aparición en las Constituciones de regulaciones sobre la materia. La Constitución portuguesa proclama: “La ley garantiza la identidad personal y la identidad genética del ser humano, en concreto en la concreción, desarrollo y utilización de las tecnologías y en la experimentación genética” (artículo 26.3). La Constitución de la Confederación Suiza

(14) FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, ob. cit., p. 515.

(15) Sobre ello ver FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, ob. cit., p. 516.

de 1999 prescribe entre otras cuestiones, la prohibición de cualquier forma de clonación y de intervención en el patrimonio genético de los gametos y embriones humanos y que el patrimonio genético y germinal no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste (artículo 119). La Constitución de Grecia (2001) proclama también que “*todas las personas disfrutaran de una total protección de su salud e identidad genética*”.

III. Las controversias sobre la intervención génica en la línea germinal. Volviendo sobre la enunciación de “*soft law*” reseñada, se ha creído advertir un pasaje desde una prohibición absoluta a las intervenciones en la línea marginal a posiciones que posibilitan la intervención genética en esa línea con fines exclusivamente terapéuticos (16). El dilema enunciado, en rigor, constituye una de las cuestiones que mantiene abierta las controversias en este tema, en que es perceptible la índole del problema subyacente (que se manifiesta, como se verá, en las diversas soluciones de la propuesta de la Comisión Redactora y el texto finalmente sancionado). En un enfoque, se sostiene que la prohibición absoluta impediría la aplicación de la terapia germinal tendiente a evitar la transmisión genética de graves enfermedades (por ejemplo, la fibrosis quística, la hemofilia, la distrofia muscular de Duchenne y otros defectos congénitos como el labio leporino o la fisura palatina). El argumento se presenta como sencillo: si es posible prevenir el nacimiento de cientos o miles de niños con anomalías o deficiencias, ¿por qué no evitarlo? (17).

Como contrapartida, se afirma que la intervención germinal, cualquiera sea su finalidad, es improponible desde el punto de vista científico y ético (18). Desde el primero, se sostiene que en el estado actual de los conocimientos no es posible prever los efectos en el desarrollo de la persona y su descen-

(16) FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, ob. cit., p. 518.

(17) LOPEZ GUZMAN, José, “Manipulación genética: discusión ética”, en “Revista de la Universidad de Mendoza”, núm. 18, citado por ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina, “Ingeniería genética y procreación artificial”, en “La persona humana”, director Guillermo A. Borda, La Ley, p. 36, inquiera si es razonable negar a las futuras generaciones la posibilidad de hacerlos resistentes al cáncer introduciendo en el genoma humano un gen supresor de este.

(18) La Instrucción Dignitas Personae de la Congregación para la Doctrina de la fe afirma que “en el estado actual de la cuestión, la terapia génica germinal es moralmente ilícita en todas sus formas”. También, BANCHIO, Enrique C., “Daño al concepturus (A propósito de la manipulación genética)” en “La responsabilidad. Libro Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg”, dirigido por Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, Abeledo Perrot, p. 181 y s.

dencia, aunque sin descartar del todo que con el desarrollo de técnicas más eficientes y los nuevos conocimientos, se pueda actuar sobre los genes de la línea germinal sin alterar la estructura y funciones del genoma (19). Desde el plano ético, se invoca la intangibilidad del patrimonio genético en consideración de la incidencia no sólo en la descendencia sino —potencialmente— en la estructura genética de las poblaciones. La modificación puede tender a mejorar o potenciar determinadas cualidades y caracteres (la altura, los rasgos, el color, la inteligencia) —susceptible de aplicarse en serie y a poblaciones enteras— y ello importaría comportamientos claramente eugenésicos. Para este enfoque, no hay criterios válidos para delinear que caracteres pueden ser mejorados y aunque los hubiera, no habría manera de establecer qué personas podrían ser destinatarias de la intervención. Así, se concluye, la intervención en la línea germinal puede conducir a abusos y prácticas aberrantes que requieren descartarla (20).

Ahora bien, a fin de posibilitar la terapia germinal cuando la finalidad es exclusivamente terapéutica y descartar simultáneamente el argumento eugenésico o perfectivo, la otra corriente de opinión ensaya una línea de confín entre la noción de “terapia” y aquella de “mejoramiento”: una distinción general entre las intervenciones que buscan prevenir o curar enfermedades y aquellas que exceden esa finalidad para satisfacer objetivos de mejoramiento (21).

Como se puede advertir, la cuestión se vincula con el nuclear problema de determinar cuáles han de ser intervenciones calificables como “terapéuticas” y cuáles, en cambio, ha de ser consideradas de “mejoramiento”. Se ha ensayado una línea de deslinde basada en la “normalidad”: excedida ésta —para lo cual se recurre al concepto de “salud”— las intervenciones no serían “terapéuticas” sino “mejorativas”. Pero las dificultades son perceptibles y se vinculan con la amplitud atribuible al término “salud”, muy influenciado por la modificación de los fines de la medicina (potenciar la

(19) Documento del Comité Nacional de Bioética de Italia citado por FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, ob. cit., p. 517.

(20) Sobre el tema, refiriéndose a un Documento emitido por el Comité Nacional de Bioética de Italia, FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, “Terapia génica e diritti della persona” en “Trattato di Biodiritto”, diretto da Stefano Rodotà y Paolo Zatti, Giuffrè, “Il Governo del Corpo”, Tomo I, p. 520 y ss.

(21) Parecen ser de esa opinión, aunque sólo admitiendo la primera con carácter excepcional y bajo ciertas condiciones, SAMBRIZZI, Eduardo, “Derecho y Eugenesia”, Editorial de la Universidad Católica Argentina, p. 173 y APARISI MIRALLES, Ángela, “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”, ED 179-960.

salud además de restablecerla) al que la Organización Mundial de la Salud, como es sabido, caracteriza en un sentido muy amplio como un “*estado de completo bienestar físico, psíquico y social*”. Un criterio de “normalidad”, por ello, abarcaría tanto las intervenciones para restablecer la salud como las tendientes a potenciarla (como lo sería, por ejemplo, una intervención aparentemente no terapéutica que es considerada terapéutica para superar un estado de deterioro psicológico) (22).

Se puede decir, en suma, que la controversia gira en torno a prohibir en el estado actual de la ciencia cualquier intervención en la línea germinal o admitirla sólo en los casos que tiene una finalidad exclusivamente terapéutica (con los particulares problemas que acarrea esta calificación). No faltan posturas que propician una moratoria en la intervención en la línea germinal “*hasta que lo permitan los avances científicos*” (23).

IV. La clonación. Vinculado con los debates acerca de la licitud de la terapia germinal, se presenta la cuestión de la licitud de la clonación humana: la transferencia del núcleo de células de personas nacidas a un ovocito al que se le ha extraído el propio núcleo (enucleación). El nuevo ser —implantado en un útero para su gestación— sería genéticamente idéntico al dador del núcleo. Se trataría de una fecundación asexual, con la que en teoría se podría constituir una multitud de individuos idénticos.

Puede también realizarse por gemelación artificial o paraclonación. En la primera, se generarían individuos genéticamente idénticos entre sí: obtenida la fecundación *in vitro* —una vez producida la primera división de la mórula— se paraliza su desarrollo y se secciona el embrión, obteniéndose copias idénticas de modo similar a los gemelos monocigóticos (24).

(22) Sobre el tema, FARALLI, Carla y ZULLO, Silvia, ob. cit., p. 520 y s.; SAMBRIZZI, Eduardo, ob. cit., p. 179, nota 27, cita reflexiones de IAÑEZ PAREJA, Enrique, “Retos éticos ante la nueva eugenesia”, en “La eugenesia hoy”, Bilbao Granada, p. 213 y s. “Si se justifica la terapia génica curativa, ¿cómo se rechaza la intervención preventiva o profiláctica, que por ejemplo pretendiera dotar a las generaciones futuras de una resistencia incrementada a infecciones o al cáncer? ¿Y una vez aceptado esto, por qué no manipular —suponiendo que se pueda algún día— rasgos como las patologías asociadas a la vejez o a la menopausia? Si la inteligencia y otros rasgos superiores humanos tuvieran un importante componente genético (cosa que se ignora casi totalmente...), ¿deberíamos controlarlos genéticamente?”

(23) Reunión Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto de genoma humano, celebrada en Bilbao, España, mayo de 1993, citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Aspectos jurídicos del Proyecto genoma humano”, ED 153-931.

(24) Luego se reactiva el proceso de desarrollo celular de cada nueva célula embrionaria y se implantan los embriones en el útero para su gestación (VARSI ROSPIGLIOSI,

En la paraclonación, la transferencia de núcleos se realiza entre células embrionarias o fetales así que el nuevo ser clonado no sería idéntico a otro nacido (25).

Independientemente de los inconvenientes científicos (26), la clonación debe descartarse desde el punto de vista ético y jurídico (27). Las diversas técnicas afectan, según los casos, bienes jurídicos como la identidad genética del ser nacido (se lo privaría de la condición de ser único, irrepetible y distinto de los demás seres humanos); es consecuencia de una voluntad ajena de querer “producir” sus características genéticas; en algunas formas de clonación, es privado de la doble progenie de madre y padre y, más genéricamente —como procedimiento tendiente a la selección de caracteres humanos— afecta la intangibilidad de la especie humana. Son manifiestas, a propósito, las posibilidades de prácticas eugenésicas que derivan de la aplicación de esta técnica (28).

Si bien en los comienzos de la técnica se repudia toda forma de clonación humana, en los últimos años parece insinuarse una corriente que aspira a distinguir entre la clonación reproductiva y la clonación terapéutica con el propósito de legitimar la última (29). Ésta no consistiría en clonar personas,

Enrique, “Derecho genético”, 4ª edición, Grijley, p. 289). No hay un modelo genético anterior en el tiempo, sino que el embrión originario —el punto de partida es una forma de reproducción sexual— se divide dando lugar a dos o más embriones con la misma información genética (BELLVER CAPELLA, Vicente, “¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana”, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comares, p. 17).

(25) ROMEO CASABONA, Carlos M., ob. cit., p. 118 y s.

(26) Sobre ello, en el estado actual de los conocimientos, ROMEO CASABONA, Carlos, ob. cit., p. 119 y s.

(27) LOPEZ AZPITARTE, Eduardo, ob. cit., p. 79 y s.; SAMBRIZZI, Eduardo, ob. cit., p. 166 y s.; MOSSO, Carlos J., “Clonación humana. Puntos críticos de aproximación al debate”, ED 172-1040; ANDORNO, Roberto, “La clonación humana y el derecho a la propia identidad genética”, LL 1988-A-924; RODRIGUEZ VARELA, Alberto, “Persona humana, experimentación y clonación”, ED 171-1049; MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana, “Cómo proteger la evolución biológica de la especie humana frente a los avances del biopoder”, ED 167-1118. La Iglesia Católica (Pontificia Academia Pro vita, El Vaticano, 30 /12/1997, Capítulo 3- “Reflexiones sobre la clonación”), incluye a la clonación humana en el proyecto del eugenismo y por lo tanto, sostiene, “está expuesta a todas las observaciones éticas y jurídicas que lo han condenado ampliamente”.

(28) SAMBRIZZI, Eduardo, ob. cit., p. 167 y s.

(29) Recuerda Salvador M. BERGEL (“La importancia de la investigación del genoma humano sobre el derecho”, en “Bioética y Derecho”, Coordinadores: Salvador M. Bergel — Nelly Minjersky, Rubinzal Culzonni, p. 336) que la Cámara de Comunes británica en el año 2000 —luego ratificada en la Cámara de los Comunes en el 2001— aprobó la clona-

sino tejidos u órganos para poder trasplantarlos —sin el riesgo de rechazos— al paciente dador; la práctica se produciría cuando el desarrollo del clon se interrumpe en el estado de células totipotenciales (madres o troncales) que luego se intervienen para generar células que se reconvierten en tejidos u órganos de personas afectadas por diversas patologías sin generar rechazos. Pero el punto decisivo es que la clonación podrá ser terapéutica para el que recibe las células ;pero es mortal para el embrión...!! (30), habiéndose afirmado, por ello, que la clonación terapéutica es incluso más grave desde el punto de vista moral que la reproductiva (31).

La clonación ha sido prohibida en Documentos internacionales (32) y en las legislaciones, constituyendo en muchos casos un delito penal, como en los

ción terapéutica de embriones de hasta catorce días con el objeto de obtener células madres.

(30) CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., p. 117 y s.; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Derecho genético”, 4ª edición, Grigley, p. 292 y s.; SGRECCIA, Elio, “Manual de Bioética”, Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud, p. 440; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina, “Persona humana, Ingeniería genética y procreación artificial”, en “La persona humana”, director Guillermo A. Borda, La Ley, p. 54 y s. En la Instrucción *Dignitas Personae* de la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica se dice que la “clonación humana es intrínsecamente ilícita pues, llevando hasta el extremo el carácter inmoral de las técnicas de fecundación artificial, se propone dar origen a un nuevo ser humano sin conexión con el acto de recíproca donación entre dos cónyuges y, más radicalmente, sin ningún vínculo con la sexualidad. Tal circunstancia da lugar a abusos y a manipulaciones gravemente lesivas de la dignidad humana...” Aludiendo a la llamada clonación “terapéutica”, afirma que desde el punto de vista ético “es aún más grave” que la reproductiva: “... Producir embriones con el propósito de destruirlos, aunque sea para ayudar a los enfermos, es totalmente incompatible con la dignidad humana, porque reduce la existencia de un ser humano, incluso en estado embrionario, a la categoría de instrumento que se usa y destruye. Es gravemente inmoral sacrificar una vida humana para finalidades terapéuticas”.

(31) La instrucción *Dignitas Personae* citada en la nota anterior.

(32) La Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana aprobada por la Asamblea general el 8 de marzo de 2005 prohíbe cualquier forma de clonación humana: “... b) los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana; c) Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana”. También, como se vio, el citado artículo 3º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza). El primero protocolo adicional de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina (Convenio de Oviedo) prohíbe cualquier intervención que tenga por finalidad crear otro ser humano genéticamente idéntico a otro, sea vivo éste vivo o muerto.

casos de Chile (33); Perú (34); España (35); Italia (36); Alemania (37); Colombia (38) o Francia (39). En nuestro país, un decreto de necesidad y urgencia (el número 200 del año 1997) prohibió los experimentos de clonación relacionados con seres humanos (artículo 1º).

V. La intangibilidad de la especie humana. Junto con los enunciados bienes individuales comprometidos en las intervenciones génicas

(33) La ley 20.120 de 2006 dispone sin distinguir la clonación reproductiva de la terapéutica: “Prohíbese la clonación de seres humanos, cualquiera sea el fin perseguido y la técnica utilizada” (artículo 5). Es castigada penalmente con presidio menor en su grado medio a máximo e inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante el tiempo que dure la condena (artículo 17).

(34) Artículo 324 del Código Penal (según ley 16 de enero 2002): “Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor a seis años ni mayor de ocho años e inhabilitación”.

(35) El Código Penal de 1995 establece la pena de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial para empleo, profesión u oficio de 6 a 10 años por la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (artículo 161.2). Acerca de las dificultades en la interpretación de la norma, puede verse, BELLVER CAPELLA, Vicente, “¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana”, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, Editorial Comares, p. 42 y ss.

(36) Ley 40 del 19 de febrero de 2004: “Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad unaltro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione” (artículo 12).

(37) Ley sobre Protección de Embriones de 13 de diciembre de 1990: “(1) Quien artificialmente de lugar a que se genere un embrión humano con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. (2) Será sancionado del mismo modo quien transfiera a una mujer un embrión al que se refiere el párrafo 1º. (3) La tentativa es punible” (artículo 6).

(38) Ley 599 del 24 de julio de 2000: “Responsabilidad del ser humano. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años” (artículo 133).

(39) Incluso la terapéutica. Artículo 511-18-1 del Código Penal que dispone: “Le fait de proceder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende” (dato tomado de TERRE, Francois y FENOUILLET, Dominique, “Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités”, 7ª Edición, Dallos, p. 74 y s.).

germinales y la clonación, se manifiestan menoscabos a otros bienes supra individuales o colectivos, que exceden los intereses individuales comprometidos y afectan, por ende, diversos aspectos de la especie humana.

Así, como se insinuó, la intervención en la línea germinal con fines perfectivos o de mejoramiento de ciertos rasgos genéticos o la clonación realizada en serie con caracteres genéticos predispuestos es susceptible de extenderse a poblaciones enteras.

Las alternativas de la ingeniería genética para degradar de algún modo no se agotan con las intervenciones en la línea germinal o la clonación. Así, por ejemplo, la selección de embriones, la esterilización forzada, el intercambio genético humano (formación de híbridos), la fecundación interespecies o la transferencia de embriones interespecies (de animales a seres humanos o viceversa). Los últimos aspectos no requerirían siquiera ser considerado si no fuera por noticias de intentos de implementar experimentalmente un embrión humano en el útero de un animal a fin de investigar las reacciones inmunológicas (40).

El recuerdo de las atrocidades de las prácticas nazis ha revivido el viejo debate contra la eugenesia y la suerte de la especie humana. Dicen Terre y Fenouillet que luego que el hombre ha devenido en maestro de su propia creación, un combate difícil se ha suscitado acerca de la integridad de la especie humana (41).

La noción de “especie humana” apunta a precisar aquello que distingue al ser humano —el que tiene “sustantividad humana”— de otras especies de la serie animal y que, por ello, es común a todos los hombres y propio de ellos. La noción de “integridad”, a su vez, señala la idea de la “no alteración” y de la “completividad” (42). En la noción de integridad de la especie humana queda también abarcada conceptualmente la idea del hombre como ser único y distinto a los demás hombres desde la perspectiva de su identidad biológica o genética. La vulneración de esa identidad única —la de ser diferente a los demás hombres— formaría parte de la integridad de la especie (43) y quedaría vulnerada —por ejemplo— por medio del clonaje

(40) SGRECCIA, Elio, ob. cit., p. 440.

(41) TERRE, Francois, FENOUILLET, Dominique, ob. cit., p. 72.

(42) TERRE, Francois, FENOUILLET, Dominique, ob. cit., p. 72.

(43) Observan TERRE, Francois, FENOUILLET, Dominique, ob. cit., p. 74, que un análisis atento de los diversos textos internacionales que prohíben la práctica denotan una gran diversidad de las referencias utilizadas: dignidad humana, integridad de la persona o de la especie humana.

reproductivo, es decir, la práctica tendiente a hacer nacer un ser humano genéticamente idéntico a otro vivo o fallecido (44).

Las cuestiones señaladas presentan características jurídicas novedosas e inquietantes, una de las cuales es la necesidad de resguardar no sólo los intereses de las generaciones actuales sino el de las futuras y la consagración, por lo tanto, de un principio general: el de la intangibilidad de la especie humana (45). Ello requeriría, quizás elaborar un “status jurídico propio” (para algunos no necesariamente en la forma de un sujeto de derecho (46)); para otros, bajo la forma de la persona humana en cuanto sujeto indiferenciado de la especie humana, titular de un derecho humano referido a un bien colectivo (como lo sería el patrimonio genético de la especie humana) (47) y para otros, en fin, considerado dentro del marco de los derechos personalísimos (la especie humana como titular de ese tipo de derechos) (48). Otra visión parte de considerar que la especie humana como tal es considerada a la vez sujeto y objeto de un nuevo derecho (es sujeto porque es beneficiario y objeto porque se protege su propia existencia como tal (49).

VI. El texto sancionado y sus antecedentes. Las consideraciones de los números anteriores posibilitan considerar las soluciones del artículo 57 del nuevo Código. Dice el artículo sancionado: *“Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”*.

(44) Sobre la noción de clonación y sus diversas especies, TOBIAS, José W., “Derecho de las personas”, La Ley, p. 92 y ss.

(45) En el año 1997 la Conferencia General de la UNESCO en su 29ª reunión aprobó una Declaración de responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras. El artículo 1º establece que las generaciones actuales “tienen la responsabilidad de garantizar la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones presentes y futuras. Con anterioridad —en el año 1994— la reunión de expertos UNESCO (equipo Costeau) aprobó la Declaración universal de los derechos humanos de las generaciones futuras en la que, como se advierte, se alude a los “derechos humanos de las generaciones futuras” y “a su derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la humanidad en las diversas expresiones de su identidad” (artículo 3).

(46) BENJAMIN, Antonio H., “Derechos de la naturaleza”, en “Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Homenaje al Profesor Roberto M. Lopez Cabana”, Abeledo Perrot, p. 42.

(47) LORENZETTI, Ricardo L., “Las normas fundamentales de derecho privado”, Rubinzal Culzoni, p. 246 y ss.

(48) TERRE, Francois y FENOUILLET, Dominique, ob. cit., p. 72 y s.

(49) ANDORNO, Roberto, ob. cit.

a) El texto elaborado por la Comisión. El texto que había elaborado la Comisión redactora fue reemplazado en oportunidad del trámite parlamentario por el enunciado. Decía el texto original: “*Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas*”.

Se advierten enseguida dos diferencias de significación: **i)** el texto sancionado prohíbe las prácticas destinadas a producir alteraciones genéticas en el embrión que se transmitan a la descendencia, mientras que el texto proyectado prohibía iguales prácticas mas no circunscriptas al embrión, abarcando, por ello, las realizadas sobre los gametos (las células germinales en general); **ii)** el texto sancionado prohíbe las practicas que enuncia sin mencionar excepciones, mientras que el proyectado exceptuaba aquellas prácticas tendientes a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas (50).

Como se advertirá, las prohibiciones en el texto sancionado son por un lado más circunscriptas (las prácticas prohibidas son sólo las que se realizan en el embrión) y por otro lado, más amplias, en el sentido que no hay excepciones a la prohibición (sobre ambas cuestiones, *infra* número siguiente).

b) El antecedente inmediato: el Proyecto de 1998. El antecedente inmediato es el artículo 111 del Proyecto de 1998. Decía: “*Prácticas eugenésicas. Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas*”.

El texto sancionado y su antecedente inmediato tienen en común la prohibición de prácticas tendientes a alterar los caracteres genéticos de la descendencia. Es posible, sin embargo, marcar también diferencias significativas. El ámbito de la norma del Proyecto de 1998 —independientemente

(50) El texto había sido cuestionado por entenderse que se trataba una excepción “tan abierta que termina desdibujando la finalidad de tutela de persona humana que persigue la nota” (LAFERRIERE, Jorge N., “Algunas normas sobre bioética”, en “Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, UCA - El Derecho, p. 121).

de un texto reiterativo y algo confuso— era en ciertos aspectos más amplio que el artículo que se considera: **i)** prohibía toda práctica que afectara la integridad de la especie humana (no reiterada por el artículo en examen); **ii)** también, aquellas prácticas que tendieran a la selección de personas (tampoco considerada en el artículo sancionado); **iii)** asimismo, la prohibición de alterar los caracteres genéticos de la descendencia no se circunscribía a las prácticas en el embrión (como lo hace el artículo que se considera), abarcando, mas genéricamente, también las realizadas en los gametos.

En otro aspecto, como el texto elaborado por la Comisión redactora y reemplazado en oportunidad del trámite parlamentario, el Proyecto de 1998 era más circunscripto: dejaba a salvo de la prohibición a las prácticas genéticas tendientes a evitar la transmisión de enfermedades a la descendencia o la predisposición a ellas.

c) El artículo 16.4 del Código Civil francés. El antecedente de lo considerado en a) y b) es el artículo 16.4 del Código Civil francés. Dice el mencionado artículo: (ley n° 94-653 de 29 de julio de 1994 art. 1 I, II art. 3 Diario Oficial de 30 de julio de 1994); (ley n° 2004-800 de 6 de agosto de 2004 art. 21 Diario Oficial de 7 de agosto de 2004) “*Nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana. Se prohíbe cualquier práctica eugénica tendente a organizar la selección de las personas. Se prohíbe cualquier intervención que tenga por finalidad hacer nacer un niño genéticamente idéntico a otra persona viva o fallecida. Sin perjuicio de las investigaciones dirigidas a la prevención y al tratamiento de las enfermedades genéticas, no podrá realizarse transformación alguna en los caracteres genéticos con vistas a modificar la descendencia*”.

He aquí sus características esenciales: **i)** el principio de la integridad de la especie humana; **ii)** la prohibición de toda práctica tendiente a la selección de personas; **iii)** prohibición de intervenciones tendientes a hacer nacer un niño genéticamente idéntico a otra persona viva o fallecida (la clonación); **iv)** la prohibición de transformar caracteres genéticos con vistas a modificar la descendencia; **v)** la salvedad en la línea germinal de investigaciones dirigidas a la prevención o el tratamiento de las enfermedades genéticas.

El artículo que se analiza, como se podrá advertir, sólo recoge la característica reseñada en iv) y, además, circunscripta a prácticas realizadas sobre el embrión.

VII. Conclusiones. Al hilo de la exposición —y a la luz de lo expuesto— es posible intentar algunas conclusiones:

a) Es poco explicable que se haya circunscripto la prohibición a las prácticas destinadas a producir una alteración genética en el embrión que se

transmita a la descendencia, omitiendo hacerlo —más genéricamente— con la prohibición en la intervención sobre las células germinales (comprendiendo a los gametos).

La Comisión Bicameral siguió en este aspecto una propuesta del Comité nacional de Bioética, sin que de la lectura de este informe se puedan encontrar fundamentos que expliquen el apartamiento de la propuesta de la Comisión redactora, los antecedentes del Proyecto de 1998 o del Código Civil francés o un Documentos internacional relevante como la “Convención Europea sobre los Derechos del hombre y la Biomedicina”.

b) Hubiera sido deseable que, a semejanza del Proyecto de 1998 y del artículo 16.4 del Código Civil francés, se hubiera consagrado el principio de la intangibilidad de la especie humana (aunque fuera en un lugar metodológicamente distinto al del artículo que se considera) recogiendo de esa manera la “Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos” de la Unesco (hecha suya por la Asamblea general de las Naciones Unidas) que, como se vio, proclama en un sentido simbólico, que el genoma humano es patrimonio de la humanidad. En este tema, no obstante, se debe tener presente la norma constitucional que preserva la diversidad biológica (artículo 41) dentro de cuya noción genérica puede entenderse comprendida la diversidad genética entre las especies y el artículo 240 del nuevo Código que establece que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar el funcionamiento de la biodiversidad (entendida esta en el sentido recién enunciado).

c) Hubiera sido deseable que, sin perjuicio de lo señalado en b), se hubiera establecido expresamente la prohibición de la clonación, como lo hacía uno de sus antecedentes (el artículo 16.4 del Código Civil francés) o la “Carta de derechos fundamentales” de la Unión Europea (Carta de Niza) o la Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana (marzo de 2005) o el primer Protocolo adicional de la “Convención Europea sobre los Derechos del hombre y la Biomedicina” y teniendo en cuenta, además, que en varios países constituyen comportamientos configurativos de tipos penales. A propósito de ello, uno de los miembros de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código —comentando el artículo 57— observa que tampoco cabría admitir “supuestos que también colisionan con elementales pautas éticas, como la de la clonación de personas para la obtención de material orgánico que sirva como “repuesto” para afecciones que pudieran sufrir quienes aporten el material genético para la clonación ...” (51). Pero es claro que en ese caso —a partir de esa convicción— hubiera sido lógico recoger el antecedente prohibitivo del Código Civil francés.

(51) LORENZETTI, Ricardo L. en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, T° I, p. 301.

d) Más complejo, en cambio, resulta valorar la supresión de la excepción a las intervenciones en la línea germinal que proponía el Anteproyecto de la Comisión redactora cuando ellas tendieran a “prevenir enfermedades o la predisposición a ellas” (52). Es probable que la supresión haya tenido en cuenta, según se vio, las dificultades para establecer una línea de confín clara entre la intervención terapéutica y la de mejoramiento o perfectiva.

e) Al margen de todo ello, el artículo considerado —además de modificado— debiera ser complementado con otras disposiciones (penales, profesionales etc.) que establezcan sanciones por la violación de las prácticas prohibidas a fin de evitar que la norma se convierta en un texto declamatorio. ♦

(52) LOPEZ AZPITARTE, Eduardo, ob. cit., p.82, no encuentra objeciones a las formas de intervención terapéutica, pero admite que “tendrá que pasar aún bastante tiempo hasta obtener la suficiente seguridad de que la manipulación de tales elementos no provocara peores consecuencias que el hipotético beneficio de una curación”; BERGEL, Salvador M., “A diez años de la Declaración Universal de la UNESCO sobre bioética y derechos humanos”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año VII, núm. 8, p. 176, observa que “podría hoy discutirse la posibilidad de alterar la información genética para imposibilitar la transmisión de enfermedades hereditarias. Es un tema sobre el cual se han esbozado criterios diferentes que deben ser debidamente respetados y debatidos. Lo que debe merecer la repulsa general es el eventual intento de alterar la información genética para incorporar a la descendencia determinadas características de “mejoramiento” conforme a criterios que fije quien las practica...”

EL PROCESO MONITORIO

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

I. Introducción

El sistema de nuestro juicio ejecutivo supone un modelo de conocimiento previo donde el título sometido a control recibe el *imperium* para su verdadera ejecución a través de una sentencia de trance y remate. Este procedimiento se considera hoy en día lento y oneroso. A la vez y de modo paralelo, desde ya hace mucho tiempo, en otras naciones, existe el llamado procedimiento monitorio, también llamado inyuccional. Estas denominaciones en algunos lugares son sinónimos y en otros son procesos diferenciados. Teitelbaum (1) aclara que el proceso monitorio supone una estructura, caracterizada por una decisión inicial sobre el fondo —solicitada por el actor— sin audiencia de la contraparte. El demandado puede oponerse en un plazo determinado, generándose el clásico procedimiento dialéctico, manteniéndose o no la primera resolución. La falta de oposición hace que la sentencia monitoria adquiera la calidad de cosa juzgada. En consecuencia, la decisión inicial constituye una verdadera sentencia definitiva condicionada a su no impugnación en un término perentorio. Ahora bien, dos cuestiones deben aclararse. La primera es que el proceso monitorio no es una vía exclusiva del sistema ejecutivo. La segunda es la determinación de la forma y la vía por la cual la impugnación de la sentencia puede realizarse para conservar la bilateralidad de la audiencia, que es un principio convencional y constitucional. Veamos algo de historia.

a) *Edad Media*. Durante la Edad Media (siglo XIII) en la evolución del juicio ejecutivo, en algunos casos se dictaba una orden de pago sin ni siquiera oír al deudor, reservando a éste el derecho de oponerse, lo que, se decía, justificaba la orden (*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, procedimiento por mandato o monitorio o de apremio). Estas formas, como también el secuestro de bienes y la detención del deudor sospechoso de fuga, pasadas después al

(*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 26 de noviembre de 2015.

(1) TEITELBAUM, Jaime, “Proceso monitorio y ejecutivo”, en Curso sobre el CGP, t. II, Montevideo, 1992, p. 129.

Derecho moderno, son de origen germánico. (2) Los modelos mencionados dieron origen de un proceso más abreviado y rápido que el ejecutivo llamado procedimiento monitorio, que se ha desarrollado en países europeos como Alemania, Austria e Italia, pero que recién comienza a aparecer en el horizonte americano. En realidad, como hemos ya visto, sucedió que el proceso ejecutivo (*processus executivus*) había sido sustituido por la ejecución pura, donde con el título se pasaba a la ejecución. Faltaba un aspecto fundamental que era la bilateralidad de la audiencia. Para cubrir este vacío, afirma Fenochietto (3), el legislador italiano de 1922, y luego el Código de 1940, reguló un tipo procedimental originado en el Medioevo, de rasgos muy similares al clásico juicio ejecutivo, que recibió también la denominación tradicional de: monitorio.

b) *Sentido de la expresión monitorio*. La expresión “monitorio”, en su origen, significó aviso o amonestación, especialmente el que hacía con carácter oficial una autoridad eclesiástica. Con esa base pasó a ser un proceso judicial sumario es decir rápido sin formas solemnes y sin intervención de la contraria para el cobro de una deuda de dinero vencida y exigible, pero que por su evidencia permitía no sólo superar la necesidad de un proceso de conocimiento, sino inclusive la de un juicio ejecutivo, a la vez que resolvía el problema que presentaba la ejecución pura que no permitía la defensa en juicio, aunque ésta, con algunas variantes, se mantiene en algunos países europeos. (4) Finalmente, en la evolución del Derecho el proceso monito-

(2) CHIOVENDA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, t. I, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1952, p. 121.

(3) FENOCHIETTO, Carlos E., Curso de Derecho Procesal. Parte especial, Buenos Aires, 1978, p. 352.

(4) Calamandrei determinó la existencia de dos tipos de procesos urgentes o monitorios en Europa: el procedimiento monitorio puro y el procedimiento monitorio documental. En el primer grupo pueden calificarse de proceso monitorio “puro”, el derivado del *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* que presenta dos caracteres fundamentales: “1º, que la orden condicionada de pago se libra por el juez a base de la sola afirmación, unilateral y no probada del acreedor; 2º, que la simple oposición no motivada del deudor hace caer en la nada la orden de pago, de manera que el juicio en contradictorio, que puede eventualmente desarrollarse en mérito de tal oposición, no se dirige a decidir si la orden de pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir *ex novo* sobre la originaria acción de condena, como si la orden de pago no hubiera sido emitida nunca” (CALAMANDREI, Piero, El procedimiento monitorio, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1946, p. 33). En el segundo grupo se incluyen aquellos otros procedimientos monitorios de tipo latino (francés, el italiano), en el que se exige que a toda demanda o petición monitoria se acompañe un principio de prueba documental por escrito, denominados, por este mismo motivo, procesos monitorios de tipo documental, en cuanto, mientras en el proceso monitorio puro la orden de pago pierde su eficacia por la simple oposición no motivada del deudor, en el proceso monitorio documental la oposición del

rio fue transformando su objeto puramente relacionado con la ejecución de deudas líquidas y exigibles, para admitir no sólo el cobro acelerado y sumario de esas sumas líquidas de dinero, sino también para lograr una decisión sobre las prestaciones de dar cosas ciertas de naturaleza fungible, o la entrega de cosas muebles siempre que se encontrasen determinadas. Asimismo, el cobro de honorarios judiciales o extrajudiciales, en algunos casos, fueron incluidos en esta vía, cosa, esta última, que en nuestro derecho tiene otros caminos.

c) *Falta de uniformidad*. Pero no existe (5) en la doctrina, unanimidad acerca de la naturaleza jurídica del monitorio, ni aun de su contenido o las materias que puede albergar. Borges, siguiendo a Giovanni Cristofolini, expresa que: “El problema relativo a la naturaleza y a la colocación del proceso monitorio como un sistema ha tenido en la doctrina soluciones divergentes: a) un segmento que ha sido seguido especialmente por la doctrina austríaca incluye sin embargo, dentro del proceso monitorio en sentido estricto, al proceso relativo a las controversias nacidas del contrato de locación haciendo regresar el proceso monitorio a la jurisdicción voluntaria; b) otra tendencia que ha sido seguida por alguna doctrina italiana, considera el procedimiento monitorio e inyuccional como una forma particular del inicio de la ejecución; c) en fin, según la doctrina que puede considerarse dominante, en Italia como en Alemania, el procedimiento inyuccional constituye una forma especial de proceso de conocimiento, con la reserva de que eso sirve para disputarse luego, la *acción de conocimiento*, o una *acción especial*”. (6)

La diversidad de criterios señalada por Borges se puede apreciar en el trabajo de Umaschi (7), quien con cita de Calamandrei, señala que en las opiniones de Plosz y de Skedl el proceso monitorio es un juicio de cognición

deudor no hace caer sin más la orden de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradictorio, en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de hecho y de derecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si por el contrario, éste merece, a base de las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser, sin embargo, mantenido y hecho ejecutivo (CALAMANDREI, El proceso monitorio, cit., p. 38).

(5) Como bien afirma BORGES, M. A., “Procedimiento monitorio”, en Derecho Procesal en Vísperas del siglo XXI-Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Alí Joaquín Salgado, Buenos Aires, 1997, p. 73, N° 6.

(6) CRISTOFOLINI, Proceso d'inguzione [Framento], Cedam, Padova, 1939, ps. 85 a 86; cit. por BORGES, “Proceso monitorio”; la traducción es nuestra.

(7) UMASCHI, “El juicio monitorio en la reforma del proceso civil”, ponencia al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, 5 al 9 de octubre de 1999, San Martín de los Andes (publicación digital).

abreviado en el que se invierte el contradictorio. El mandato de pago es sólo el medio para la creación de un título ejecutivo. Y agrega: “Para citar textualmente al maestro de Florencia (Calamandrei) digamos que: “El proceso monitorio no sirve para hacer valer contra el deudor un título ejecutivo ya existente, pero sirve para crear de un modo rápido y económico, contra el deudor, un título ejecutivo, que no existe todavía; por consiguiente, es un procedimiento de cognición, no de ejecución”. De modo que este modelo monitorio es una variante de la preparación de vía ejecutiva. “El proceso monitorio —concluye Umaschi— puede incorporarse a la regulación procesal argentina, cumplimentando los siguientes requisitos: luego del examen de la documentación el juez emitirá mandato de pago o de cumplimiento con la advertencia de que ante la falta de oposiciones, en un plazo no inferior a diez días, el mandato será ejecutable. La notificación del mandato debe ser en el domicilio real del demandado y para el supuesto de desconocerse éste, el juicio monitorio será inadmisibile. Debe eliminarse por equívoca la expresión: ‘sentencia monitoria’. Debe preverse la posibilidad de la presentación del demandado que no dedujo oposición, en la etapa de ejecución, si brinda argumentos convincentes y fundados que justifiquen su silencio durante el proceso monitorio. Debe mantenerse la autonomía del juicio ejecutivo evitando su confusión con el proceso monitorio, atento las distintas finalidades de ambos procesos”.

Y Rosenberg señala que el procedimiento monitorio tiende a procurar al acreedor un título firme y ejecutable mediante la exclusión de la oposición sin debate ni resolución sobre el fondo, para pretensiones previsiblemente indiscutidas. (8) El Código Procesal Civil alemán actual (ZPO) establece en el § 688. *Admisibilidad*, (si procediera el proceso monitorio): 1) A requerimiento del peticionario se emite una orden de pago, sobre la base de una pretensión que tenga por objeto el pago de una determinada suma de dinero en euros. 2) El proceso monitorio no tiene lugar: 1. Para pretensiones de un empresario sobre la base de un contrato de acuerdo con los §§ 491 a 504 del Código Civil, cuando de acuerdo con los §§ 492, 502 del Código Civil el interés anual efectivo o inicial sea superior a 12% de la tasa de interés base de acuerdo del § 247 del Código Civil, al momento de celebración del contrato; 2. Cuando la pretensión que se haga valer depende de una contraprestación aún no cumplida; 3. Cuando la notificación de la orden de pago deba realizarse mediante edictos. 2) En caso de que la orden de pago deba ser notificada en el extranjero, sólo es admisible el proceso monitorio en tanto esté previsto por la Ley de Reconocimiento y Ejecución, de 19 de febrero del 2001, § 694. *Oposición contra la orden de*

(8) ROSENBERG, Leo, Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. Romera Vera, Buenos Aires, 1955, p. 528.

pago. 1) El peticionado puede interponer una oposición por escrito contra la pretensión o parte de la pretensión en el tribunal que haya emitido la orden de pago, en tanto no se haya decretado la orden de ejecución. 2) En caso de una oposición tardía, ella recibe el tratamiento de reconsideración. Esta debe comunicarse al peticionado que haya interpuesto la oposición.

d) *Modelos de proceso monitorio*. Morello, Sosa y Berizonce (9) exponían que la situación del proceso ejecutivo que se palpa no sólo entre nosotros sino en el panorama general de Italia y España, viene suscitando un prioritario interés sobre la conveniencia de incorporar al Derecho positivo nacional algunas de las variantes del proceso de estructura monitoria. En lo que hace al juicio ejecutivo los autores proponen un modelo con:

- 1) reducción de las excepciones oponibles;
- 2) limitación de la prueba admisible;
- 3) poder-deber del juez de rechazar *in limine* cualquier defensa o excepción ajena al elenco estricto enumerado;
- 4) la pronta e inmediata solución, derivando al proceso posterior de conocimiento cualquier cuestión de conocimiento mayor;
- 5) limitación impugnatoria y ejecución provisoria de la sentencia;
- 6) “pero lo que reviste novedad y repercusión práctica notoria (con prescindencia de la unificación o diversidad de los tipos de ejecuciones: normal, acelerada, apremio, y del número y peculiaridades de las excepciones deducibles) es el impacto superador que canalizaría con la adopción de la técnica del monitorio. Novedad que permitiría de modo más rápido (y constitucionalmente tolerable) reducir la cognición a raíz de una razonable alteración de las fases y el orden (adversarial) de la secuela ejecución-conocimiento”. (10)

(9) MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados, t. VI-B, La Plata, Buenos Aires, 1996, ps. 527/8.

(10) Véase otros modelos en: LIMA, Susana, “Proceso monitorio y ejecución pura. Una posible variable de su recepción en la nueva legislación procesal para la Provincia de Buenos Aires. La eliminación del juicio ordinario posterior en el ámbito nacional y provincial”, en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Nº 2001-1, p. 57. MORELLO, Augusto M., “Una revolución procesal en Lisboa (el proceso, procedimiento o providencia de injunção [injunction])”, JA 2000-III-1024; CORREA DELCASSO, Juan Pablo, “Comentarios a la propuesta de reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo”, Rev. Iber. De Der. Proc., Nº 7/2005, p. 31.

El proceso monitorio había tenido acogida, más bien como ejecución pura, en el juicio de apremio que preveía la ley 50 y leyes provinciales, y que se ha potenciado en la ejecución fiscal nacional a través de la reforma de la ley 11.683 (art. 92). Los Códigos Provinciales Contencioso Administrativos en cuanto se rigen por las disposiciones de las reglas que específicamente regula la materia impositiva u otro título al que por ley se haya atribuido fuerza ejecutiva, traen sistemas similares, quedando en subsidio las normas del Código Procesal (art. 605 del CPCCN). También hallamos el modelo de ejecución pura en las ejecuciones bancarias de los bancos estatales, por préstamos hipotecarios, aunque en realidad en estos casos la ejecución administrativa proviene del hecho de que no se ha transmitido la propiedad al adquirente.

e) *El Anteproyecto de Código Tipo de Procedimiento Civil para América Latina del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. Este ordenamiento, en el art. 311 articula el proceso de estructura monitoria, pero con una extensión mayor que la del juicio ejecutivo y aplicable a los siguientes procesos: 1) ejecutivos; 2) desahucio o desalojos; 3) entrega de la cosa; 4) entrega efectiva de la herencia y 5) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas en los respectivos registros (compraventa de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad de propiedad horizontal). En tal sentido Enrique Véscovi (11) concluye que los principios sobre los que se organiza el proceso ejecutivo en este tipo monitorio son los siguientes: jurisdiccionalidad de la ejecución, unidad de la competencia, singularidad o unidad procesal conforme con lo cual la oposición debe plantearse en el propio proceso de ejecución y mediante acto habilitante para ello. Este principio de singularidad tiene como bases: la limitación de las excepciones proponibles, reducción del modo más rápido de la etapa de conocimiento a falta de oposición tempestiva y admisible del ejecutado. En cuanto a las excepciones hay limitación de la prueba: carga del oponente de ofrecer la prueba junto con las excepciones, poder-deber del juez de rechazar *in limine* las excepciones si no son admisibles, irrecurribilidad de esta resolución, ejecución provisoria de la sentencia bajo caución, juicio ordinario posterior.

f) *El sistema de la República Oriental del Uruguay*. Estas ideas se encuentran en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (ley 15.892), que regula el sistema de la siguiente manera: el proceso de estructura monitoria se aplicará en los casos previstos en las

(11) VÉSCOVI, Enrique, "Proceso ejecutivo", en Roma e América Latina. Collana di studi giuridici latinoamericani, 4, Un 'Codice tipo' di Procedura Civile per l'America Latina, Padova, 1990, p. 295.

Secciones II (juicio ejecutivo) y III (que constituyen otros procesos monitorios como entrega de la cosa, entrega efectiva de la herencia, pacto comisorio, escrituración forzada, resolución del contrato de promesa, separación de cuerpos y divorcio y cesación de condominio de origen contractual) (art. 351). Como presupuestos se establece que en todos los casos, para promover la demanda, se requerirá documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente en la etapa preliminar respectiva (art. 352.1) con la excepción de que se trate de contrato que pueda ser probado por testigos (art. 352.2).

Ahora bien, en el citado ordenamiento el proceso ejecutivo procede conforme con los títulos que autoriza el art. 353, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible: 1) transacción no aprobada judicialmente; 2) instrumentos públicos; 3) instrumentos privados suscritos por el obligado o por su representante, reconocidos o dados por reconocidos ante el tribunal competente; 4) cheque bancario, letras de cambio, vales, pagarés y conformes, según lo dispuesto en las leyes respectivas; 5) las facturas de venta de mercaderías suscritas por el obligado o su representante, reconocidas o dadas por reconocidas conforme a lo dispuesto en el numeral 3º de este artículo, y 6) en general, cuando un texto expreso de la ley confiere al acreedor el derecho a promover juicio ejecutivo.

El trámite del procedimiento monitorio aparece en los numerales 354.1 que dice: cuando se pida ejecución en cualquiera de los casos que la aparejen, el tribunal decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos. Si no considerare bastante el documento declarará que no hay lugar a ejecución. Una y otra cosa sin noticia del deudor. 354.2: en el mismo auto que decreta el embargo, citará de excepciones al ejecutado. 354.4: si éstas se opusieren, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el art. 356 y ss. (traslado, audiencia y sentencia, con recursos y juicio ordinario posterior). En caso contrario, se irá directamente a la vía de apremio, salvo cuando se trate del embargo general de derechos y acciones en el cual deberá esperarse la denuncia de bienes concretos de parte del ejecutante. Barrios de Angelis (12) critica este sistema porque dice que el Código, modificando las directivas de Couture al respecto, no comprende en los procesos de ejecución al monitorio. Con la consecuencia de que el proceso ejecutivo tiene que quedar montado en dos caballos: hasta la sentencia inicial firme, o hasta que se pronuncia sobre las excepciones, en el proceso de conocimiento; luego en el proceso de ejecución.

(12) BARRIOS DE ANGELIS, Dante, El proceso civil. Código General del Proceso, t. 2, Idea, Montevideo, 1989, p. 133.

g) *El sistema de Brasil*. En el sistema brasileiro, por ley 9079 del 14 de julio de 1995, se agregaron los arts. 1102, a) al 1102, c), al Código de Proceso Civil, que regulan la institución de la siguiente forma: la acción monitoria compete a quien pretende, con base en prueba escrita sin eficacia de título ejecutivo, el pago de suma en dinero, entrega de cosa fungible y de determinado bien inmueble (art. 1102, a). Estando la petición inicial debidamente instruida, el juez otorgará de plano la expedición de la orden de pago o la entrega de la cosa en un plazo de quince días (art. 1102, b). En el plazo previsto en el artículo anterior podrá el culpado (ejecutado) ofrecer embargos (excepciones), que suspenden la eficacia del mandato inicial. Si los embargos no fueren opuestos, se constituirá, de pleno derecho, un título ejecutivo judicial, convirtiéndose el mandato inicial en mandato ejecutivo y prosiguiéndose en la forma prevista en el Libro II, Títulos II a IV (art. 1102, c), que tratan las diversas formas de ejecución (arts. 612 a 735).

Y agregan los párrafos 1 a 2 de este artículo: “Cumpliendo el reo (el ejecutado) lo ordenado quedará exento de costas y honorarios abogadiles. Los embargos (excepciones) son independientes de previo aseguramiento del juicio y serán tramitados en los propios autos por el procedimiento ordinario. Rechazados los embargos, se constituirá de pleno derecho un título ejecutivo judicial, intimándose al deudor y prosiguiéndose en la forma prevista en el Libro II, Título II, Capítulos II a IV”, (es decir: la ejecución de la entrega de cosa, la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer y la ejecución de dinero cierto contra deudor solvente) (la traducción es nuestra).

Comentando la reforma, Borges, M. A. (13) concluye: a) el procedimiento monitorio brasileiro es especial de tipo documental; b) es un camino por el cual transita un proceso de conocimiento, y c) el objetivo es el pago de una suma de dinero, la entrega de una cosa fungible o un determinado bien inmueble, por medio de una orden judicial con eficacia ejecutiva.

El nuevo Código Procesal Civil brasileiro de 2015 establece el sistema de la llamada acción monitoria, según la cual puede ser propuesta por aquel que afirma, con base en la prueba escrita sin eficacia de título ejecutivo, tener derecho a exigir que el deudor: I - el pago de suma de dinero; II - la entrega de cosas fungibles o no fungibles o de bienes muebles e inmuebles; III - el debido cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer (art. 700). La prueba escrita puede también consistir en una prueba oral documentada producida anticipadamente en los términos del art. 381 (producción anticipada de prueba).

(13) BORGES, M. A., “El proceso monitorio”, cit., p. 78.

h) *La injunction portuguesa*. Morello - Kaminker (14) nos informan que “en 1998 el decreto ley 269/1998, de 1/9 (Diario de la República [BO] Portugal, Serie A, 30/9/1998), y que entró en funcionamiento en noviembre de ese año define, simplifica y perfecciona el denominado proceso o providencia de *injunction (injunção)* con la finalidad de favorecer su utilización y asegurar de forma rápida el cobro de deudas dinerarias”. La congestión de los tribunales llevó a estas medidas. “No había otra manera que la de obedecer a los principios de *desburocratización, simplificación, celeridad y modernización*. De obrarse en correspondencia con esas pautas, se posibilitaría que el acreedor de una prestación dineraria [por lo general de monto reducido] obtuviera fácilmente un título ejecutivo, condición indispensable para al cumplimiento coercitivo de la misma. Así se impulsó el procedimiento con los resultados positivos que consigna la Secretaría de *injunção* de Lisboa y de los que damos cuenta más adelante. 145. *Características*. Del requerimiento de *injunction* se puede valer (sin necesidad de recurrir a mandatario) cualquier entidad siempre que la obligación pecuniaria emerja de un contrato y el monto de lo que se reclama no supere el valor de 750 contos (aproximadamente 4000 dólares para la época de la ley). Concurrentemente, la tasa de justicia se ha rebajado a la mitad de la que se exige para cualquier otro proceso. En el armado de los actos y actividades cuyo punto medular es el *requerimiento de pago* al (o los) deudor/es juega como pieza central y es también clave *el rol del correo* por cuyo medio son aquéllos enviados. También el correo es el que, después de diligenciados, los devuelve. III. Su mecánica. 146. Importa destacar: 1. Que esos requerimientos (de *injunction*) pueden ser entregados en ficheros informáticos, lo cual permite al usuario (al que se sirve de este procedimiento, en portugués *liténte*) recibir de inmediato la referencia de identificación de los que ya han sido entregados y los números que le fueron atribuidos. 2. Todas las notificaciones son expedidas al día siguiente de la entrada. 3. Permite sin complicaciones judiciales demandar (requerir, intimar) a que sea pagado por el obligado; a que liquide y satisfaga la deuda dineraria. 4. Las fallas más acentuadas (en superación) parecen radicarse en el número de notificaciones frustradas... 5. La implementación y celoso seguimiento de esta iniciativa ha puesto en evidencia que en Lisboa, rápidamente, el mayor número de requerimientos (52,5%), termina con la puesta de *la fórmula ejecutiva* y que sólo en mínima proporción (el 2,4%) se dedujo oposición por los deudores”.

(14) MORELLO, Augusto M. y KAMINKER, Mario, Nuestro juicio ejecutivo, Librería Editorial Platense, La Plata, 2002., ps. 148 y 149, con un agradecimiento especial a Carlos Manuel Ferreira Da Silva, por el material bibliográfico, antecedentes legislativos, formularios y estadísticas, así como explicaciones brindadas. Ver: FERREIRA DA SILVA, Carlos M., “A reforma da acção executiva (Portugal 2001/2002)”, Rev. Iber. De Der. Proc., N° 1/2002, p. 29.

II. El proceso monitorio en la Argentina

Más allá de sistemas monitorios de carácter urgente del tipo de ejecución pura que en la Argentina corresponden a Bancos del Estado y la tendencia impositiva a incluirlo en el campo de la ley 11.683, el juicio monitorio comenzó a incorporarse a través de los Códigos Provinciales. (15) Ahora bien, los Códigos Procesales Civiles (o Civiles y Comerciales) que incorporaron el monitorio lo hicieron para cubrir con urgencia determinadas situaciones. Así tenemos:

a) *Código de Entre Ríos*. En este ordenamiento el proceso monitorio comprende: 1. Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas. 2. División de condominio, cuando la división en especie fuera imposible. 3. Restitución de la cosa mueble dada en comodato. 4. Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual. 5. Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario. 6. Obligación de otorgar escritura pública y transferencia de automotores. 7. Cancelación de prenda o hipoteca. 8. Los procesos de ejecución, en los casos autorizados por este Código u otras leyes, con excepción de la ejecución de sentencia (art. 472).

b) *Código de La Pampa*. Se aplicarán las normas del presente título a las controversias que versen sobre: a) obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas; b) división de condominio; c) restitución de la cosa inmueble dada en comodato; d) desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual; e) desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes; f) obligación de otorgar escritura pública y transferencia de automotores; g) cancelación de prenda o hipoteca; h) los procesos de ejecución, en los casos autorizados por este código u otras leyes, con excepción de la ejecución de sentencia (art. 463) Para acceder al proceso monitorio, a excepción del supuesto contemplado en el art. 463, inc. h), el actor deberá presentar instrumento público o instrumento privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviere certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción (art. 464).

(15) En el campo nacional del proceso de ejecución los sistemas monitorios aparecieron, sin ese nombre, para cubrir determinadas situaciones particulares (Banco Hipotecario, Banco Nación; o del Banco de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, o el modelo actual de la ejecución fiscal de la ley 11.683, art. 92).

c) *Código de Río Negro*. Se aplicarán las normas del presente título (procesos de estructura monitoria) a las controversias que versen sobre: 1. Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas. 2. Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual. 3. Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes. 4. División de condominio. 5. Restitución de la cosa dada en comodato. 6. Los procesos de ejecución, de conformidad con las normas que regulan estos procesos (art. 487). Para acceder al proceso monitorio, salvo en los casos del inc. 6º del art. 487, el actor deberá presentar instrumento público o instrumento privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviere certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción (art. 488). El inc. 6º deriva los títulos habilitantes a los títulos ejecutivos.

d) *Código de San Juan*. En todos estos sistemas, una de las variantes que contempla es la ejecución, entendiendo por tal el juicio ejecutivo. Sin embargo el Código de San Juan, que también trata el proceso monitorio lo emplea con mayor extensión, pues dice respecto de los procesos de estructura monitoria: se aplicarán las normas del presente título a las controversias que versen sobre: 1) Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas. 2) División de condominio. 3) Restitución de la cosa dada en comodato. 4) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes. 5) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual o falta de plazo de restitución, siempre que en éste último caso se acredite la intimación fehaciente a restituirlo. En el caso de vencimiento del plazo contractual, también deberá acreditar la intimación fehaciente de restituirlo conforme a las leyes vigentes, cuando no se haya pactado la mora automática en el contrato. 6) Obligación de otorgar escritura pública. 7) Obligación de transferir automotores. 8) Cancelación de prenda o hipoteca. Será requisito para acceder al proceso monitorio, que el actor presente instrumento público, o instrumento privado reconocido judicialmente, o cuya firma estuviere certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción (art. 453). Luego, en el campo del juicio ejecutivo desarrolla los efectos de la sentencia que se dicta en este sistema aplicándolo en el art. 493 a la ejecución de sumas de dinero líquidas y exigibles contenidas en los arts. 486 y 487 (es decir en los títulos ejecutivos).

Pues bien, nosotros nos referiremos ahora sólo al proceso monitorio que precede y/o sustituye al juicio ejecutivo.

III. Comparación de los sistemas

En los Códigos que hemos mencionado y que se ocupan del tema se anotan varias diferencias. El Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, en el art. 472, inc. 8º habla de “Los procesos de ejecución, en los casos autorizados por este Código otras leyes, con excepción de la ejecución de sentencia”, de manera similar al CPCC de La Pampa (art. 463, inc. h)], que indica “los procesos de ejecución, en los casos autorizados por este Código u otras leyes, con excepción de la ejecución de sentencia”. En cambio el de CPCC de Río Negro en el art. 487, inc. 6º, menciona “Los procesos de ejecución, de conformidad con las normas que regulan estos procesos”. Pero más allá de estas diferencias, en todos los casos, cuando se establecen los requisitos para el proceso monitorio en general, se indica que no está comprendido dentro de estos requisitos generales el proceso de ejecución de sentencia (Entre Ríos art. 473, La Pampa art. 464 y Río Negro, art. 488). Ahora bien, cuando los ordenamientos tratan el juicio ejecutivo, no todos los Códigos siguen el mismo criterio. (16)

En este sentido el CPCC de La Pampa (art. 501 y ss.) y el de Río Negro (art. 531 y ss.) cambian sustancialmente la estructura del modelo del art. 531, CPCCN y pasan directamente a la sentencia monitoria y esta, a su vez, es aplicada en el proceso ejecutivo directamente. Por su parte el Código de Entre Ríos reenvía a la ejecución de sentencia. De esta manera se advierte que no todos los caminos son iguales. Veamos:

a) *La Pampa*. El art. 501 del Código Procesal Civil de La Pampa dice: Si el instrumento con que se deduce la ejecución se hallare comprendido entre los que establecen los arts. 494 y 495 o se hubiere preparado la acción ejecutiva conforme a derecho, *el juez dictará sentencia monitoria*, mandando llevar la ejecución adelante por lo reclamado, con más la cantidad que se estime provisoriamente para responder a intereses y costas. En la misma decisión, librará mandamiento, observándose el siguiente procedimiento: 1º) Con el mandamiento, el oficial de justicia requerirá el pago al deudor. Si no se pagare en el acto el importe del capital reclamado, del estimado por el juez en concepto de intereses y costas, y de la multa establecida por

(16) LEGUISAMÓN, Héctor E., “El proceso monitorio y el principio de contradicción, bilateralidad o controversia”, *elDial* 26/9/2011; íd. “El proceso monitorio en la República Argentina”, *elDial* DC1CCF; PERRET, María Alejandra y JURY, Carlos A., “Proceso monitorio en pos de una tutela judicial efectiva, en materia de régimen de contacto entre padres o madres e hijos no convivientes”, *elDial.com* - DC171F.

el art. 499, en su caso, dicho funcionario procederá a embargar bienes suficientes para cubrir la cantidad fijada en el mandamiento. El dinero deberá ser depositado en el Banco de La Pampa dentro del primer día hábil siguiente. 2º) El embargo se practicará aun cuando el deudor no estuviere presente, de lo que se dejará constancia. Si se ignorase el domicilio del deudor, se nombrará al defensor general, previa citación por edictos que aparecerán en una publicación del Boletín Oficial y una en un diario. 3º) El oficial de justicia requerirá al propietario de los bienes para que manifieste si se encuentran embargados o afectados por prenda u otro gravamen y, en su caso, importe del crédito, el nombre y domicilio de los acreedores y juzgado, secretaría y carátula del expediente, bajo apercibimiento de lo dispuesto en las leyes sobre la materia. Si el dueño de los bienes no estuviere presente, en la misma diligencia se le notificará que debe formular esta manifestación dentro del plazo para oponer excepciones. Aunque no se hubiese trabado embargo, la ejecución continuará, pudiendo solicitar el ejecutante la medida cautelar que autoriza el art. 505. Y el art. 511 del mismo ordenamiento señala La oposición a la ejecución deberá proponerse dentro del quinto día de notificada la sentencia monitoria, conjuntamente con el ofrecimiento de prueba. Las excepciones se opondrán en un solo escrito, debiendo cumplirse, en lo pertinente, los requisitos establecidos en el art. 313, determinándose con exactitud cuáles son las que se oponen. La notificación de la sentencia monitoria importará, asimismo, el requerimiento para que el ejecutado dentro del plazo establecido en el párrafo primero de este artículo, constituya domicilio.

b) *Río Negro*: el Código de Río Negro establece: Art. 531: El juez examinará cuidadosamente el instrumento con que se deduce la ejecución, y si hallare que es de los comprendidos en los arts. 523 y 524, o en otra disposición legal y que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales, dictará sentencia monitoria mandando llevar adelante la ejecución; si el ejecutante lo solicitase se trabará embargo sobre bienes del deudor. En la sentencia se fijará también, una suma presupuestada para intereses y costas, sujeta a la liquidación definitiva. A su vez, el art. 542: Dentro del quinto día a partir de la notificación de la sentencia monitoria el ejecutado podrá cumplir la sentencia depositando el capital de la condena más la suma presupuestada para intereses y costas u oponerse a ella deduciendo las excepciones previstas en el art. 544, lo que deberá hacerse en un solo escrito, conjuntamente con el ofrecimiento de prueba. Deberán cumplirse en lo pertinente, los requisitos establecidos en los arts. 330 y 356, determinándose con exactitud cuáles son las excepciones que se oponen. No habiéndose efectuado el pago ni deducido oposición, se pasará directamente a la etapa de cumplimiento de la sentencia, aplicándose en lo pertinente lo dispuesto en el art. 561 y ss.

c) *Consecuencias de estas normas.* La consecuencia de estas normas son la aplicación inmediata de la ejecución, o el trámite del juicio ejecutivo en caso de oposición. Pero lo fundamental es que no se hace la intimación previa, sino que se establece un plazo para oponerse a la sentencia. Durante ese plazo sólo se admiten las excepciones tradicionales del juicio ejecutivo y no se puede discutir la causa, la que queda reservada a un juicio posterior. Aunque parezca extraño, en la generalidad de los casos los supuestos de oposición a la sentencia son muchísimo menores que los casos de intimación de pago y citación a poner excepciones, porque en este supuesto todavía no hay sentencia y ello produce un efecto psicológico que da lugar a esta reducción en los reclamos.

d) *Entre Ríos.* En cambio el Código de Entre Ríos incluye la viabilidad del monitorio ejecutivo en el art. 479, segunda parte, pero remite a las reglas de ejecución de sentencia, pues dice: "En defecto de oposición o resuelta ésta por decisión firme, se continuará con la ejecución de la sentencia monitoria, aplicándose en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la prestación debida, las normas del Libro III, Título I, Capítulo I de este Código". Esta disposición contiene dos errores, si bien en la ejecución de sentencia no hay intimación de pago, en realidad, debió remitirse al cumplimiento de la sentencia de remate, ya que el monitorio no es un proceso de conocimiento que deba pasar por la vía de la ejecución de una sentencia de conocimiento.

e) *San Juan.* Por su parte San Juan regula el proceso monitorio está previsto para los reclamos del art. 453 que no se refieren al juicio ejecutivo y luego en este proceso desarrolla un sistema específico con el modelo monitorio con referencia exclusiva a los títulos ejecutivos.

IV. Conclusiones

Dos aspectos singulares presenta el proceso monitorio. Uno es el efecto psicológico en los casos de juicios ejecutivos. En este aspecto hay que considerar que es distinta la situación cuando se dicta la sentencia ejecutoria, si a continuación de la misma se intima de pago, o simplemente se notifica la sentencia que puede ser impugnada. Las estadísticas muestran que los promedios de impugnación de la sentencia monitoria en caso de que se dicte una resolución que sólo se notifica condenando al pago, son inferiores a los casos en que en el juicio ejecutivo se formaliza la intimación de pago, y la recursividad o la impugnación con relación al juicio ejecutivo tradicional, todavía es mayor. Esto último ha hecho pensar que en los monitorios no corresponde intimar el pago (como hacen algunos Códigos provinciales) y es conveniente notificar simplemente la sentencia. Y esto se produce porque los efectos de una sentencia judicial tienen mayor fuerza que el reclamo de pago que viene de parte del acreedor en un proceso que tiende a esa

solución que ya trae la sentencia, aunque luego el camino a recorrer, en caso de impugnación de la sentencia monitoria, sea el mismo que el del juicio ejecutivo. El otro aspecto es que el proceso monitorio resulta finalmente una vía adecuada para resolver el tema de la medida llamada “autosatisfactiva”, que varios autores han considerado, con error, que podía darse y cumplirse sin ninguna intervención del afectado, lo que obviamente no es posible porque se viola el principio de defensa en juicio protegido por la Constitución Nacional y las convenciones internacionales. Presentada así la medida “autosatisfactiva”, la misma se cumple en las condiciones de las medidas cautelares sin intervención de la otra parte. Cumplida la medida se notifica la sentencia que puede ser impugnada por el afectado por la medida. Esta impugnación, por vía de oposición, es distinta del recurso del art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial, que ha tenido ya muy diversas críticas por lo limitada de la defensa que se permite al afectado mediante un recurso en relación. ◆

CONTRATOS POR ADHESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: ALGUNOS COMENTARIOS

POR RAFAEL M. MANÓVIL (*)

I. Breve introducción: evolución histórica del acuerdo de voluntades

La celebración de un contrato es el producto de un acuerdo de las voluntades de las partes (1). Ello fue así desde las primeras etapas del Derecho Romano, aún en su fase más formalista, el *Ius Quiritarium*, cuando la fuerza obligatoria de lo convenido se limitaba a su esencia causal, mas no a otros tipos de pactos (2). No dejó de ser así, tampoco, en ninguno de los períodos de la evolución posterior, v.gr. cuando aparecieron las categorías de los contratos reales y de los consensuales y se consolidó la idea de los contratos innominados, ni tampoco en tiempos de la decadencia jurídica de la Edad Media y de la aparición de la influencia de formas más primitivas provenientes de los pueblos germánicos. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de las diferencias que se fueron marcando entre las regiones de Europa según estuvieran influenciadas por los francos, por los visigodos o

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 3 de diciembre de 2015.

(1) La noción de consentimiento representa etimológica e históricamente esa conjunción de voluntades, según ya lo definía Ulpiano, y lo mismo la de convenir. Las voluntades que expresan las partes coinciden en aquello que reglan, aunque no se fusionen en una sola voluntad como parece desprenderse de textos legales como el art. 1137 del Código de Vélez. Desde el punto de vista de la precisión conceptual, es más exacta la definición del art. 957 del nuevo Código Civil y Comercial, cuando define al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento...”

(2) Sin embargo, véase, DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Thomson-Civitas, Pamplona, T. I, Sexta Edición, 2007, pág. 135, donde, no sin razón, precisando, dice que “originariamente no ha existido una clara relación entre la idea de contrato y la de acuerdo de voluntades. Hay un contrato cuando se contrae una obligación y esto puede ocurrir por cumplir una determinada forma solemne con unas palabras rituales o por suscribir un documento o por realizar un determinado comportamiento. El puro acuerdo de voluntades, originariamente, era por sí solo constitutivo de un nudo pacto y por consiguiente se encontraba desprovisto de acción”.

por los germanos. De todos modos, cuando los historiadores del derecho de la Edad Media estudian el papel del consentimiento en las distintas etapas de su evolución, no lo hacen para poner en duda su imprescindible necesidad para que haya contrato, sino para analizar si el elemento consensual era suficiente o requería de otras condiciones y formalidades. Desde luego, en este contexto puede ponerse en duda el carácter contractual del vasallaje y de la servidumbre, ello en razón de la influencia de lo que hoy se calificaría como el derecho público propio de la organización social y económica de la época. Recién en el siglo XIII parece haber vuelto a ocupar su sitio el Derecho Romano contractual, al lado de la influencia moralizadora del derecho canónico (3), y de las primeras manifestaciones del Derecho Mercantil como producto de la necesidad de reglas contractuales más ágiles para atender el incipiente tráfico y el crecimiento de la actividad de los comerciantes en las ciudades.

Ya en la Edad Moderna, el mercantilismo proteccionista practicado por las monarquías absolutas (recuérdense las Ordenanzas de Colbert de 1673/81) potenció el desarrollo y la necesidad creciente de contrataciones ágiles y jurídicamente seguras. El movimiento de la Ilustración, gestado a partir de la misma época por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot, D'Alambert y los enciclopedistas, sumado a la escuela del derecho natural y a la Revolución Industrial —que, paralelamente, se produjo en Inglaterra poco antes de mediados del siglo XVIII—, no hicieron sino profundizar esos requerimientos. Cada vez más, la rapidez, la seguridad, la simplicidad y la libertad fueron los factores fundantes del carácter consensual del contrato y de su fuerza obligatoria.

II. La Revolución Francesa, los Códigos y el voluntarismo liberal

La culminación del proceso fue, por supuesto, la Revolución Francesa y el triunfo del liberalismo que, fundado en los principios de libertad, igualdad e independencia del individuo, expresó la idea del derecho absoluto a la propiedad de cada uno, por lo tanto también la de su derecho a disponer por su sola voluntad, y sólo por ella, de lo que es suyo. En otras palabras, se consolidó la entronización del consentimiento como fuente de las obligaciones contractuales (4). Consentimiento como expresión de la voluntad

(3) Según uno de sus preceptos, faltar a una promesa era un engaño y una mentira, o sea, un pecado.

(4) Kant, que murió el mismo año de la entrada en vigencia del Código Civil francés, había escrito que “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo” (KANT, Emmanuel, *Doctrine du droit*, pág. 169 de la traducción de Barni, citado por ALTERINI-LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*,

que, sin entrar en la controversia sobre el grado de prevalencia entre la voluntad real o psicológica y la voluntad declarada (5), invita a recordar las palabras de Risolía cuando escribía que *“la voluntad tiene un proceso interno que se rige exclusivamente por la ley de finalidad; toda acción presupone un fin. ... Tras ese proceso interno viene después la ejecución de su mandato, el hecho que se cumple en el mundo exterior, según la ley de causalidad que gobierna los fenómenos físicos”* (6). Y luego de una cita de Ihering continuaba: *“La deliberación, el propósito, la resolución, son las tres etapas del proceso interno de la voluntad reflexiva... La deliberación es pausa y es duda; el propósito es ya preferencia y proyecto; la resolución, en fin, concentra toda la actividad del espíritu, mudado de la incertidumbre a la certidumbre y dignificado con el toque precioso de la libertad. ... El hombre libre es, por definición, el hombre que elige. El hombre que elige manifiesta su voluntad reflexiva. Voluntad entraña, pues, libertad. Crisis de la voluntad es también crisis de la libertad”* (7).

Esos principios son recogidos por el Código Civil francés de 1804 que, aunque no fue el primer Código (8), fue el que influyó de modo decisivo en la legislación del continente europeo y de los países adscriptos a su cultura. En particular, en lo que aquí interesa, sobre el presupuesto del dogma de la libertad y de la responsabilidad, superador de la atadura del individuo al *status* (9) y

Bs. As., Abeledo Perrot, 1989, pág. 10. Ver referencias también en STIGLITZ, Rubén y Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Ed. La Ley, Bs. As., 2ª ed., 2012, págs. 88/90).

(5) Recuérdese la discusión a que dio lugar a este respecto la sanción del Código Civil alemán de 1900. Por otra parte, vale la pena citar la ingeniosa presentación de Gino GORLA, cuando escribió que “en realidad no se trata de que la voluntad haya creado el vínculo”, sino de que el sujeto está “obligado a observarlo por haberlo querido, creando aquella situación frente a otras personas” (GORLA, Gino, El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico, Trad. de J. Ferrandis Villella, Barcelona, 1959, T. I, págs. 96/7, citado por ALTERINI-LÓPEZ CABANA, La autonomía..., cit. nota 4, pág. 66).

(6) RISOLIA, Marco Aurelio, Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, Bs. As., Valerio Abeledo, 1946, págs. 18/9.

(7) RISOLIA, Marco Aurelio, Soberanía y crisis..., cit. nota 6, pág. 19. Más adelante precisa que la voluntad jurídica es “la voluntad que tiene eficacia en el campo del derecho” (ídem, pág. 37).

(8) Suelen citarse como anteriores el de Christian V de Dinamarca, de 1683, el de Noruega de 1685, el sueco de 1734, el de los estados Sardinios, de 1723, el de Baviera de 1756 y el de Prusia de 1704.

(9) Puede verse, entre otros, REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas pre-dispuestas, Astrea, Bs. As., 1987, págs. 19 y sigtes. y sus citas de Henry Sumner Maine,

a lazos profesionales corporativos, su art. 1134 establece que “*las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley entre los que las han hecho*” y, además, que “*no pueden ser revocadas más que con su consentimiento mutuo, o por las causas que la ley autoriza*” (10). Similares conceptos, de fundamentación liberal e individualista (11) y con apoyo en el principio de igualdad entre las personas, se encuentran en todos los Códigos, incluido el de Vélez en el art. 1197 (12). El contrato así concebido fue también el instrumento movilizador de la propiedad, potenciando el significado y la importancia de ésta.

Mas en ningún régimen del derecho comparado ello tuvo carácter absoluto e ilimitado: por mínimas que fueran, siempre existieron restricciones fundadas en el orden público, en la moral, en las buenas costumbres, en la protección a la propia libertad de contratar —v.gr. al impedir restringirla sin límite de tiempo—, en las que convocan un cierto grado de tutela, así como las derivadas de la teoría de la causa del contrato y, a partir de las primeras décadas del siglo veinte en Europa y en nuestro país luego de la reforma de 1968, en la lesión, la imprevisión, el abuso del derecho, la cláusula resolutoria implícita, etc. Más modernamente se instalaron o expandieron nuevos conceptos, producto del crecimiento y de la concentración empresaria, como la política antimonopólica, la defensa de la competencia en el mercado y la figura del abuso de una posición dominante.

Es del caso preguntarse a esta altura si el voluntarismo supremo predicado en tiempos del máximo esplendor de las ideas liberales e individualistas, y el imperio de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria de los contratos, debe ser tomado como un dato filosófico predisposto por la razón y la naturaleza de la vida en sociedad, o si, por el contrario, todas esas características derivan de las normas —como las mencionadas en el

Giorgio Del Vecchio, Manfred Rehbinder, P.S. Atiyah, Francesco Santoro-Passarelli, y otros.

(10) “La libertad de contratar no puede estar limitada más que por la justicia, por las buenas costumbres, por la utilidad pública” (PORTALIS, Jean Etienne Marie, Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil francés).

(11) Según también lo expone Risolía, “la doctrina clásica entraña: 1º) Una concepción individualista sobre el hombre y sus facultades; 2º) Una concepción voluntarista sobre el fundamento del derecho, de la ley y del acto jurídico; 3º) Una concepción liberal sobre el fin del derecho, que perseguiría la libertad del individuo” (RISOLÍA, Marco Aurelio, Soberanía y crisis ..., cit. nota 6, pág. 41).

(12) El texto de esta norma constituye una correcta interpretación de la fórmula francesa, y una expresión más precisa: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

párrafo anterior—, que son base del ordenamiento, y que están porque medió la decisión de política legislativa que así las estableció. Es decir, todo cuanto se ha predicado al respecto, ¿es producto de la norma jurídica que otorga obligatoriedad a lo pactado en los contratos, o deriva de una exigencia externa al ordenamiento jurídico o, por lo menos, externa al ordenamiento jurídico referido a los contratos (v.gr., el poder de autogobierno del individuo)? (13)

III. Los cambios sociales y económicos y su influencia sobre el contrato

No está a mi alcance, ni es propio de esta comunicación, adentrarme en las vastas discusiones acerca de los profundos cambios sociales, políticos y económicos que se produjeron durante el siglo XIX, y luego en el siglo XX, ni en las polémicas sobre el auge y la decadencia del liberalismo, o sobre las diversas nuevas concepciones sociales, provenientes tanto de distintas corrientes del tronco socialista como de la doctrina social de la Iglesia. Pero sí corresponde señalar, por lo menos, que la doctrina, casi sin excepciones, atribuye a esas mutaciones una considerable influencia en la evolución del derecho contractual. Sin embargo, creo que, en todo caso, los cambios en esta última esfera no están en proporción con la magnitud de los cambios producidos en la organización social, en las concepciones de la vida y en los modos de producción de bienes y servicios.

Todo ello ha producido la llamada *crisis* del contrato, que algunos autores señalan como objeto de especial atención por toda la doctrina contractualista contemporánea (14) y que otros, con mayor acierto, califican como la crisis de la autonomía de la voluntad (15). Por supuesto que la mani-

(13) Puede verse un análisis de este problema en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit. nota 2, págs. 140 y sigtes., con importantes citas de Federico de Castro (págs. 145/6) y del alemán Ludwig Raiser (págs. 146/7), que son críticos de la última tesis mencionada en el texto.

(14) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Bs. As., Ed. Universidad, 1984, pág. 198. De más está decir que contemporáneo es una referencia, en todos los casos, a la época en que escribe cada autor, ya que sobre la llamada crisis se ha reflexionado y escrito con infinitos matices desde la última parte del siglo XIX hasta nuestros días.

(15) ALTERINI-LÓPEZ CABANA, *La autonomía...*, cit. nota 4, págs. 14 y sigtes. y sus citas. También STIGLITZ, Rubén y Gabriel, *Contratos por adhesión...*, cit. nota 4, págs. 125/7, lo definen como la recreación del contrato, ya que “hoy, la declaración de voluntad común tiene fuerza obligatoria en la medida en que lo acordado por las partes se halle a) conforme con el ordenamiento jurídico; b) sea individual y socialmente útil y c) se adecue al principio de la máxima reciprocidad de intereses”.

festación de esa crisis puede hallarse en diversos datos, el enunciado de los cuales también depende de las ideas individuales de cada autor (16). Sin embargo, existe un hilo conductor central que puede predicarse como común en la apreciación del fenómeno. Por una parte, el hecho de que el consentimiento como fundamento de la obligatoriedad de lo que voluntariamente se ha asumido, no siempre es real, porque a menudo es presumido o supuesto, o no alcanza íntegramente a todo el contenido expresado en el contrato. Por la otra, el desarrollo de los modos de producción de bienes y servicios, que hace que en la mayoría de las relaciones contractuales no exista entre las partes el equilibrio ni la equivalencia en su respectivo poder y libertad de negociación para formar el contrato, datos éstos que habían sido el presupuesto del modo clásico de explicar su fuerza obligatoria.

La percepción de estos datos esenciales es la que ha dado lugar a una creciente injerencia del Estado, ya sea mediante su actividad legislativa al establecer normas imperativas de tutela, ya sea mediante la directa intervención en diversas actividades y modalidades contractuales con normas y regulaciones de derecho público económico. Así, frente al *derecho negociado*, retoma su fuerza una importante dosis de *derecho impuesto* (17). Ya no se trata solo de restricciones prohibitivas fundadas en el orden público que impiden ciertas estipulaciones, sino de la activa imposición de un cierto contenido positivo en el contrato. Ya no se trata de la sola tutela de personas o de ciertos intereses, sino del ejercicio del poder de dirección por parte del Estado, que puede llegar, incluso, a obligar, por lo menos a una de las partes, a la celebración del contrato (18). En otros términos, se instala, en

(16) Incluso hay quienes niegan toda crisis, como LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los contratos. Parte General, Bs. As., Ed. Zavalía, 2ª edición, 1975, pág. 49.

(17) La expresión y el paralelo entre ambos es de VASSEUR, Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concerté et contractuelle, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1964, pág. 8, citado por ALTERINI-LÓPEZ CABANA, La autonomía..., cit. nota 4, pág. 13, y reiterado por JACQUEMIN y SCHRAUS, Le droit économique, 1970, pág. 38, citado por BERLIOZ, Georges, Le contrat d'adhésion, Paris, LGDJ, 1976, pág. 8.

(18) Se los ha denominado en doctrina contratos forzosos (VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión..., cit. nota 14, págs. 220/2. Además de los ejemplos clásicos del depósito necesario, las expropiaciones, ciertas servidumbres, los servicios públicos, militan en este grupo normas extremadamente controvertidas como la ley 20.680, llamada "de abastecimiento", y otras de similar especie, incluso la legislación que dio lugar a sendos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos Inchauspe Hnos. c. Junta Nac. de Carnes (1.9.1944, Fallos 199, pág. 483) y CAVIC c. Juan Maurín y Cía. SRL (8.7.1970, Fallos 277, pág. 158).

mayor o menor medida, el *dirigismo contractual* (19). Algunos lo califican como un tránsito o un regreso del contrato al *status* (20).

IV. La contratación masiva, sus necesidades y consecuencias

Al margen de desigualdades entre las partes de numerosas clases de relaciones, que han potenciado esos fenómenos, en lo apuntado ha tenido un papel importante la modalidad de la contratación masiva, modalidad imprescindible, a su vez, a la luz del exponencial aumento de la velocidad de producción que resulta de los adelantos tecnológicos. No serían compatibles la elaboración de cien unidades por día, por hora y a veces por minuto, y una discusión contractual de una hora por cada unidad que se coloque en el mercado: la contratación debe seguir el ritmo de la producción (21). Como ya escribió Heck en 1902, "*la actividad masiva impide controlar con exactitud los presupuestos del negocio particular [y] deben ser suficientes la apariencia y la buena fe*" (22).

A partir del hecho de que se ha producido una variación substancial en el modo de concertación de los negocios respecto del modelo teórico tenido en cuenta por el codificador francés y por los que siguieron su modelo, es preciso seguir las distintas líneas que marcan las principales diferencias, para tratar de razonar sobre sus consecuencias jurídicas. En este camino, expre-

(19) STIGLITZ, Rubén y Gabriel, *Contratos por adhesión...*, cit. nota 4, págs. 97/99 y sus citas.

(20) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, cit. nota 9, págs. 21 y sigtes. y 32 y sigtes., donde llega a insinuarse que la masa de consumidores podría asumir un status que justifique el ejercicio colectivo de sus derechos.

(21) Es lo que Risolía califica como la necesidad de la "evolución técnica del contrato" (RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis...*, cit. nota 6, págs. 111 y sigtes.).

(22) HECK, F., *Weshalb besteht ein vom bürgerlichem Recht gesondertes Handelsprivatrecht*, en *Archiv für die Zivilistische Praxis*, XCII, 1902, pág. 459. Suele citarse el trabajo (que se halla en la revista citada entre las páginas 438 y 466) de este autor como uno de los precursores de la problemática de la contratación masiva. Sin embargo, más allá de lo acertado de sus observaciones, debe destacarse que su exposición estaba dirigida a demostrar que el fundamento de un derecho mercantil diferenciado del derecho privado común (téngase en cuenta que escribía a los dos años de la entrada en vigencia de los dos nuevos Códigos en Alemania), responde al hecho de la forma masiva de contratación y a las permanentes nuevas exigencias e instituciones adaptadas a la aceleración de la dinámica contractual, la cual, a su vez, también justificaba la regulación del sujeto que se dedica profesionalmente a esas actividades. No profundizó, en cambio sobre las consecuencias en la teoría contractual, como le atribuyen algunos autores. Véase sobre el tema SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de Derecho Comercial*, Bs. As., TEA, 1957, T. I, pág. 437, y BROSETA PONT, Manuel, *La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1965, pág. 86.

samente excluyo aquí toda consideración de la categoría de los contratos de consumo y de la protección de las relaciones con consumidores. La tutela de éstos es materia de política legislativa obedeciendo a principios propios, incluso constitucionales, pero las reflexiones jurídicas que genera no son de igual naturaleza que las que intento presentar en esta comunicación.

Conviene a esta altura no pasar por alto una distinción apuntada, entre otros, por Díez-Picazo, en cuanto a que “*la palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan... y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes*”, o sea, “*una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta*” (23). La distinción sirve para comprender con mayor facilidad que las modalidades de prestación del consentimiento contractual y las del alcance del contenido de este último, pueden determinar diferenciados criterios y varas de interpretación de su obligatoriedad.

La diferencia esencial respecto del contrato tradicional, libremente consentido en cuanto a su celebración, y también libremente negociado en cuanto a su contenido, es la desaparición de partes substanciales de esta última libertad, si no de toda ella, por lo menos para una de las partes del contrato. Para decirlo en términos muy generales, la reacción del derecho frente a estos desequilibrios es la de sustituir el apego a la voluntad recogida o expresada en el contrato, por la búsqueda de un equilibrio sinalagmático y de la racionalidad en las obligaciones asumidas por las partes (24).

Un primer criterio de distinción es el de la *profesionalidad* de una de las partes, enfrentada al carácter lego de la otra. Aunque esa categoría se ha opuesto a menudo a la del consumidor de los bienes o servicios ofrecidos por el profesional, en realidad, la falta de igualdad se presenta en toda contratación en la que una parte, a diferencia de la otra, provee profesional y regularmente de bienes o servicios de una especie determinada a otra u otras partes que, aunque los utilicen en su propio proceso productivo y no las afecten a su uso o consumo personal, desconocen, o están poco familiarizados con los detalles técnicos de las prestaciones objeto de la contratación.

(23) DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos..., cit. nota 2, pág. 139.

(24) Se olvida a menudo que la raíz de estas nociones ya se encontraba en los autores clásicos que se citan como los máximos referentes del liberalismo y de la autonomía de la voluntad, como Montesquieu, Rousseau y el propio Adam Smith. El primero señalaba que a las leyes corresponde igualar las desigualdades; el segundo, que la libertad solo puede subsistir con igualdad, y el tercero, que todo hombre debe ser libre para poder competir con lo que produce, “con tal de que no viole las leyes de la justicia”. Véanse las citas en ALTERINI-LÓPEZ CABANA, La autonomía..., cit. nota 4, pág. 81.

La antes apuntada necesidad de que la contratación alcance el ritmo de la producción de bienes y servicios, determinó la aparición de modalidades más eficientes de contratación, en particular, la predisposición de cláusulas contractuales a las cuales las partes, o una de ellas, simplemente adhieren, o la elaboración de ciertas condiciones generales destinadas a regir los contratos que se celebren en lo sucesivo (25). Estas modalidades se presentan con varios matices, a los que se volverá luego. Pero debe comenzarse por señalar, con Díez-Picazo, que ellas presentan “*el problema dogmático relativo a si en esta forma de operar existe o no un verdadero contrato, sobre todo si se adoptan las tradicionales premisas de la más absoluta voluntad y libertad de los contratantes*” (26).

Esta observación va acompañada de otra muy aguda, a saber, la de que las tendencias más recientes en el derecho comparado y en las propuestas unificadoras (v.gr., los Principios de los contratos comerciales de Unidroit, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, el Código de Comercio Unificado de los Estados Unidos, etc.), al preferir la protección del contrato y la interpretación que lleve a su validez, aunque admitiendo en alguna medida su corrección, tienen su correlato en la declinación de los aspectos subjetivos y de los componentes voluntaristas en la apreciación de si el contrato se ha celebrado y existe (27). Se trata de “*la declinación de la voluntad contractual*” (28) o, como también se ha dicho, de la aparición del “*contrato sin combate*” (29).

(25) Alguna doctrina distinguió entre condiciones generales del contrato y condiciones generales de contratación, pero ello es inconducente en la práctica y ha sido superado. Véase, PAGADOR LÓPEZ, Javier, Condiciones generales y cláusulas contractuales pre-dispuestas, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1990, págs. 17/20 y sus citas.

(26) DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos..., cit. nota 2, pág. 151.

(27) Véase al respecto DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos..., cit. nota 2, págs. 153/4. Se señala allí que los modernos cuerpos normativos citados en el texto “se inspiran en la idea de que es preferible facilitar la contratación o, por decirlo mejor, facilitar la conclusión de que entre las partes existe un contrato, antes que decidir que el contrato no ha llegado a existir o que es nulo. ... [E]s preferible considerar el contrato celebrado y resolver después el problema de la exacta determinación del contenido contractual, antes que sostener que el contrato nunca existió o que resultó inválido” (pág. 154).

(28) BERLIOZ, Georges, Le contrat d’adhesion, cit. nota 17, pág. 8, quien señala, sin embargo, que ya en la Alemania de entreguerras más que de declinación se hablaba del traslado de la voluntad contractual a una sola de las partes. Es más: “La voluntad no solo está disminuida, en el dominio de la determinación del contenido contractual existe ausencia de una de las dos voluntades. La diferencia cuantitativa se transforma finalmente en una diferencia cualitativa que modifica la naturaleza del contrato” (pág. 13).

(29) Expresión de PERROUX, L’Economie du XXe. Siecle, Paris, 1961, pág. 137, citado por BERLIOZ, Georges, Le contrat d’adhesion, cit. nota 17, pág. 17.

Sea de un modo o de otro, la velocidad de la contratación en la mayoría de los casos, en otros, la necesaria homogeneidad de los contratos (como en los supuestos de servicios públicos, de seguros, bancarios, de capitalización y ahorro o similares), y en otros todavía, los fenómenos del contrato o de la relación contractual *de hecho* (30) y del contrato automatizado celebrado por medio de una conducta social típica, imponen que, racionalmente, se deba recurrir a la *standardización* de los textos que establecen las obligaciones y derechos de las partes (31). La eficiencia en la producción y distribución de bienes y servicios produce también una *despersonalización* del contrato, que facilita su *uniformidad* (32). La intensidad del fenómeno y el crecimiento de la legislación que lo trata, hace que hoy día la inmensa mayoría de las relaciones contractuales se establezcan por medio de la adhesión a cláusulas predispuestas, en cualquiera de sus modalidades, en detrimento de las muy pocas que se originan en contratos negociados. En razón de que por medio de contratos de esta clase se produce la muy frecuente derogación de numerosas normas disponibles o supletorias del ordenamiento jurídico, se ha producido una fragmentación de tal magnitud, que ha sido calificada por un autor como una verdadera ruptura del orden jurídico. (33)

V. Los contratos “de” o “por” adhesión, ¿hasta qué punto son *contratos*?

Es sabido que fue Raymond Saleilles, en una monografía sobre la declaración de voluntad escrita con motivo de la entonces reciente sanción

(30) Ha sido el alemán HAUPT quien en 1941 describió esta modalidad, ejemplificándola con los supuestos de quien aborda un medio de transporte, o de quien utiliza una máquina expendedora de productos, etc., casos en todos los cuales es la conducta social típica la que genera derechos y obligaciones. Sin embargo, LARENZ, con la adhesión de DÍEZ-PICAZO, considera que sería una ficción hablar de contrato en esos casos, razón por la que deberían encuadrarse y calificarse como una fuente directa y diferenciada de obligaciones (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit. nota 2, págs. 162 sigtes.). Ver también FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Zavalía, Bs. As. T. II, 1976, págs. 27/9, y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión...*, cit. nota 14, págs. 315/9, quien, en definitiva, sostiene que son contratos.

(31) Algunos autores diferencian incluso por etapas históricas la del contrato de adhesión y la de la estandarización. Ver, por ejemplo, VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión...*, cit. nota 14, págs.250/71.

(32) RIPERT, Georges, y ROBLLOT, René, *Droit Commercial*, 5a. ed., 1964, pág. 122, N° 2417.

(33) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, cit. nota 9, pág. 366.

del Código Civil alemán (34), el precursor que acuñó la designación como *contratos de adhesión* para los que, ya a fines del siglo XIX, se venían celebrando mediante la utilización de formularios impresos, o de cláusulas predispuestas en diversas actividades mercantiles. Saleilles les negó toda semejanza con los contratos tradicionales acordados en condiciones de libertad y de una razonable equivalencia en el poder de negociación entre las partes. Sin embargo, se limitó a exponer el fenómeno de esta diferencia entre quien dispuso el contrato y quien adhiere a él y, a lo sumo, predicó una regla interpretativa para el supuesto de que, entre las preestablecidas, hubiera alguna cláusula oscura. Puede afirmarse, sin embargo, que en este autor y en el modo de designar esta modalidad, yace la raíz de su calificación como contratos de una clase diferente a los tradicionales, con énfasis en tratarse más bien de manifestaciones unilaterales de voluntad paralelas, y no simplemente como una mera distinta modalidad de celebrar el contrato.

Quienes adscriben a esta última corriente, han preferido llamarlos contratos *por adhesión*. Esta es la simiente de lo que, con cierta exageración, ha dado en llamarse la oposición entre las tesis contractualista y anticontractualista. Esta última tuvo su origen en León Duguit y como expositor a Hauriou (35), quienes los asimilaron a cierto tipo de relaciones del derecho administrativo calificadas como unilaterales y reglamentarias (36). Sin embargo, a lo largo y ancho del derecho comparado, la casi unanimidad de los jusprivatistas han rechazado este enfoque (37).

Puede decirse que las corrientes doctrinarias básicas, cada una con sus variantes, son las siguientes: 1) la contractualista pura, que equipara la adhesión a la aceptación de una oferta y sostiene los caracteres clásicos de su naturaleza contractual (38), sin reconocerle categoría dogmática

(34) SALEILLES, Raymond, De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique Dans le Code civil allemand, 1901.

(35) Este autor, conocido por su elaboración de la teoría de la institución, ubicó la adhesión de hecho a estos cuerpos reglamentarios en la teoría de la institución (véanse explicaciones y críticas en REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, cit. nota 9, pág. 276/81.

(36) Puede verse al respecto, STIGLITZ, Rubén y Gabriel, Contratos por adhesión..., cit. nota 4, págs. 230/2.

(37) Suele citarse como excepción, por varios a Joaquín GARRIGUES en publicaciones de mediados de los años setenta.

(38) GARCÍA AMIGO, M., Condiciones Generales de los Contratos (Civiles y Mercantiles), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, págs. 145/65. Dice este autor que "antes de ser contenido del consentimiento de las partes, las condiciones generales no

autónoma (39); 2) la contractualista impura, que reconoce ese carácter a los supuestos en que las cláusulas predisuestas forman parte del cuerpo del documento contractual y son conocidas o cognoscibles por el adherente; en cambio, desconoce el carácter contractual en el caso de condiciones que se dan por incluidas tácitamente o por remisión a otro cuerpo, que no son conocidas por el adherente; y 3) la que limita el carácter contractual al consentimiento sobre los elementos centrales y típicos del contrato y asigna mero carácter reglamentario al cuerpo de las cláusulas predisuestas (40). En este grupo pueden incluirse quienes afirman que se trata de una realidad independiente de la contractual clásica, y que debe hacerse “*empleo de un utillaje existente adaptado a la nueva realidad (cierta persistencia estructural con innovación funcional)*” (41).

VI. Continuación: qué está incluido en la calificación

La definición de qué se entiende como *contrato de adhesión* es relevante para la determinación de los efectos que produce, como se verá a la luz de las nuevas normas argentinas. Mientras Saleilles los definía como aquellos “*en los cuales existe el predominio exclusivo de una sola voluntad, actuando como unilateral, que dicta su ley no ya solo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se compromete por adelantado, unilateralmente, a condición de la adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato y de tomar sobre sí mismos ese compromiso ya creado*”, Berlioz, de modo mucho más simple y con un concepto jurídico opuesto, escribe que “*un contrato de adhesión es un contrato en el cual el contenido contractual ha sido establecido, total o parcialmente, de modo abstracto y general antes del período contractual*” (42). Esta definición es

son nada, jurídicamente” (pág. 162); STIGLITZ, Rubén y Gabriel, Contratos por adhesión..., cit. nota 4, págs. 232/7 y 240/4.

(39) FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho Comercial Argentino, cit. nota 30, pág. 97.

(40) En esta corriente debe incluirse la tesis normativista desarrollada en Alemania por alguna jurisprudencia y doctrina (von Gierke, Raiser, Mayer-Cording, Hueck, citados por REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predisuestas, cit. nota 9, pág. 285/300). También es la posición de VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión..., cit. nota 14, págs. 248/50, aunque se encuadra a sí mismo en lo que denomina la posición ecléctica porque, partiendo del carácter contractual, reconoce la parte reglamentaria de esta clase de contrato. De tesis intermedia la califica MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1998, pág. 151, y adhiere a ella por ser un “negocio de base contractual”, aunque de estructura reglamentaria (págs. 152/3).

(41) REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predisuestas, cit. nota 9, pág. 324.

(42) BERLIOZ, Georges, Le contrat d'adhesion, cit. nota 17, pág. 27.

más amplia que la del art. 984 del CCyC, al no limitarse al supuesto de que una sola parte adhiera al contrato, o sea, al admitir que ambas, o todas, pueden ser meros adherentes.

Empero, el mismo Berlioz describe como características esenciales del contrato de adhesión la ausencia de debate previo, la determinación unilateral del contenido contractual, y que ello lo haya sido por una de las partes (43) o por un tercero, e inmediatamente da por supuesto que ello hace a la inferioridad del adherente por su también inferioridad de previsión en cuanto al contrato. “*Para el adherente se trata de una operación aislada, sobre la cual no ha reflexionado especialmente*”, de ella solo pretende obtener la prestación, y su rol es también pasivo en la ejecución misma del contrato, confiando en el estipulante, que, por el contrario, ha tenido tiempo de reflexión y ajuste sobre la base de su experiencia como profesional (44). De allí que, pese a la apariencia de una definición amplia que permitiría incluir en ella los supuestos en que la predisposición del contrato es hecha por un tercero y en los cuales ambas (o todas) las partes son adherentes, el autor centra su análisis en el caso clásico de un predisponente que es parte, y un adherente que, por su posición más débil, requiere de tutela. Lo hace incluso respecto de la categoría que este autor

(43) Que la predisposición del contrato haya sido por una de las partes aparece en numerosos autores, v.gr., en MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Trad. Santiago Sentis Melendo, EJEA, Bs. As. 1979, T. IV, pág. 483: “Es contrato de adhesión aquel en el cual las cláusulas sean dispuestas por uno solo de los futuros contratantes, de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”; también en VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión..., cit. nota 14, págs. 237/8: “entendemos por contrato de adhesión aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno solo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria”.

(44) BERLIOZ, Georges, Le contrat d'adhesion, cit. nota 17, pág. 28. Algunos autores habían planteado la necesidad de que el predisponente ocupara una posición mono u oligopólica en el mercado para encuadrar el contrato en la categoría en estudio, pero ello fue rápidamente descartado. Puede verse al respecto LE PERA, Sergio, Cuestiones de Derecho Comercial moderno, Astrea, Bs. As., 1974, pág. 270; REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predisuestas, cit. nota 9, págs. 80/87, donde hace referencia al origen de esta concepción en un fallo del Tribunal Superior del Reich de 1888 y a la interpretación derivada del parágrafo 138 del BGB (Código Civil alemán de 1900), luego abandonada y reemplazada por el recurso al principio de la buena fe del parágrafo 242. En otro orden, un autor menciona la competencia como presupuesto de la libertad contractual (ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991, págs. 63/6).

califica como la de los *contratos-tipo* (45), generalmente preparados por entidades o cámaras que agrupan a quienes ejercen alguna profesión o actividad específica (46).

Estos supuestos encuadrarían mejor en la definición de *condiciones negociables generales* (47) que da Rezzónico cuando dice que “*es la estipulación, cláusula o conjunto de ellas, reguladoras de materia contractual, pre formuladas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación*” (48). Este autor incluye entre los doce elementos que él identifica el de que las estipulaciones hayan sido “*establecidas, fijadas, estipuladas por una de las partes a la otra; no es posible prescindir de este último tronco causal*” (49), con lo cual se enrola en la misma postura de Berlioz. Sin perjuicio de ello, deja aclarado Rezzónico que “*es indiferente quién ha proyectado las CNG, lo cual puede resultar de la actividad del estipulante mismo o de un tercero (abogado, notario asociación profesional). Aun cuando una rama entera utilice las mismas condiciones (bancos, aseguradores), no es la rama misma la estipulante —en el sentido de que “establece” o “fija” las CNG— sino quien las individualiza, fija o establece en el caso particular, es decir que se trata entonces del típico elemento de la imposición unilateral*” (50).

También parece más amplio García Amigo, quien centrándose en el concepto de condiciones generales de los contratos, dice que así designa “*la serie de cláusulas formuladas preventivamente en forma general y*

(45) Es esta una categoría vaga de contratos que tienen estructura, cláusulas y condiciones estandarizadas y se diferencian de los de adhesión propiamente dichos en que su contenido puede no haberse impuesto por una de las partes, sino incluir lo mencionado en el texto, condiciones establecidas por terceros y adhesión por todas las partes. Véase LE PERA, Sergio, *Cuestiones...*, cit. nota 44, pág. 272.

(46) BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhesion*, cit. nota 17, págs. 28 y 33/5.

(47) Designación que utiliza Rezzónico y que es traducción literal del primer texto legal alemán sobre la materia (1977) cuyo título era, precisamente, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*.

(48) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, cit. nota 9, pág.109.

(49) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, cit. nota 9, págs. 125 y sigtes.

(50) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, cit. nota 9, págs.126/7, con cita de doctrina alemana.

abstracta en vistas a la celebración de una serie indefinida de contratos que al ser aceptadas por las partes pasan a regular la relación contractual que aquéllas desean crear, estableciendo su contenido normativo —y, por efecto reflejo, el contenido obligacional o subjetivo—, sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinarias”, sin importar si las redactó un empresario, un grupo de ellos, o un tercero, incluso neutral (51). Coherente con ello, este autor diferencia, como hacía el Proyecto de 1998, entre condiciones generales y contratos por adhesión (52). Empero, no se trata sino de “vertientes o dimensiones diversas de un fenómeno único (la contratación uniforme), pero no [de] dos realidades distintas”. (53)

Las condiciones generales pueden recibir la adhesión para celebrar un contrato concreto, pero también en forma autónoma, para ser establecidas como reglamento contractual que regirá contrataciones futuras entre estipulante y adherente, aunque, por sí solo, no obligue a concluir contrato alguno (54). Se lo denomina *pactum de modo contrahendi* o contrato normativo, pero, en rigor, su contenido tanto puede haber sido negociado como haber sido predispuesto (55). Este tipo de contratación se presenta entre empresas que mantienen o se proponen mantener una relación comercial fluida. En este ámbito no es infrecuente que ambas partes cuenten con condiciones generales preestablecidas, por ejemplo, una para la venta y otra para la compra, y que cada una de ellas pretenda imponer las suyas. Pueden producirse conflictos cuando, incluso luego de haberse ejecutado las prestaciones recíprocas, no está claro cuáles son las condiciones que las partes consintieron, o si no consintieron ningunas.

VII. ¿Es de la esencia el distinto *bargaining power*? Condiciones generales

En todo caso, no parece justificado en estos supuestos presumir siempre a las partes con diferente poder de negociación con la consecuente nece-

(51) GARCÍA AMIGO, M., Condiciones Generales de los Contratos..., cit. nota 38, págs. 132/3 y 144.

(52) GARCÍA AMIGO, M., Condiciones Generales de los Contratos..., cit. nota 38, págs. 135 y sigtes.

(53) PAGADOR LÓPEZ, Javier, Condiciones generales..., cit. nota 25, págs. 21/22.

(54) FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho Comercial Argentino, cit. nota 30, págs. 89/90. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, cit. nota 40, pág. 141 lo encuadra en la categoría de los contratos preparatorios.

(55) Es también llamado contrato reglamento (LE PERA, Sergio, Cuestiones..., cit. nota 44, pág. 272).

sidad de una protección especial del ordenamiento jurídico (56). Tanto más es esto así cuando las condiciones generales han sido efectivamente negociadas entre las partes (57). Desde luego pertenecen a este grupo reglas de origen consuetudinario que se fueron uniformando y cristalizando en recopilaciones de diverso origen, de lo cual son ejemplo típico las sucesivas versiones de los Incoterms elaborados por la Cámara Internacional de Comercio. Pero también lo son los contratos tipo elaborados objetivamente por diversa clase de mercados para ser utilizados por todos quienes operan en ellos, o las reglas a que se someten quienes participan de cierto tipo de comercio (*commodities* como petróleo, metales, granos, oleaginosas, etc.) o de negocios financieros (derivados, futuros de monedas, etc. etc.) (58). En ninguno de estos supuestos se da el caso de un predisponente con mayor poder frente a un adherente sometido: todas las partes aceptan voluntariamente la vigencia de las reglas preestablecidas, y no tiene sentido recurrir a normas de tutela, ni construirlas a partir de principios generales del ordenamiento jurídico (59).

No me detendré en la enunciación de las funciones ni de los contenidos típicos de las condiciones generales o de los contratos de adhesión en general, ni en las especiales reglas interpretativas desarrolladas a su respecto, ni tampoco en los vicios y abusos más frecuentes que suelen contener, amenguados, es claro, a partir de las reacciones legislativas y de los correctivos jurisprudenciales que, reconociendo alguna necesidad moderadora o de protección (60), les fueron poniendo límites en forma creciente desde

(56) Sobre la Colisión de condiciones generales, REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predisuestas, cit. nota 9, págs.164/6, nuevamente, con cita de importante doctrina alemana, como Flume, Raiser, Thiele, pero sin acertar a dar una solución unívoca a los interrogantes que se plantean.

(57) Véase PAGADOR LÓPEZ, Javier, Condiciones generales ..., cit. nota 25, págs. 289/99, quien explica con todo detalle el supuesto y señala que "si el fundamento dogmático del régimen jurídico especial de las cláusulas predisuestas estriba en que es posible afirmar típicamente que dichas cláusulas no son fruto ni resultado de un acto de libre autodeterminación negocial bilateral ... es lógico que dicho régimen deje de aplicarse cuando, por contraposición típicamente existente, el adherente sí pueda ... auto determinarse libremente respecto de ellas" (pág. 293).

(58) MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil..., cit. nota 43, págs. 486/7.

(59) GOLDMAN, Berthold, Prólogo al libro de Georges Berlioz cit. nota 17, pág. XVI.

(60) PAGADOR LÓPEZ, Javier, Condiciones generales..., cit. nota 25, pág. 145, quien, luego de meduloso análisis, señala que "la contratación por medio de condiciones generales constituye una situación material en la que se produce una necesidad de protección de carácter general ... que no es lo mismo que una necesidad de protección de carácter uniforme".

mediados del siglo pasado: nada podría agregar a la abundante bibliografía sobre la materia (61). Tampoco haré estación en la cuestión planteada alrededor del modo en que se perfecciona el contrato, si mediante la adhesión o mediante la aceptación del predisponente, ni si en este caso su rechazo debe reputarse legítimo, o si violenta la regla de no discriminación entre posibles adherentes (62). Pero sí es imprescindible destacar que la calificación de las partes como predisponente y adherente es independiente de la de oferente-aceptante. Como ejemplo de la falta de coincidencia de esas categorías, valga el de la contratación bancaria, en la cual el oferente es el adherente y el aceptante es el predisponente (63).

VIII. Alcance de la voluntad y del contrato. La *confianza del adherente*

Cuando existe adhesión a condiciones generales predispuestas el consentimiento del adherente al contenido de ellas no es susceptible de ser calificado como expresión de su voluntad del mismo modo que en un contrato negociado. Esto es así con independencia de la manera en que aquéllas están instrumentadas: si ello es evidente cuando la adhesión se produce por un hecho y no por un acto jurídico, y lo mismo cuando no integran el instrumento de la adhesión (64), la situación no varía por el

(61) Puede verse, entre muchos otros, GARCÍA AMIGO, M., Condiciones Generales de los Contratos..., cit. nota 38, págs. 169/204; ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, Las condiciones generales..., cit. nota 44, págs. 241 y sigtes., y 333 y sigtes.; PAGADOR LÓPEZ, Javier, Condiciones generales..., cit. nota 25, págs. 33/49, 65/82, 447/571; STIGLITZ, Rubén y Gabriel, Contratos por adhesión..., citado, págs. 244/62, y, con mayor énfasis para los contratos de consumo, págs. 291/322 y 341 y sigtes.; REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, cit. nota 9, págs. 358 y sigtes. y 445 y sigtes.; BERLIOZ, Georges, Le contrat d'adhesion, cit. nota 17, págs. 37/9, 73/83, 124/48.

(62) Puede recordarse como precedente remoto sobre este tipo de cuestiones el fallo del Tribunal de París del 13 de enero de 1893 recaído en un caso en que un señor abordó, sin decir palabra, un carruaje de alquiler estacionado en una plaza, que se consideró que estaba allí a disposición de cualquiera que quisiera tomarlo, calificándolo de contrato y no como vías de hecho (citado por BERLIOZ, Georges, Le contrat d'adhesion, cit. nota 17, pág. 46).

(63) Sin embargo, se sostiene que el contrato de adhesión se concluye con la adhesión, aunque sea de modo retardado, cuando existe un dato intuitu personae a ser aprobado por el predisponente (BERLIOZ, Georges, Le contrat d'adhesion, cit. nota 17, pág. 55).

(64) Supuestos de cláusulas contenidas en alguna forma de publicación, o establecidas por referencia a otros instrumentos, o cláusulas contenidas en documentos posteriores a la conclusión del contrato, por ejemplo, en tickets, pasajes o recibos de depósito, o en las facturas de la mercadería adquirida. Con respecto a estas últimas, bajo las reglas del derogado art. 474 del Código de Comercio, ellas debían ser protestadas en el plazo de diez días. En el CCyC el art. 1145 va más allá: si la factura no es observada dentro

hecho de que las condiciones generales se hallen contenidas en el documento, las haya leído o no el adherente, y aunque ellas se transcriban en una escritura pública y el notario las lea en voz alta (65). La pregunta clave es si en esta situación la adhesión no es expresión de voluntad respecto de las condiciones generales, ¿puede calificarse de *contrato* al contenido de las cláusulas a las que sólo se adhirió?

Vigente el Código de Vélez, que en su art. 1137 decía que “*hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común*”, resultaba fácil sostener que, dado que en los de adhesión o con condiciones generales predispuestas esa *declaración de voluntad común* se ceñía y limitaba exclusivamente a los elementos esenciales del contrato y, tal vez, a algunos pocos datos adicionales, el resto del cuerpo contractual, la parte predispuesta, no podía ser integrada en la noción legal de contrato por el solo hecho de la adhesión: estaba ausente, precisamente, la comunidad de voluntades a su respecto. La nueva definición del art. 957 CCyC es un tanto distinta: el nudo está en que “*dos o más partes manifiestan su consentimiento*”. Pero si el objeto de esa manifestación es “*crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”, tampoco cabe duda de que el consentimiento exigido debe recaer sobre un mismo único e idéntico objeto. Ello permite concluir que el razonamiento permanece incólume: el consentimiento de todas las partes se limita a los elementos esenciales del contrato, pero aquello que es impuesto y objeto de adhesión, ya no puede ser calificado de *contrato*.

Como consecuencia de ello, cláusulas que son admisibles en un contrato negociado, cuando forman parte de un contrato predeterminado, por lo menos desde mediados del siglo XX la doctrina y la jurisprudencia, y tanto en países de derecho continental como anglosajón, han predicado la facultad de someterlas a control judicial, para moderarlas o declararlas nulas o,

de los diez días de recibida, “se presume aceptada en todo su contenido”. Empero, el silencio sobre cláusulas predispuestas referidas a materias ajenas a la mercadería en sí y su precio, como por ejemplo, sobre la ley aplicable o la jurisdicción, ¿puede realmente validarlas? ¿Deberán declararse inoponibles por ser sorpresivas en los términos del art. 988, inc. c), del CCyC? Ciertamente es que un importante comercialista sostuvo que la factura no es un instrumento de la compraventa sino solo una prueba a su respecto (ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, Código de Comercio Comentado, Depalma, Bs. As., 1963, T. II, pág. 145), pero el tema es opinable.

(65) Por ejemplo, al constituir una garantía real, o al participar de un desarrollo inmobiliario. Cfme.: REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, cit. nota 9, págs. 110 y, con mayor desarrollo, págs. 219/23.

más precisamente, *inoponibles* al adherente cuando son irrazonables (66). Este criterio fue así definido con relación a disposiciones que una persona razonable no hubiera esperado encontrar en el contrato, o como las que no hubieran sido consentidas por una persona razonable en condiciones de negociación equilibrada, o las que rompan las expectativas razonables del adherente.

De allí que en la doctrina se haya enunciado la conclusión de que en esta materia existen normas *semiimperativas*, o sea, “jus dispositivum *para el contrato negociado*, jus cogens *para el contrato de adhesión*” (67). Con ello se vincula también la denominada *teoría de la eficacia meramente declarativa de las condiciones generales*. Según Alfaro, “*las condiciones generales no pueden crear Derecho en el sentido que lo crea la autonomía privada o el legislador, es decir, su eficacia no es —ni puede ser— constitutiva sino meramente declarativa*” (68). También lo explica Pagador López, al decir que aquéllas “*carecen de eficacia vinculante por sí mismas, porque ni son normas jurídicas o de Derecho objetivo, ni su validez se encuentra legitimada por el principio de autonomía de la voluntad, por lo que es forzoso concluir que tampoco son cláusulas contractuales stricto sensu*” (69). De esto deriva que “*sólo son eficaces en cuanto no se desvíen injustificadamente de las normas y principios del Derecho dispositivo*”, lo cual se traduce en que tienen solo “*eficacia declarativa de las fuentes de integración concretamente aplicables a un contrato*” (70). Ante la rigidez del inciso b. del art. 988 del CCyC (71), corresponde resaltar la calificación doctrinaria de lo *injustificado* de ese desvío para tener por no escritas cláusulas que se apartan de las normas supletorias.

También se ha destacado, con acierto, que la voluntad real del adherente se halla más identificada con las condiciones y características contractuales

(66) Se suelen citar como ejemplo, los casos Llewyn, de 1939 (Book Review, 52 Harvard Law Review, 700); Fricke v. Isbrandson Co. (151 F. Supp. 465, SDNY, 1957); Fallo del BGH alemán del 29.10.59 (BGHZ, 90, pág. 969; Bourges, del 4.2.63 (Rev. Trimestrielle de Droit Commercial, 1963, pág. 299).

(67) BERLIOZ, Georges, Le contrat d'adhesion, citado, pág. 72 y, con mayor desarrollo, págs. 112/3.

(68) ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, Las condiciones generales..., cit. nota 44, pág. 101.

(69) PAGADOR LÓPEZ, Javier, Condiciones generales..., cit. nota 25, pág. 101, con fundamentos lógicos y prácticos atractivos en las páginas anteriores y posteriores.

(70) ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, Las condiciones generales..., cit. nota 44, págs.; PAGADOR LÓPEZ, Javier, Condiciones generales..., cit. nota 25, pág. 51, que cita al anterior.

(71) “En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: ...b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”.

contenidas en la publicidad (72), de cualquier tipo que sea, que las que luego aparecen en las cláusulas predisuestas. Por eso, la publicidad es un elemento de integración del contrato y de su interpretación (73).

La falta de igualdad en el poder de negociación puede derivar también de la dependencia económica o de un estado de necesidad. Es llamativo que en la jurisprudencia norteamericana este último criterio haya sido incluso planteado, aunque fue rechazado, por el Gobierno Federal durante la Segunda Guerra Mundial para pretender la inoponibilidad de condiciones generales impuestas por el contratante particular en el caso *United States vs. Bethlehem Steel Corporation* (74).

Todo lo apuntado lleva a la plausible conclusión de que el acto jurídico de adhesión, más que la expresión de la voluntad de consentir las cláusulas predisuestas, por lo menos respecto de las condiciones predisuestas, es un acto de confianza (75), y cuando ésta es traicionada por el contenido de aquéllas, por ejemplo por incluir cláusulas *sorpresivas*, injustas o *predatorias*, queda fundada la potestad judicial de moderarlas o de declararlas inaplicables aunque más no sea porque se viola la buena fe (76).

IX. Contratos predisuestos por entidades profesionales. El control del Estado

Cuando son instituciones profesionales o empresarias de un determinado ramo quienes preestablecen condiciones generales de contratación, muchas veces recogiendo los usos habituales en su propia actividad, son oponibles y plenamente válidas entre los profesionales del mismo ramo, pero funcionarán como condiciones generales impuestas cuando se trata

(72) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predisuestas*, cit. nota 9, págs.73/6.

(73) STIGLITZ, Rubén y Gabriel, *Contratos por adhesión...*, cit. nota 4, págs. 172/5 y jurisprudencia allí citada.

(74) 315 US 289 (1942). El justice Frankfurter votó en disidencia, en duros términos.

(75) BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhesion*, cit. nota 17, pág. 174; REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predisuestas*, cit. nota 9, págs. 398/404.

(76) Algunos autores veían suficiente fundamento en este principio general, por ejemplo, REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predisuestas*, cit. nota 9, págs. 59/60, y parte de la doctrina alemana que cita (Günther Roth, Peter Ulmer, etc.). Ver la descripción de GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones Generales de los Contratos...*, cit. nota 38, págs. 113/5, donde se explica que en el derecho alemán estos datos habilitan lo que llaman el control de equidad (Gerrechtigkeitskontrolle).

de profesionales o empresas de otras actividades (77). En este contexto, debe subrayarse que la reiteración de modalidades contractuales utilizadas por una empresa, y hasta por las empresas de un mismo ramo, agrupadas o no en una federación, cámara u otro tipo de institución o corporación, no tienen el valor jurídico creador de una *costumbre*: lo contrario implicaría reconocer la facultad de formación del derecho a un solo sector de contratantes privados (78).

También es relevante considerar el papel de la intervención del Estado en la redacción, puesta en vigencia o aprobación de condiciones generales de contratación. Cuando se trata de un servicio público u otra actividad reglada por el Estado, no cabe duda de que las condiciones generales predispuestas tienen carácter normativo y hasta obligatorio: no queda a los contratantes la posibilidad de apartarse de sus términos. En cambio, cuando existe una instancia estatal de control previo de las condiciones de contratación, no solo su carácter normativo sino también la contestabilidad de sus cláusulas tendrán un tratamiento diferenciado, según la legislación del país de que se trate. Así, por ejemplo, en la ley israelí de 1964 sobre condiciones generales de contratación, una de las precursoras en la materia, la instancia administrativa de su aprobación preventiva, con revisión judicial por el Tribunal Supremo, aunque voluntaria y no obligatoria, de obtenerse la aprobación, hace inimpugnables sus cláusulas (79). En cambio, a falta de un régimen de esta clase, aunque no sin algunas opiniones en sentido distinto, el principio es que la aprobación por una autoridad administrativa o regulatoria de ciertos contratos no impide que sus cláusulas puedan ser cuestionadas judicialmente: la aprobación administrativa no importa darles eficacia normativa (80). Es lo que expresamente establece la primera frase del art. 989 del CCyC (81). La razón de ello radica, a mi juicio, en dos circunstancias. La primera es la ausencia de un procedimiento reglado para

(77) Sobre esta supuesto puede verse, por todos, MALINVERNI, Pierre, *Les conditions generales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, con prefacio de Jean Hémard, LGDJ, París, 1978, obra en la que el tema se trata en sus múltiples facetas.

(78) Cfmes., ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, *Las condiciones generales...*, cit. nota 44, págs. 49/50 y REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, cit. nota 9, págs. 301/6.

(79) Para una descripción del régimen, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones Generales de los Contratos...*, cit. nota 38, págs. 59/71.

(80) Puede verse un análisis de algunos supuestos, particularmente en materia de pólizas de seguros, en GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones Generales de los Contratos...*, cit. nota 38, págs. 211/23.

(81) "La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial".

la aprobación, que esté destinado a velar por el equilibrio del contrato y los intereses del adherente. La segunda, que las autoridades regulatorias a menudo tienen como objetivo principal la tutela de la actividad, muchas veces en su aspecto más técnico. Tal acontece, típicamente, con las condiciones generales de contratación en materia de seguros o de ahorro para fines determinados. La primordial preocupación del regulador es que no se pacten cláusulas que pongan en riesgo el buen funcionamiento del sistema y no, específicamente, la protección del co-contratante.

X. Antecedentes nacionales. Alcance de la categoría en el nuevo Código

El CCyC se hace eco sólo parcial de esta compleja temática. La intención del codificador ha sido reglar tres categorías de contratación, con diferencias que se proyectan a los contratos en particular: los contratos discrecionales, los celebrados por adhesión y los de consumo (82). Se trata de tres normativas generales, que inciden sobre los diferentes contratos según encuadren en alguna de aquéllas, mas en esferas que se superponen y entrelazan en innúmeras disposiciones. Tanto así que, con relación al objeto de esta comunicación, en los *Fundamentos* de lo que fue el Anteproyecto se lee que “*el supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento*”, que determina que haya “*una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido*”, lo cual derivaría “*de la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales*”. También se aclara allí que no se trata solo de los contratos de consumo, sino que también su campo de aplicación es toda situación de adhesión, “*como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado*”.

A diferencia del Proyecto de 1998, se unifican los criterios de regulación de los contratos con condiciones generales predisuestas y los celebrados por adhesión. En los *Fundamentos* se explica esta metodología: “*el contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere. La predisposición, en cambio, es una técnica*

(82) Este criterio fue pregonado por alguna doctrina: “El contrato de adhesión se ha convertido en una fuente de derecho, el marco jurídico de las relaciones entre la empresa y su cliente. Expresión de un poder normativo conferido al estipulante por las necesidades de la vida económica, delimita las obligaciones recíprocas y establece el reparto de riesgos de modo abstracto y general. Por lo tanto, excede la relación individual para adquirir un carácter de interés público y constituye una categoría jurídica autónoma que tiene un régimen específico” (BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhesion*, cit. nota 17, pág. 171).

de redacción que nada dice sobre los efectos. El contenido predispuesto unilateralmente puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, o uno por adhesión o uno de consumo". Agrega todavía, con razón, que "hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de debilidad de una de las partes", así como que "la adhesión es una característica de un acto del aceptante, y no una calidad del contenido", y solo la adhesión "activa el principio protectorio". La predisposición de las cláusulas generales, es considerada en los *Fundamentos* de carácter neutro: "puede o no existir abuso". Por eso, explícitamente, la regulación que se proyectó —y sancionó— se basa "en la adhesión, antes que el carácter pre redactado o no de las cláusulas".

El Proyecto de 1987 establecía en su art. 1157 unas pocas reglas para los "contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar", respecto de los cuales se tenían por no convenidas cláusulas que "desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica" (inc. 1.), y las que "importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las circunstancias haya conocido o, usando la debida diligencia, haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito" (inc. 2.). También obligaba a que se redactara en idioma nacional, y de modo completo, claro y fácilmente legible. Además, incorporaba en el numeral 3. proyectado para el art. 1197 algunas reglas de interpretación especiales para los *contratos predispuestos*: la prevalencia de las cláusulas especiales sobre las generales; la de las incorporadas sobre las preexistentes; interpretación contra el predisponente de las cláusulas ambiguas; interpretación a favor del adherente persona física.

El Proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 (83) no traía caracterizaciones, pero el art. 936 disponía que "en los contratos formados por adhesión y, en general, en los de contenido predispuesto, las cláusulas especiales prevalecerán sobre las generales, aunque éstas no hubiesen sido canceladas, y las incorporadas sobre las predispuestas. Las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente".

El art. 1157 del Proyecto de la Comisión Federal de 1993 reproducía las reglas del mismo artículo del antecedente de 1987, con excepción de la

(83) Integrada por Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kermelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico N. Videla Escalada y Eduardo Antonio Zannoni.

improcedente exigencia del idioma nacional, y en el art. 1198 se reproducían las ya comentadas reglas interpretativas que en 1987 estaban en el art. 1197.

El Proyecto de 1998 había establecido una clasificación más compleja. En el art. 899 preveía las distintas clases de contratos, entre ellos, además del discrecional, el *contrato predispuerto* (inc. c.), que era “*aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; y cláusula predispuerta a la cláusula del contrato en iguales circunstancias*”; las *condiciones generales* eran “*las cláusulas predispuertas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado*” (inc. d.); y, finalmente, *contrato celebrado por adhesión*, era en esa clasificación el “*contrato predispuerto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación*” (inc. e.) (84). Fuera de la exigencia de claridad en la redacción (art. 905) y de estatuir que “*las condiciones generales deben ser asequibles al no predisponente*” (art. 906), lo más importante que traía el Proyecto era, en su art. 968, el listado de estipulaciones prohibidas en los contratos predispuertos. Ellas eran las que “*desnaturalizan las obligaciones de las partes*” (inc. a.), las que “*limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida*” (inc. b.) o “*por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica*” (inc. c.), las que “*importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias*” (inc. d.) y las que “*obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero par deudores en operaciones similares*” (inc. e.). Sin embargo, los tres últimos supuestos podían validarse si “*antes de la conclusión del contrato aquél (el no predisponente) las ha conocido, o hubo de haberlas conocido, y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resulta razonable*” (art. 969). Sin embargo, como excepción a la excepción, ninguna de ellas es posible cuando el contrato predispuerto ha sido celebrado por adhesión (art. 970).

El régimen proyectado era susceptible de críticas y no fue adoptado por el nuevo Proyecto de 2012 ni, por tanto, en el CCyC. Los datos más relevantes de la breve regulación de los arts. 984 a 989, consisten en que se suprimió

(84) Ello implicaba incluir en la caracterización del contrato de adhesión su carácter compulsivo para el adherente. Al respecto puede verse STIGLITZ, Rubén y Gabriel, *Contratos por adhesión...*, cit. nota 4, pág. 223, quienes lo vinculan con la necesidad del adherente del bien o servicio objeto del contrato. En mi opinión la inclusión de ese dato en la definición restringe excesivamente el ámbito de las reglas sobre contratos de adhesión.

la distinción del proyecto anterior entre condiciones generales, contrato predispuesto y contrato de adhesión y en que se adoptó claramente la tesis contractualista.

XI. Conclusiones y efectos prácticos

Esta comunicación se ha propuesto efectuar solo algunos comentarios sobre el contexto y el alcance, pero no un análisis detallado, de la nueva normativa vigente en materia de contratos por adhesión. Con esta restricción, me permito opinar que la regulación contenida en los arts. 984 a 989 del CCyC es demasiado escueta, y demasiado rígida, y efectuar los siguientes comentarios conclusivos:

1) La normativa no abarca todo el espectro de variantes y posibilidades que se presentan en la realidad de los negocios. No están reglados de modo alguno los contratos tipo que se celebran entre profesionales de una misma actividad, en los cuales, a la vez que está ausente el libre consentimiento de las partes a las cláusulas y condiciones generales predispuestas, falta la característica de que en su celebración haya preponderado el poder de negociación de una parte sobre el de la otra. Los autores del Código entendieron que estos supuestos están excluidos de la regulación y que esa clase de contratos se rige por las reglas de los que han sido libremente negociados. El punto es discutible como cuestión de política legislativa y como concepción del sistema y, con seguridad, merecerá futuras reflexiones de la doctrina.

2) Esa ausencia de regulación y el acotado alcance de la noción de contratos por adhesión, es de subida importancia práctica. La definición del art. 984 CCyC es de carácter limitado: sólo se comprenden los supuestos en que uno solo de los contratantes adhiere a cláusulas predispuestas por la contraparte, o si fueron redactadas por un tercero, cuando aquella se vale de ellas. O sea, como ya se dijo, no se aplica el régimen a los casos en que ambos contratantes (o todos ellos, cuando existen más de dos partes) simplemente adhieren a tales cláusulas predispuestas por un tercero neutral (85).

(85) Ello surge de varios pasajes de la normativa. En primer término, la última parte del propio art. 984 cuando se refiere al hecho de que el adherente no haya participado de la redacción del contrato. Esto presupone que sí lo ha hecho el predisponente, por lo menos al haber decidido hacer uso del contrato predispuesto, aunque hubiera sido redactado por un tercero. El art. 985, cuando trata del reenvío a textos o documentos, se refiere a los “que no se facilitan a la contraparte del predisponente”, lo cual presupone que necesariamente hay una parte que ocupa esta posición. El art. 987 establece la regla de la interpretación de las cláusulas ambiguas en contra del predisponente. El art. 988,

3) La doctrina no se lo ha planteado en estos términos, pero lo expuesto sirve para descartar que se apliquen las reglas de los contratos celebrados por adhesión al supuesto de la persona que se incorpora a una sociedad luego de su constitución, o que adquiere acciones en un mercado de valores, pese a que al hacerlo adhiere, de forma expresa o tácita, a un contrato o estatuto preexistente.

4) Esa restringida definición determina que en los supuestos en que todos los contratantes, y no solo uno, adhieren a condiciones generales predispuestas, sin que una parte las imponga a la otra, no les es aplicable la restricción del art. 1651, inciso d), por el que *“quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: ... d) los contratos de adhesión cualquiera sea su objeto”*. No puede subrayarse lo suficiente la relevancia práctica de este dato frente a la inconsulta introducción, en el ámbito parlamentario, de esa restricción en el texto legal: no se afecta la validez de las estipulaciones contractuales vastamente usadas en diversas áreas de la actividad productiva, como el comercio de materias primas agrícolas, los mercados de productos financieros, etc.

5) Es demasiado rígida la regla del art. 985, tercer párrafo, que tiene *“por no convenidas aquellas [cláusulas] que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”*. El acento debió estar en la inaccesibilidad de esos textos, pero no necesariamente en una actividad del predisponente. Las condiciones en cuestión pueden bien ser imprescindibles para la operación y ejecución del contrato, y pudo el adherente haberlas conocido realmente o con el empleo de un mínimo de diligencia.

6) Por fin, siendo correcta la falta de oponibilidad de las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente y las que no son razonablemente previsibles, según se prevé en los incisos a) y c) del art. 988, ello contrasta con la rigidez de trato del apartamiento de las normas supletorias, que el inc. b) también declara inoponibles, sin pasar por el test de su razonabilidad, ni de su aprobación por el consentimiento expreso del adherente. Se debió haber previsto una posibilidad de expresión de consentimiento, como en el sistema del Código Civil italiano de 1942, seguido por nuestra ahora derogada ley de prehorizontalidad 19.724, o sea, la eficacia de lo que haya sido expresamente consentido por el adherente. ♦

en sus incs. a) y b), habla de la desnaturalización de las obligaciones del predisponente y de la ampliación de derechos del predisponente que resultan de normas supletorias. Todo ello es demuestra que siempre juega en la regulación legal de esta categoría de contratos el binomio predisponente y adherente, donde una parte impone el cuerpo contractual predispuesto a la otra.

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 treinta de abril, se comunicó el plan de acción para el período, comentándose diversas novedades jurisprudenciales y legislativas. A continuación el catedrático español doctor José Luis Piñar Mañas expuso sobre el tema *“Últimas tendencias y reformas legislativas en el derecho administrativo español”*. El expositor efectuó una pormenorizada explicación de las múltiples reformas que en el derecho público español se efectuaron en los últimos años, en particular, las realizadas con motivo de la crisis económica y del Estado de Bienestar.

Así, explicó que se han efectuado reformas estructurales (artículo 135 de la Constitución de España), coyunturales y obligatorias impuestas por la Unión Europea. Seguidamente desarrolló las transformaciones efectuadas en los entes de reguladores de la competencia, el proyecto de reformas del régimen de procedimiento administrativo y la ley de acceso electrónico de los ciudadanos, las reformas tendientes a desincentivar que los ciudadanos se dirijan a los tribunales, etcétera. Finalizada la exposición tuvo lugar un prolongado y enriquecedor intercambio de opiniones de los miembros del Instituto.

En la reunión llevada a cabo el día once de agosto, el director del Instituto se refirió al tema *“El principio de la reparación justa en la responsabilidad del Estado. ¿Justicia distributiva o justicia conmutativa!”*. En la exposición, con arreglo a la concepción de la teoría de la justicia de John Finnis, abordó la cuestión atinente a la reparación del lucro cesante en la responsabilidad estatal derivada de la actividad legítima. Después de examinar las distintas posturas expuestas al respecto, señaló que resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo en tal supuesto y no indemnizar el lucro cesante real y comprobado. Asimismo,

sostuvo que constituye un error interpretar la conmutatividad como un intercambio, pues el entendimiento que cabe asignar a dicho concepto es mucho más amplio, refiriéndose a los cambios en general, y menos aún interpretar, que la pareja justicia distributiva-conmutativa, se corresponde con el derecho público y el derecho privado, dado que hay relaciones de justicia distributiva, en el derecho privado y de justicia conmutativa, en el derecho público, sin perjuicio de que, en muchas ocasiones, suelen aparecer entremezcladas.

Con posterioridad a la disertación se desarrolló un amplio debate entre los miembros del Instituto respecto de la constitucionalidad de la exclusión del rubro lucro cesante que efectúa el artículo 5° de la ley 26.944, en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima.

En la reunión del veintinueve de septiembre, el doctor Gustavo E. Silva Tamayo expuso sobre *“Las nulidades en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Procedimientos Administrativos”*. El disertante abordó en forma rigurosa y exhaustiva el régimen de nulidades del nuevo Código Civil y Comercial y de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y las relaciones del Derecho Civil respecto del Derecho Administrativo. La idea principal que desarrolló en su exposición es que la incidencia del Código Civil y Comercial sobre la ley nacional de procedimientos administrativos en el régimen de nulidades administrativas confirma que la concepción dicotómica derecho público-derecho privado puede explicarse por razones tradicionalmente históricas y actualmente metodológicas, pero hay normas que se aplican a todos los sujetos jurídicos; normas que tienen originariamente como destinatarios a los particulares, y resultan extensivamente aplicables a la Administración, y normas inicialmente administrativas que se aplican a los privados, como las de adjudicación de contratos administrativos.

Al culminar la exposición los integrantes del Instituto efectuaron un fructífero intercambio de opiniones sobre la temática abordada.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el diecisiete de diciembre, el doctor Carlos M. Grecco trató el tema *“El caso ‘Los Lagos’ a la luz del régimen de nulidades del nuevo Código Civil y Comercial”*. En su disertación analizó el conocido fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, proponiendo una visión alternativa acerca de su significado e implicancias en la teoría de la invalidez de los actos administrativos tanto desde la perspectiva del Derecho Administrativo como a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A modo de conclusión sugirió que si bien la solución del caso es la correcta, dadas sus singularidades, no puede erigirse como una teoría general. Al finalizar la

exposición, tuvo lugar un extenso debate entre los miembros del Instituto sobre el alcance del mencionado pronunciamiento y su incidencia en el régimen de nulidades del acto administrativo.

Los miembros del Instituto están trabajando en la elaboración de un libro colectivo sobre la incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo.

La fecha de entrega de los trabajos se fijó para fines del mes de marzo de 2016. ♦

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del Académico doctor Santos Cifuentes y la subdirección del Académico Jorge H. Alterini, el Instituto realizó varias reuniones para responder a la inquietud de la Academia de producir aportes en esta área sobre el Código Civil y Comercial, finalmente en vigencia desde el 1° de agosto.

En sucesivos encuentros, los miembros del Instituto expusieron sus opiniones sobre el nuevo Código, plasmándose parte de ellas por escrito en los trabajos reunidos para su publicación conjunta por la Revista Jurídica Argentina La Ley, emprendimiento que derivó en una amplia difusión al haber llegado a todos los lectores del diario La Ley junto con el ejemplar del 10 de diciembre de 2015.

Según la pertinente ordenación temática, la publicación mencionada contiene los siguientes trabajos de investigación: *“Persona humana”*, por el doctor Manuel O. Cobas; *“La propuesta reguladora en el divorcio”*, por el académico doctor Eduardo A. Sambrizzi; *“Contratos en general”*, por la doctora Elena Campanella; *“La frustración del fin del contrato”*, por el doctor José María Gastaldi; *“Contratos por adhesión a cláusulas predispuestas. Contratos de consumo. Cláusulas abusivas”*, por el doctor Rubén S. Stiglitz; *“De los contratos en particular”*, por el doctor Juan Carlos Hariri; y *“Tratando la donación”*, por el académico doctor Mariano Gagliardo. ♦

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 veintiuno de abril y se extendieron hasta el diecisiete 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 veintiuno de abril disertó el doctor Martín Oyhanarte, sobre *“Reflexiones sobre el proceso de nombramiento de Magistrados de la Corte Suprema”*, mientras que en la del diecinueve de mayo hizo lo propio el doctor Alfredo Vítolo, acerca de *“El valor constitucional de los límites a las potestades provinciales en la nueva ley de hidrocarburos”*.

El dieciséis de junio expuso el doctor Emilio Ibarlucía, acerca de *“Observaciones constitucionales al juicio por jurados”*; el veintiuno de julio el doctor Armando Márquez sobre *“El artículo 124 de la Constitución Nacional. Región: una herramienta constitucional soslayada”*; el dieciocho de agosto el doctor Enrique Zuleta Puceiro acerca de *“Cultura constitucional: Un conflicto de valores”* y el veintidós de septiembre el doctor Pablo Garat, sobre *“El programa constitucional para el desarrollo federal”*.

Finalmente, en la reunión del veinte de octubre hizo uso de la palabra el doctor Horacio Rosatti, que disertó sobre *“Globalización, convencionalidad y estatidad. Sobre ‘el margen de apreciación nacional’ en la aplicación de normas internacionales”*, y el diecisiete de noviembre habló la doctora María Gabriela Ábalos sobre *“Aportes para una interpretación armónica del Código Civil y Comercial en el marco del federalismo fiscal”*.

Todas las exposiciones se caracterizaron por su elevado nivel académico, lo que motivó el interés e incitó a la participación.

La incorporación de nuevos miembros durante el año ha sido altamente positiva y se vio reflejada en las reuniones del corriente año.

No sólo por contar en cada reunión con un significativo número de asistentes sino porque los miembros más jóvenes han aportado interesantes visiones y se ha intensificado el diálogo intergeneracional. El aumento en el número de miembros, lejos de fraccionar al grupo, lo consolidó.

Hubo distintos enfoques y opiniones diversas sobre cada tema pero siempre primando el análisis profundo y medurado y el respeto por la opinión ajena, en un marco de sano pluralismo.

La reunión inicial del año 2016 se convocó para el martes diecinueve de abril.

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

Bajo la coordinación del doctor Lucas Lennon, la Sección se ocupó, durante las reuniones llevadas a cabo cada mes, de analizar el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación que, con la finalidad de reemplazar al Código de Procedimientos en Materia Penal vigente a la sazón, el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso.

El órgano legislativo, sin que existiera algún motivo para justificar el urgente tratamiento que imprimió a la iniciativa, la aprobó rápidamente, mediante la sanción de la ley 27.063, con la particularidad de que la vigencia del nuevo Código quedó sujeto a la previa aprobación de otros instrumentos legales, con lo cual quedó en evidencia que la celeridad en aprobarlo carecía de fundamento válido.

La importancia y extensión del nuevo ordenamiento procesal y los sustanciales cambios que introduce en relación con el texto sustituido, explican el prolongado tiempo insumido en su análisis.

El proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación, también sancionado por el Congreso, fue objeto asimismo de debates en varias sesiones de la Sección.

Otro tema que suscitó un interesante intercambio de opiniones fue el relacionado con la cuestión de la violencia de género, examinando su normativa y los pronunciamientos judiciales en materia penal que contribuyeron a precisar el perfil típico de la conducta penalmente reprobada.

Igualmente, reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas se expusieron durante las reuniones de la Sección. ♦

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 2015.

En la reunión del mes de marzo, el expositor fue el doctor Miguel Araya, quien se refirió al tema *“El contenido del derecho comercial, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial”*, y apuntó que el nuevo ordenamiento es una obra de significativo valor científico, fruto fundamentalmente del mundo académico que logra articular al mismo tiempo un sistema publicista de defensa de la igualdad y de los derechos humanos, con un sistema privatista en materia contractual y con una adecuada defensa del consumidor.

Además, indicó que para resaltar la importancia de la materia debe defenderse su jerarquía fundamentalmente en dos áreas, la universitaria y la jurisdiccional.

En abril disertó el doctor Pablo Heredia, sobre *“Cesión de derechos, de deuda y de posición contractual en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”*, oportunidad en la que destacó los cambios en su definición legal, las subespecies reconocidas (cesion-venta; cesión-permuta; y cesión-donación) y caracteres.

Abordó, entre otros aspectos, lo atinente al objeto del contrato, particularmente en lo relacionado con la cesión de derechos futuros, y las exclusiones derivadas de la ley y de la convención, para cerrar su exposición con comentarios sobre el contrato de cesión de posición contractual.

En la reunión de mayo, el doctor Martín Paolantonio expuso acerca de la *“Contratación Predispuesta”*, con referencias al método del Código para el tratamiento del tema, como así también a las regulaciones y cláusulas.

Entre ellas, abordó las cláusulas de precio, sobre las que dijo que se analizan en el nuevo Código desde el prisma del control de incorporación y no de abusividad, no existiendo jurídicamente para la contratación pre-dispuesta el concepto de “precio abusivo”.

En junio, el doctor Ignacio Escuti abordó el tema *“La problemática de la empresa en razón de la ley 26.994”*, y sostuvo que los Códigos no sólo deben tener en cuenta las realidades sobre las que debe legislarse, sino también las proyecciones de esas realidades hacia el futuro.

Desde esa perspectiva, advirtió que en el nuevo texto no se ha captado la realidad mercantil en toda su dimensión, aunque resaltó que el nuevo Código ha avanzado en la flexibilización del régimen societario, mediante la inclusión de la sociedad unipersonal, y la nueva Sección IV, de los artículos 21 y siguientes de la ley 19.550.

En el encuentro del mes de julio, el doctor Osvaldo Marzorati expuso acerca del *“Incumplimiento esencial y exoneración en el CCU y en la Convención de Viena”*, oportunidad en la que hizo una introducción sobre la redacción del art. 25 de la Convención de Viena acerca de la compraventa internacional de mercaderías.

Del mismo modo, entre otros aspectos, comparó la solución vinculada a la reparación de daños que ofrece cada texto, y finalmente analizó cómo se considera el incumplimiento esencial en el CCU, tras revisar lo previsto al respecto en el Proyecto de 1998.

En agosto, el doctor Ricardo Olivera García habló sobre el tema *“Sociedad Unipersonal en el Código Civil y Comercial Argentino y Derecho Comparado”*, y recordó que la segmentación del patrimonio no es un fenómeno nuevo.

Tras citar antecedentes de afectaciones patrimoniales en el derecho argentino, sostuvo que en última instancia la sociedad comercial participa de ese fenómeno, en el que el tema de la sociedad unipersonal representa un estadio más.

Asimismo, citó legislación de países europeos, como Liechtenstein, Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal, para luego repasar la experiencia latinoamericana en general, y de Argentina en particular.

En la sesión correspondiente al mes de noviembre, el doctor Juan M. Dobson se refirió al tema *“El acto abstracto (Art. 283 CCYCN) en los contratos. La promesa autónoma (Art. 734 CCYCN)”*, contexto en el cual se

preguntó inicialmente si era posible abstraerse de la causa en el nuevo Código Civil y Comercial.

Igualmente, abordó el desarrollo en la doctrina francesa sobre el acto abstracto del derecho alemán, como así también antecedentes nacionales, entre ellos el Anteproyecto Bibiloni, y conceptos del *Common Law*.

Como conclusión, afirmó que en el derecho comparado de Francia, Alemania y el *Common Law* no se puede prescindir de la causa aún en las regulaciones sobre el acto abstracto, mientras que en el caso de la norma nacional, en virtud de lo dispuesto por el art. 1012, es legítimo un pacto de abstracción.

Debe destacarse que al término de cada exposición se produjeron amplios e interesantes debates, con la participación de todos los asistentes a las reuniones del Instituto.

El comienzo de las actividades del año 2016 tendrá lugar en marzo.

SECCIÓN DE 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. Desde esa fecha, 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 2015 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.

En 2015, sobre la base del trabajo del año anterior, la Sección realizó sesiones que se enfocaron en el estudio y análisis de la reforma con relación a aspectos específicos.

Durante las reuniones, a través de disertaciones y debates se comenzó el análisis de algunos de esos temas con profundidad y se plantearon cuestiones relevantes para la materia.

En la primera sesión, celebrada el dieciséis de julio, el doctor Osvaldo Marzorati expuso sobre el tema *“Incumplimiento esencial y exoneración en el CCU y en la Convención de Viena”*.

En la segunda sesión, celebrada el veinticinco de agosto, el académico Enrique M. Falcón abordó el tema *“Los consumidores en el Derecho Internacional Privado y los procesos colectivos”*.

En la tercera sesión, celebrada el veintisiete de octubre, la doctora María Susana Najurieta expuso acerca de la *“Responsabilidad Civil en casos internacionales no contractuales: desafíos de nuestro tiempo”*.

Finalmente, en la última sesión del año, celebrada el diecisiete de noviembre, el doctor Carlos D’Alessio desarrolló el tema *“Cuestiones de interés notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación con una mirada sobre el Derecho Internacional Privado”*. ♦

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del Académico doctor Enrique M. Falcón, el Instituto trabajó en la confección de un *“Modelo normativo sobre el amparo”*.

Su redacción base ha sido finalizada y será objeto de su redacción definitiva y comentario en la reunión que el Instituto prevé realizar en el mes de abril, en ocasión del primer encuentro del año. ♦

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Bajo la dirección del Académico doctor Daniel Funes de Rioja, el Instituto realizó, entre los meses de febrero y noviembre, diez reuniones, las que se llevaron a cabo el segundo martes de cada mes.

En dichas reuniones los miembros del Instituto cuyos nombres se detallan a continuación expusieron y debatieron los siguientes temas, vinculados al nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC).

Los doctores Daniel Funes de Rioja y Juan José Etala abordaron la *“Locación de servicios y el Derecho del Trabajo. Evolución histórica y el nuevo Código Civil y Comercial”*, y el doctor Osvaldo Maddaloni la *“Prescripción y caducidad en el nuevo Código Civil y Comercial”*.

Por su parte, el doctor Miguel Maza trató el tema *“El domicilio de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial”* y el doctor Carlos Pose *“La responsabilidad objetiva predicada por ley 26994 y sus efectos sobre la LRT”*.

Por su parte, los doctores Julio Simón y Carlos Aldao Zapiola se refirieron a la *“Autonomía de la voluntad en el CCC y su relación con el examen de la autonomía colectiva”*, el doctor Leonardo Ambesi se refirió a *“Las disposiciones sobre fuentes en el Código Civil y Comercial”* y el doctor Mario Ackerman abordó la *“Valoración de la vida humana en el nuevo Código Civil y Comercial”*.

Finalmente, la doctora Graciela Cippoletta consideró el tema *“El nuevo CCC y su impacto sobre la Seguridad Social”* y el doctor Eduardo Álvarez se refirió a los *“Diversos aspectos del nuevo CCC en su relación con el Derecho del Trabajo”*.

En la reunión realizada el catorce de diciembre, a modo de finalización de las actividades del año, los miembros del Instituto asistieron a la disertación que ofreció el señor Guy Ryder, Director General de la Organización Internacional del Trabajo.

Cabe destacar que durante el año 2015 el Instituto incorporó varios integrantes, llegando el número total en la actualidad a veintiún miembros.◆

INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del Académico doctor Horacio A. García Belsunce, las reuniones comenzaron en el mes de mayo, cuando se fijaron las pautas y temas de interés a desarrollar a lo largo del período académico 2015, durante el cual, en reuniones realizadas cada mes, se abordaron temas de la materia.

En el mes de agosto, el Instituto emitió una declaración, autorizada por el plenario académico en la sesión privada del trece de agosto.

El texto de esa declaración, emitida con motivo del proceso iniciado para cubrir plazas del Tribunal Fiscal de la Nación, se transcribe a continuación:

El Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se ve en la necesidad de reiterar un anterior pronunciamiento que hiciera público el 10 de mayo de 2011, en aquella oportunidad con motivo de los vicios consumados en el nombramiento de vocales en el Tribunal Fiscal de la Nación mediante el dictado del Decreto N° 391/11.

Recientemente, la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha dictado las Resoluciones N° 121 y N° 122, fechadas el 9 de junio de 2015, convocando a los aspirantes para la cobertura de nueve Vocalías del Tribunal Fiscal de la Nación, seis de ellas con competencia impositiva y las tres restantes con competencia aduanera, y lo ha hecho, sobre la base del mecanismo fijado por la Resolución N° 92/2003 de la Secretaría de Hacienda, que dispone que verificados los requisitos mínimos para la postulación, de edad, título y antigüedad en el diploma universitario que en cada caso corresponda (Abogado o Contador Público), se labrará un acta con la lista de candidatos confeccionada por orden alfabético.

El procedimiento antes señalado, importa contrariar explícitas disposiciones contenidas en la Ley de Procedimientos Tributarios que requiere a los fines de cubrir tales cargos la realización de un “previo concurso de antecedentes que acrediten competencia en cuestiones impositivas y aduaneras, según el caso” (art. 147 de la ley N° 11.683). Es que, desde la sanción y puesta en vigencia de la ley N° 15.265, por la cual se creó y se puso en funcionamiento el Tribunal Fiscal de la Nación, las designaciones de sus Vocales se

realizaron en todos los casos, por más de medio siglo, mediante un “Orden de Méritos” de los candidatos, como medio de asegurar la idoneidad en la especialización que reclama el artículo 16 de la Constitución Nacional, en tanto allí se prescribe: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”, preservando de tal modo, al mismo tiempo, la independencia de la Administración activa, y de cualquier tipo de influencia política. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el leading case “Elena Fernández Arias y Otros v. José Pollo —sucesión—”, sentencia del 19 de septiembre de 1960 —Fallos: 247:646—, además de la exigencia de que las funciones jurisdiccionales en sede administrativa se encuentre sujetas a control judicial suficiente, requieren, como se dejara enfáticamente expresado en la causa: “Ángel Estrada y Cía.”, sentencia del 5 de abril de 2005 —Fallos: 328:651—, que tales organismos, además de haber sido creados por ley, se integren asegurando con total transparencia una designación que permite el ejercicio de sus cometidos con “independencia e imparcialidad” (del considerando 12 del pronunciamiento), lo que solamente se logra si el procedimiento de selección de sus miembros, dotado de claridad, es ajeno a la discrecionalidad de los gobernantes, lo que solo puede abonarse cuando ellos son elegidos mediante un Orden de Méritos y por resolución fundada.

Por las circunstancias antedichas, el procedimiento que nuevamente transita la Secretaría de Hacienda, pone en vilo el prestigio bien ganado por el Tribunal Fiscal de la Nación a lo largo de más de medio siglo, en donde sus integrantes supieron dar pruebas acabadas de solvente idoneidad en materia tributaria e indiscutible independencia, lo que mueve a los miembros de este Instituto a hacer pública esta declaración, con la esperanza que se rencauce el procedimiento para designar, finalmente, a los profesionales más capacitados, y al abrigo de cualquier sospecha de parcialidad. ♦

IV

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

EL INICIO DE LA VIDA Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN

POR SIRO M. A. DE MARTINI (*)

En general, en el mundo jurídico el tema del comienzo de la vida suele plantearse cuando se quiere justificar algo que es contrario a la vida. En otras palabras, cuando las ideologías o los avances científicos necesitan autorización o apoyo para imponerse en la sociedad, recurren al Derecho, que se transforma así en un instrumento para modificar artificialmente la realidad.

De allí que uno podría comenzar por plantearse si existe una verdadera correspondencia entre el título de esta comunicación y la realidad jurídica que voy a describir. Es decir: ¿protege realmente el orden jurídico argentino al embrión humano o, por el contrario, lo desprotege o, peor aún, justifica los ataques contra su vida o integridad?

Como veremos, la respuesta es ambivalente.

Comencemos con la protección de la vida en su etapa prenatal que ha sido la constante en la mayor parte de nuestra historia jurídica.

Como siempre que se habla de Derecho hay que empezar por la Constitución Nacional.

Aunque nuestra Ley Fundamental y, con ella, todo nuestro orden jurídico siempre defendió y protegió la vida humana inocente, hay que decir que —desde la reforma de 1994— la Constitución contiene normas muy precisas sobre la protección de la vida desde su inicio.

En efecto, a través del inciso 22 del art.75, la reforma estableció que tienen jerarquía constitucional varias declaraciones, convenciones y pactos

(*) Disertación del Académico en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Inter-académica sobre "Principio y Fin de la vida humana", del 22 de mayo de 2015, organizada por las Academia Nacional de Medicina junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Periodismo.

internacionales de derechos humanos que contienen normas relativas a la vida. Entre ellos podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art. 3° establece que “todo individuo tiene derecho a la vida”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su art. 6° declara: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”; luego, la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone en el art. 4°, inc. 1 que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Y, por otra parte, en lo que tendrá importancia para posteriores análisis, el art. 1°, inc. 2 que reconoce que “persona es todo ser humano”, y el art. 24: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Por fin, la Convención sobre los Derechos del Niño que dice en su art. 6° que “los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, y que garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Y en el 3° que en toda medida que tome cualquier institución pública o privada siempre se debe tener en cuenta el interés superior del niño.

Hay que tener presente que la Convención entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, y que la ley 23.849 al incorporar este documento internacional a nuestro orden interno dejó a salvo que “la República Argentina entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Luego, en materia legislativa común, la ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño, dispone que “se entiende por interés superior del niño...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, entre los cuales, por cierto, está el derecho a la vida. Y, adelantándose a futuros problemas determina que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de...los niños frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 3°).

Y ya desde el siglo XIX, el Código Civil que pronto dejará de regir nuestra vida diaria, establecía que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas” (art. 70).

En materia de jurisprudencia hay que mencionar, de modo coherente con las normas citadas, el fallo de nuestra Corte Suprema en el caso “Portal de Belén” donde se reconoció, con abundantes citas de reconocidos biólogos, que la concepción se produce con la fecundación (no, por tanto, con la implantación), lo que llevó al tribunal a prohibir la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco en razón de poseer efectos abortivos.

Es cierto que el Código Penal —desde su sanción en 1921— prevé dos supuestos de abortos “no punibles”. Se trata de los llamados aborto terapéutico y aborto eugenésico (“cuando el embarazo proviene de la violación... de una mujer idiota o demente” dice la ley). Durante años la doctrina penal discutió si el fundamento de la no punibilidad era la existencia de un estado de necesidad (o sea, quien causa un mal para evitar otro mayor) o una excusa absolutoria (es decir, razones de política criminal por las que se resuelve no castigar, en ciertas circunstancias, un delito). Pero de lo que no había dudas es de que se trataba de un medio de defensa que debía plantearse en ocasión de ser alguien imputado de la comisión del delito. Ningún juez podía autorizar la comisión del aborto porque los jueces tenían claro que no entraba dentro de sus funciones autorizar a matar. Y, por tanto, a ningún médico, partera, autoridad hospitalaria, mujer embarazada o abogado se le ocurría solicitarlo.

Quizás convenga mencionar, como signo de la política estatal protectora del embrión, el Decreto 1406/98 (que sigue vigente), por el cual se declara el día 25 de marzo de cada año como “Día del Niño por Nacer”. Entre sus muchos fundamentos se destaca “que la vida, el mayor de los dones, tiene un valor inviolable y una dignidad irrepetible” y “que el derecho a la vida no es una cuestión de ideología, ni de religión, sino una emanación de la naturaleza humana”.

Podríamos resumir, entonces, el contenido de nuestra legislación vigente en materia de protección de la vida en su inicio, a través de las siguientes proposiciones:

- La vida humana comienza desde la concepción.
- Desde la concepción todo ser humano es persona.
- Desde la concepción existe un derecho intrínseco a la vida.
- En toda medida que pueda afectar a una persona por nacer, ya sea que la adopte un órgano o institución de cualquiera de los tres poderes o una entidad privada, hay que velar por el interés superior de la persona por nacer.
- Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de una persona por nacer y los de una persona adulta, prevalecerán los primeros.
- El aborto es un delito contra la vida de una persona.

Luego de esta apretada síntesis, estamos en condiciones de considerar la realidad opuesta: el orden jurídico argentino desprotege o directamente ampara la agresión contra la vida humana en su etapa prenatal.

Es importante que hagamos este breve recorrido teniendo siempre presente que todas las normas mencionadas se encuentran vigentes.

Comenzaré con el aborto para pasar luego a la fecundación humana artificial.

Ya en nuestro siglo, tras varios casos de autorizaciones judiciales para abortar, con el argumento de que se trataba de supuestos de no punibilidad; y de graves intervenciones del Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Salud (elaboración de una Guía indicando como proceder en caso de abortos no punibles, facilitación de medios para que se practiquen abortos, entrega indiscriminada de fármacos con efectos abortivos en hospitales públicos), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “E, A. L.” de marzo de 2012, interpretó el Código Penal en el sentido de que hay una tercera causa de no punibilidad del aborto, cuando el embarazo es consecuencia de una violación.

Más aún, dijo que se trataba de un derecho de la mujer embarazada y que el Estado debía practicar el aborto como parte del servicio de salud.

¿Cómo pudo la Corte Suprema llegar a esa conclusión? No me refiero en este momento a la interpretación del Código penal, sino a la afirmación de que existe un derecho a matar a una persona inocente y que el Estado tiene la obligación de encargarse de matarla. ¿Cómo conciliar esta sentencia con la Constitución Nacional?

Hubo un jurista llamado Charles Evans Hughes, que presidió la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, que acuñó una frase que pronto ganó fama: “la Constitución es lo que lo que los jueces dicen que es”. La frase ha sido utilizada en los más variados contextos y podría ser fácilmente empleada en este caso. Claro que no sería una explicación sino una rendición algo cínica ante los hechos, y un regreso a la idea brutal de que quien tiene el poder decide qué es el derecho.

No creo que haya sido éste el trasfondo del pensamiento de nuestros jueces. Creo que es peor. A mi juicio el único modo de comprender —no de compartir, por cierto— los argumentos de la sentencia es si se parte de la hipótesis de que el pensamiento de la Corte es que existen dos categorías de seres humanos: los nacidos y los por nacer. Cada uno de ellos con distintos niveles de protección jurídica. Por supuesto, que este hipotético fundamento del derecho, y de la obligación, de matar, convierte al fallo en una resolución aún más inconstitucional, si cabe; pero, al menos, le da algo de coherencia.

¿Cómo entender, si no, esta argumentación de la Corte?: “de la dignidad de las personas... se desprende el principio que las consagra como un fin en

sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente... la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”.

Como se ve, el tribunal utiliza el argumento para justificar la conducta abortiva de la madre, pero no para proteger al niño.

Es decir, en pura lógica: si el niño fuera una persona habría que considerarlo como un fin en sí mismo y no podría ser tratado utilitariamente, por lo tanto, no se podría emplear su vida como medio para remediar, de algún modo, el problema psicológico de su madre. Pero la Corte dice que hay un derecho a matarlo. En consecuencia, no es una persona. Y así se puede proceder con otras argumentaciones del Tribunal. Y siempre con el mismo resultado. De hecho, prácticamente no se habla en el fallo de la víctima del aborto. Ni de sus derechos.

Como es sabido, los médicos fueron tratados en este fallo con especial e inusitada dureza, y de un modo amenazante. Hasta el punto que muchos nos hemos preguntado si este fallo no fue escrito pensando en particular en los profesionales de la salud, como un modo de asegurarse que practiquen abortos.

Me parece importante, en este sentido, insistir en que los fallos de la Corte obligan sólo en el caso en que han sido dictados y que la Corte carece de potestad para obligar a las provincias (o a la ciudad de Buenos Aires) a dictar protocolos para practicar abortos. De hecho, basta ver la parte resolutive del fallo para comprobar que el alto tribunal no “ordena” sino que “exhorta” a las diversas autoridades a disponer los medios para practicar abortos. Quien ha leído los considerandos de la sentencia no puede dudar que si la Corte hubiera podido ordenar que se practicaran los abortos lo hubiera hecho. Hay que señalar, por tanto, que tanto las provincias como la ciudad de Buenos Aires, han asumido la grave responsabilidad de ordenar la práctica de abortos por su propia decisión y voluntad.

Este precedente produjo como buscado efecto que muchas provincias, aunque no todas, sancionaran los llamados protocolos de aborto no punible.

En cuanto a la fecundación artificial extracorpórea, que es la que más interesa para el tema que estamos tratando, hay que decir que gozó durante muchísimos años en Argentina de un virtual estado de anomia. Es decir,

las leyes nada decían sobre ella. Argentina fue así (y en realidad presumo que lo sigue siendo) una suerte de paraíso para quienes quisieron producir artificialmente embriones humanos, experimentar con ellos o comercializarlos. El único intento que se hizo para poner algo de control judicial y, a través de él, proteger a los embriones congelados en la ciudad de Buenos Aires, fue obra del empuje y compromiso de Rabinovich Berkman, a través de una causa que lleva su nombre y en la que, lamentablemente, la Justicia no pudo alcanzar el resultado deseado.

En el año 2013 se sancionó la ley nacional 26.862 de “reproducción humana asistida”. La finalidad de la ley, según surge de su mismo texto, es garantizar el acceso integral a la fecundación artificial a todo aquel que lo requiera. “Acceso integral” tiene un doble sentido: económico, por un lado, porque todos los centros de salud —públicos y privados— tienen la obligación de incorporar las técnicas de fecundación entre sus prestaciones y brindar una cobertura integral; e irrestricto, por el otro, en cuanto el único requisito para solicitar el tratamiento es la mayoría de edad. El estado civil y la orientación sexual, se dice expresamente, no deben representar ningún límite.

Es decir, que desde su comienzo la norma asume la licitud de la fecundación artificial y todo lo que necesariamente conlleva (selección y descarte de embriones, criopreservación, posterior muerte de los embriones congelados que no se implanten).

Hay que señalar que la ley menciona, entre otras, técnicas que incluyan la “donación de embriones”.

Ahora, como los seres humanos no pueden ser objeto de donación habría que conjeturar que: o la ley no considera que los embriones humanos sean seres humanos, o considera que son seres humanos pero de una categoría distinta.

Por fin, debemos considerar las normas del nuevo Código Civil. La norma central para nuestro tema está, sin dudas, contenida en el artículo 19: “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Sin embargo, la ley 26.994, que es la que aprueba el Código, establece en su artículo 9º, en calidad de norma transitoria correspondiente al mencionado artículo 19, la siguiente: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”

Nuevamente nos encontramos con la creación de dos categorías de seres humanos: los embriones concebidos y los embriones no implantados. De lo que se sigue que, para el Código Civil, concepción quiere decir implantación.

Los embriones no implantados no son entonces personas. Pero recordemos que según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional, persona es todo ser humano, por tanto, los embriones no implantados no son seres humanos. Pero, si no son seres humanos, ¿qué son? Y además, si fuera así: ¿por qué hay que protegerlos?

Podemos encontrar un intento de justificar esta categorización de los seres humanos en un artículo escrito por uno de los autores del proyecto de Código Civil. Leemos: “hay que hablar sin eufemismos, decir que los embriones in vitro son personas implica prohibir la técnica de criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre” (1).

El razonamiento es llamativo: quiero que se pueda practicar la fecundación in vitro. Pero ésta supone la criopreservación de embriones. Congelar personas es ilícito. Por lo tanto, establezco legalmente que los embriones producidos a través de la fecundación in vitro no son personas.

Se trata de un argumento filosóficamente utilitarista pero llevado a un grado extremo: recrear la realidad para poder justificar mi voluntad (o la supuesta voluntad popular, o los intereses de quienes sean).

Como consecuencia esperable de esta creación legal, en noviembre de 2014, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley para la protección del embrión no implantado que legaliza el descarte, la crioconservación, la destrucción y la utilización de embriones para experimentación. El proyecto fue objeto de un dictamen de nuestra Academia que pone de manifiesto su inconstitucionalidad. No ha sido aún tratado por el Senado.

En síntesis final: nuestro ordenamiento jurídico protege con todo rigor y claridad a las personas en su etapa prenatal, tanto embrionaria como fetal. En los últimos años han aparecido normas de distinta jerarquía (Código Civil, ley de reproducción humana asistida, protocolos para atención de abortos no punibles) y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que vulneran gravemente los derechos humanos de las personas en la etapa prenatal. Tanto el aborto entendido, en determinadas circunstancias, como un derecho; como el descarte y el congelamiento de embriones, tienen

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora: "El embrión no implantado. Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común" - LL - 10/7/2012 - 1.

como fundamento implícito la creación de categorías de seres humanos con distintos niveles de derechos, o la negación del carácter de humanos o de plenamente humanos de ciertos seres originados en la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Se trata, entonces, de una concepción jurídica prometeica que no sólo no respeta la realidad objetiva de las cosas sino que supone que es la ley la que crea la realidad.

Ciertamente, no puedo menos que decir que todo esto es abiertamente contrario a nuestra Constitución Nacional.

En 1994, Gonzalo Herranz terminó una famosa conferencia con una frase que considero que debería ser motivo de permanente reflexión: "Hay razones para sospechar que en buena medida el destino de la humanidad vendrá fuertemente determinado por la respuesta a la pregunta de si el embrión humano es una cosa, un hombre o una entidad intermedia todavía por definir. La noción que termine imponiéndose fijará el tono moral de la sociedad del futuro. Determinará, a fin de cuentas, las relaciones interhumanas" (2). ♦

(2) HERRANZ, Gonzalo: "Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado" publicado en Anuario Filosófico, revista de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Navarra, 1994 (27), p. 127.

EUTANASIA, DISTANASIA O ENSAÑAMIENTO TERAPÉUTICO EN LA LEY

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

I. Las modificaciones a la ley 26.529

La ley 26.742, conocida como Ley de Muerte Digna, realizó determinados agregados o modificaciones a la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, relacionados, entre otros aspectos, con el alcance de los derechos que le caben al enfermo en el marco de la autonomía de la voluntad. La intención de dichas modificaciones es tratar de lograr que todas las personas tengan una muerte digna, circunstancia con la cual, naturalmente, nadie puede estar seriamente en desacuerdo. Es que así como existe un derecho a la vida, también existe un derecho, que corresponde a toda persona y, en particular, al moribundo, de tener una muerte digna, siendo fundamental la solidaridad que debe guardarse para con el enfermo —en especial, con el enfermo terminal—, no pudiendo desconocerle el derecho a morir con dignidad, sin mengua de no respetársele como persona.

Son varios los aspectos involucrados en el ejercicio de este derecho, entre los que puede señalarse el de morir con el apoyo de medicina paliativa, en un ambiente de paz y serenidad, acompañado de sus seres queridos y manteniendo una relación enriquecedora con las personas que lo rodean, confortado espiritualmente, en paz consigo mismo y con Dios. No se trata de un inexistente derecho a procurar o hacerse procurar la muerte, sino de morir serena y naturalmente, en el momento en que la muerte llega, sin que nadie la adelante en forma artificial y sin sufrimientos inútiles o innecesarios.

(*) Disertación del Académico en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Inter-académica sobre “Principio y Fin de la vida humana”, del 22 de mayo de 2015, organizada por las Academia Nacional de Medicina junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Periodismo.

Una muerte digna requiere, asimismo, evitar que el paciente sea objeto contra su voluntad de experimentaciones y de que se le apliquen técnicas médicas peligrosas o gravosas, teniendo derecho a recibir atención médica para aliviar el dolor o el sufrimiento, aun cuando pudiera eventualmente tener como efecto secundario no querido el de acortar la vida. El *derecho a morir con dignidad* no está relacionado con el hecho de morir, sino con la forma de hacerlo, constituyendo una cuestión ajena a un por cierto inexistente *derecho a morir*, que es el que pretenden tener quienes dan una importancia exageradamente decisiva a la autonomía y a la libertad del paciente para decidir cuándo se le deben discontinuar los auxilios médicos.

La autonomía y la libertad de las personas son derechos de menor entidad que el derecho a la vida, que es de carácter absoluto y existe desde la concepción hasta la muerte natural (por oposición a provocada), teniendo la autonomía y la libertad claras limitaciones (una persona no puede, por ejemplo, admitir ser vendida como esclava). Por lo que cuando la autonomía y la libertad chocan con el valor vida, deben subordinarse a ésta.

La consagración de un derecho a la vida, que resulta tanto de Convenciones internacionales como del derecho interno de cada país, tiene como alcance el de consagrar la existencia de un derecho inalienable e irrenunciable, de carácter absoluto, que, además, tiene un valor superior al del resto de los derechos, pues su existencia condiciona el efectivo ejercicio de estos últimos. Una vida es valiosa en sí misma, independientemente de la voluntad que tenga su titular de seguir viviendo. Y es valiosa no solo para uno, sino también para el prójimo, puesto que en la vida no sólo existen intereses individuales, sino también sociales, por la interdependencia existente entre todos los seres humanos. El derecho a la vida entraña el deber de respetar la propia vida, de la que no se puede disponer, por cuanto el hombre no es dueño de sí mismo ni de su vida, y quien resuelve quitársela no está renunciando al derecho a la vida, sino a la vida misma, y con ella, a la libertad que se proclama defender, que ya no puede ser ejercida por quien tomó y ejecutó esa decisión.

II. Con respecto a la eutanasia

Ese respeto por la vida humana implica el derecho de defenderla de ataques ilegítimos y de respetarla por todas las personas, omitiendo toda acción u omisión que pudiera conducir a la muerte, e igualmente entraña el deber de respetar la propia vida, lo que lleva a la conclusión de que existe un deber de no quitársela por medio del suicidio, ni tampoco con o por la participación de un tercero.

Resultan sin duda inadmisibles los enfoques éticos que rechazan el concepto de la inviolabilidad de la vida humana, que partiendo de la falsa distinción entre una vida digna y otra que no lo es, afirman que sería dable negar el derecho a la vida tanto al ser discapacitado o enfermo, como también a otras personas improductivas o inútiles, lo que sería así con fundamento en la negación de la personalidad humana a quienes carecen de la conciencia de sí mismos, de la racionalidad y de la autonomía, o sea, de la posibilidad de decidir cada persona lo que es mejor para ella. Lo cual ha llevado a la justificación de la eutanasia, ya que para esos enfoques, centrados en lo que algunos han denominado *ética de la calidad de vida*, ésta tiene un valor extrínseco y relativo, y sólo existe como tal mientras se mantenga en la persona un cierto nivel de *calidad*, derivado de la posesión de ciertas cualidades o ventajas. Con lo cual se deja de lado el valor inconmensurable que tiene cada vida humana.

Conocida es la noción de la denominada “pendiente resbaladiza de los pasos sucesivos,” que hace que una vez abierta una brecha en el principio de la intangibilidad de la vida humana, sobre el presupuesto del *móvil compasivo* se vaya extendiendo la eutanasia, de la omisiva a la activa del moribundo, del enfermo incurable no terminal a los seres deformes, como asimismo, por qué no, también a los ancianos, a los disminuidos psíquicos, o a los enfermos mentales. Lo que así ocurriría en el no imposible supuesto de deterioro de las premisas morales en las que debe basarse la conducta humana.

La eutanasia conlleva anexa una concepción ética utilitarista del hombre, al que considera como una especie de hombre-cosa al que se puede instrumentalizar para el logro de fines extrapersonales, lo que es contrario a la concepción personalista de la persona humana, que le confiere al hombre un valor por sí mismo, en razón de la dignidad ínsita a todo ser humano por ser tal. Se ha señalado que el corolario de la concepción utilitarista es el principio de disponibilidad del ser humano, que en el utilitarismo individual hedonista viene dado por el consentimiento del sujeto, en cuyo nombre se legitima una política de total liberalización, ya sea del aborto, de la droga, de la esterilización irreversible, del transexualismo, del alquiler del claustro materno, del suicidio, y sobre todo actualmente, de la eutanasia en sus diversas manifestaciones.

Perdida la piedad por la muerte, la eutanasia invoca la muerte por piedad. Pero lo real y verdadero es que la eutanasia consiste en un acto de falsa piedad hacia el que sufre, puesto que la verdadera solidaridad –en la cual se halla comprendida la piedad, como un valor ínsito a la misma– consiste en prestarle asistencia a ese ser, en lugar de eliminarlo. La eutanasia no puede ser considerada como una actitud piadosa, sino exac-

tamente lo contrario, puesto que al ser practicada se va contra las reglas de la naturaleza, y, por tanto, contra la ley natural. La misma constituye, en realidad, una hipocresía y una falsa conmiseración, al buscar el camino más cómodo, fácil y egoísta para resolver los problemas del enfermo, puesto que en lugar de sacrificarse con éste y darle los cuidados necesarios, dedicándole tiempo, afecto y contención, se lo elimina, muchas veces por comodidad o para evitar el sufrimiento propio.

La verdadera piedad y compasión no es la que quita la vida, sino la que la cuida hasta que sobreviene su final natural; la verdadera compasión hace solidarios con el dolor de los demás, en lugar de eliminar a la persona cuyo dolor no se puede soportar. El gesto de la eutanasia aparece aún como más perverso si es realizado por quienes, como los familiares, deberían asistir con paciencia y amor al enfermo, o por aquellos que por su profesión —como los médicos—, deben cuidar al enfermo incluso en las condiciones terminales más penosas.

Lo cierto es que, tal como ha sido dicho, la eutanasia no aporta una verdadera solución al problema del sufrimiento humano, sino que, más bien, la esquivada, porque pretende eliminar el dolor exterminando a quienes lo sufren, por lo que sólo una “ética del buen cuidado” se presenta como una opción válida a los dos extremos de la eutanasia y del ensañamiento terapéutico.

De tener el médico la posibilidad de poder aplicar un procedimiento eutanásico para eliminar al enfermo, se enturbiaría su identidad moral y profesional, atribuyéndosele junto al tradicional poder-deber de curar, el tremendo *poder de matar*, lo que socavaría en forma radical la misión que tiene asignada por la sociedad. El accionar del médico no solo se encuentra orientado a curar, sino también a ayudar a morir, prestando a quien pronto va a morir un cuidado integral. Este es el fundamento de la Medicina Paliativa, que admite la condición doliente del ser humano y que procura el control del dolor y el alivio del sufrimiento. Todos vamos a morir —se ha dicho que la muerte es una parte de la vida—, pero no por ello debemos acabar con nuestra vida antes de tiempo. La verdadera alternativa a la eutanasia y al encarnizamiento terapéutico es la humanización de la muerte.

El hecho de pronunciarse a favor de la eutanasia constituye, ni más ni menos, que un claro efecto del creciente desprecio por la vida humana —y particularmente, por la de las personas débiles, enfermas, dependientes o discapacitadas—, que se viene manifestando desde hace ya un tiempo en Occidente como una consecuencia directa de la progresiva imposición de la denominada *cultura de la muerte*, que hace que se considere que no

todas las personas son iguales en dignidad y en derechos. La eutanasia no constituye una forma de Medicina, sino una forma de homicidio, y el médico que la practique estará negando la razón de ser de la Medicina.

III. Con relación a los tratamientos extraordinarios o desproporcionados

Al igual que en el artículo 59 inciso g) del nuevo Código Civil y Comercial, en la ley 26.742 de muerte digna se establece el derecho que tiene toda persona a que no se la haga objeto de tratamientos extraordinarios o desproporcionados que a nada conduzcan. En efecto, dicha ley establece que ... *el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentra en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, o de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado.*

En otras palabras, sin perjuicio de la posibilidad de poder el paciente, como regla general, decidir sobre el hecho de iniciar o interrumpir un determinado tratamiento de carácter extraordinario que podría llegar a prolongar la vida en forma artificial, nadie puede estar obligado a que se le practiquen cuidados intensivos que sólo tiendan a lograr una prolongación precaria y penosa de su existencia, o sea, cuidados que constituyan lo que se ha dado en denominar *encarnizamiento o exceso terapéutico*.

El alargamiento en forma innecesaria y artificial, además de contraproducente, de la vida de una persona, resulta del hecho —ciertamente irracional— de la no aceptación de la muerte como una circunstancia inevitable en la vida del hombre, viéndosela en cambio como un mal al que hay que vencer a toda costa. Esa conducta —denominada *distanasia*— conduce a un tratamiento médico desproporcionado e inútil en relación a los resultados previsibles, lo que generalmente lleva a un mayor sufrimiento —o a un sufrimiento innecesario— por parte del paciente, agrediendo de tal manera su derecho a morir con dignidad. Lo cual debe ser considerado como una *mala praxis* médica.

La prolongación exagerada del proceso de morir, resultante del empleo inmoderado de medios terapéuticos extraordinarios o desproporcionados, excede al deber del médico de preservar la vida, traducida en un proceder irracional e inmoral —y aún antijurídico—, concretado en retardar inútilmente la muerte en casos desesperados, recurriendo a tratamientos absolutamente fútiles, carentes de sentido y de justificación médica y éti-

ca. Es que la medicina debe recurrir a la tecnología como una aliada, pero siempre que sirva a la alta dignidad del espíritu humano, y no lo sojuzgue, no debiendo dejarse de lado que la despersonalización de la medicina por el uso exagerado de medios técnicos, encierra el riesgo de la despersonalización del paciente, tanto en la vida como en la muerte.

Luis Fernando Niño afirma con relación al tema, que “cuando ya no se puede sanar ni mejorar al paciente, cuando se reconoce la irreversibilidad de una patología que involucra su propia índole humana, el conservar artificialmente las funciones inferiores de su sistema nervioso, nada tiene de terapéutico. Quien no puede curar no tiene derecho a proseguir interviniendo en ese máximo baluarte de la privacidad configurado por el cuerpo humano, a riesgo de cometer, paradójicamente, una sevicia”.

Varios han sido los documentos de la Iglesia en los cuales se critican los actos distanásicos, como en la Carta de los Agentes de la Salud, dada por San Juan Pablo II en el año 1994, cuyos conceptos fueron reiterados en la Encíclica *Evangelium Vitae*, del año 1995, como también en el documento “*Respetar la dignidad del moribundo. Consideraciones éticas sobre la eutanasia*”, de la Academia Pontificia para la Vida, de diciembre de 2000. Recuerdo, por último, la Declaración *iura et bona* sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe del año 1980, en la que se dejó en claro la licitud moral de la no aplicación de medios desproporcionados para prolongar biológicamente la vida, cuando lo único que se logra con ello es, en definitiva, una prolongación de la agonía.

No obstante, entiendo que el enfermo no puede negarse a recibir tratamientos de carácter extraordinario o desproporcionados con relación a su estado de salud, cuando con esa negativa se le pueda causar daño a un tercero, como podría ocurrir en el supuesto de la mujer embarazada, que no puede negarse a esos tratamientos cuando de tal manera se le prolonga la vida, salvando así la vida del hijo que tiene en su seno.

Es por lo hasta aquí dicho que coincido con la precitada ley 26.742 en cuanto la misma pone en claro el derecho del paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable, o se encuentra en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, a rechazar tratamientos extraordinarios o desproporcionados. Rechazo que, como establece la ley 26.742, *no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.*

Pero debo aclarar que lo que a mi juicio no resulta admisible, es que quede a la subjetividad del enfermo o de su familia la calificación de *extraordinarios* de determinados tratamientos médicos, ya que de tal mane-

ra se pueden facilitar las prácticas eutanásicas, no pudiendo conculcarse el derecho —que, a su vez, es un deber— que tiene el Estado de defender la vida de los habitantes del país, como resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2002 en el caso de la ciudadana británica Dianne Pretty, en que dicho Tribunal afirmó el derecho de los Estados de amparar la vida de las personas bajo su jurisdicción, inclusive por sobre el derecho a la autonomía personal de los individuos.

IV. En cuanto al rechazo de procedimientos de hidratación y alimentación

Distinta es la posibilidad que, como en el nuevo Código Civil, se admite en la ley 26.742 de poder el paciente *rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable*.

Disiento con esa posibilidad, dado que la alimentación e hidratación no constituyen un acto médico, sino un medio ordinario y proporcionado para la conservación de la vida, puesto que se trata de conductas normales y necesarias que practican todas las personas, estén o no enfermas o se encuentren o no en estado vegetativo, habiendo sido las mismas consideradas como *necesidades básicas del paciente*. Afirmar lo contrario sería facilitar las prácticas eutanásicas, que, no obstante, en la ley 26.742 se dice no aceptar.

No se puede decir que, aun practicadas en forma artificial, la alimentación y la hidratación constituyan un tratamiento médico de carácter extraordinario, habiendo señalado Domingo Basso con relación al tema, que cuando un medio artificial se usa para corregir un defecto o como una ayuda de la naturaleza, y no para sustituirla, lo artificial no tiene por qué ser considerado antinatural. Sin dejar de reconocer que la gastrostomía constituye un accionar invasivo, entiendo que la práctica de un acto de esa naturaleza, que se realiza con la finalidad de proporcionar alimentación e hidratación a un paciente, no constituye un acto que pueda ser calificado como *distanásico*. También es invasiva, por ejemplo, una simple intervención quirúrgica de apendicitis, la que, no obstante, en modo alguno podría ser calificada como una acción médica desproporcionada o de carácter extraordinario.

Quiero recordar lo expresado en un documento del año 2007 por la Congregación para la Doctrina de la Fe, en el sentido de que si bien “suministrar alimentos y agua es, *en principio*, moralmente obligatorio, no excluye que en alguna región muy aislada o extremadamente pobre, la alimentación e hidratación artificiales puede que no sean físicamente posibles”.

por lo que ante la imposibilidad, nada se puede hacer, aunque permanece la obligación de ofrecer los cuidados mínimos disponibles y de buscar, si es posible, los medios necesarios para un adecuado mantenimiento vital. Tampoco se excluye —se agregó en ese documento— que debido a complicaciones sobrevenidas, el paciente no pueda asimilar alimentos y líquidos, resultando totalmente inútil suministrárselos, habiéndose asimismo señalado que no se descartaba “la posibilidad de que, en algún caso raro, la alimentación e hidratación artificiales puedan implicar para el paciente una carga excesiva o una notable molestia física vinculada, por ejemplo, a complicaciones en el uso del instrumental empleado”.

V. Conclusiones

De todo lo hasta aquí visto no puedo sino concluir en una condena tanto de la eutanasia, como de las acciones médicas que constituyan un exceso terapéutico, no debiendo estarse para determinar si en el caso particular existe o no un exceso, a la opinión del enfermo o de sus más cercanos allegados, sino a un análisis objetivo de la situación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los adelantos de la ciencia médica al tiempo de la terapia. Debe quedar en claro que, como resulta de la ley, el rechazo de esa especie de procedimientos no implica la interrupción de las denominadas medidas paliativas, para el control y alivio del sufrimiento del paciente.

Por último, considero que salvo supuestos de excepción —a los que antes me he referido—, la discontinuación de la alimentación e hidratación a un enfermo, cualquiera sea su estado, constituye un acto de eutanasia por omisión. Apostemos a una cultura de la vida, en lugar de a una cultura de la muerte. ♦

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

Nos complace plenamente esta nueva Jornada Interacadémica. Desde sus comienzos, y respondiendo a una propuesta del Académico Fortunato SENAIM a la Academia que me honra presidir, hemos participado en el análisis de problemas graves cuya solución condiciona el desarrollo social. En esta oportunidad, los representantes de 6 Academias Nacionales procederán a examinar, a la luz de diversos enfoques, de una cuestión sumamente sensible e injusta como es la pobreza en la Argentina. Cuestión que, si bien generalmente se refleja en la degradación del individuo en el plano material, está determinada por la pobreza inmaterial forjada por la ausencia de educación que trae aparejada a la ignorancia.

La Nación Argentina, en el marco jurídico, siempre puso de manifiesto el deber de suprimir la pobreza y de proteger al desamparado. Así, el Estado Provisional de 1815, el Estatuto Provisional de 1816 y el Reglamento Provisorio sancionado por el Congreso de Tucumán el 3 de diciembre de 1817, enunciaban los deberes de la sociedad proclamando que, el cuerpo social, debe rescatar a los desamparados, aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionando los medios para prosperar e instruirse. Conceptos que fueron incorporados al Dogma Socialista de Esteban Echeverría, reflejando así el pensamiento de la Generación de 1837 que inspiró a nuestra Constitución de 1853/60. Ella impone el deber de fomentar la instrucción, el trabajo, la libertad responsable, la dignidad y el progreso del ser humano con una generosidad inusual. De manera mucho más amplia que los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En otras palabras, desde hace dos siglos la pobreza está jurídicamente descalificada en la Argentina. La pregunta que nos hacemos es ¿por qué no cumplimos los preceptos constitucionales y erradicamos la pobreza

(*) Disertación del Académico Presidente en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Inter-académica sobre “La pobreza. Realidad y tratamiento”, del 15 de octubre de 2015, organizada por las Academia Nacional de Medicina junto con las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas, Periodismo, Educación y Ciencias Económicas.

tal como lo demandaron los fundadores de la Nación Argentina? Las respuestas a estas preguntas serán, expresa o implícitamente, formuladas por los distinguidos expositores sobre la base de un criterio esencialmente científico, tal como corresponde en el ámbito académico. ♦

MARGINALIDAD, POBREZA Y LA CUESTIÓN DEL TRABAJO NO REGISTRADO

POR DANIEL FUNES DE RIOJA (*)

I. Introducción

Amartya Sen (premio Nobel de Economía) señala que para la conceptualización de la pobreza hay que definir quién debe estar en el centro de nuestro interés en un sentido lógico, la pobreza es una característica de los pobres, como un grupo que forma parte de la sociedad, y en los cuales debemos centrar el análisis para conocer sus características.

Dicho autor la caracteriza como la ausencia de capacidades básicas que le permiten a cualquier individuo insertarse en la sociedad, a través del ejercicio de su voluntad. En un sentido más amplio, la pobreza no es cuestión de escaso bienestar, sino de “incapacidad de conseguir bienestar precisamente debido a la ausencia de medios”.

En idéntico sentido, Gary Fields (Professor of Economics and the John P. Windmuller Chair of International and Comparative Labor) define la pobreza como la incapacidad de un individuo o una familia para disponer de los recursos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas.

Paul Spicker (Grampian Chair of Public Policy en la Robert Gordon University, Aberdeen) reconoce once posibles formas de identificar esta palabra: como necesidad, estándar de vida, insuficiencia de recursos, carencia de seguridad básica, falta de titularidades, privación múltiple, exclusión, desigualdad, clase, dependencia y padecimiento inaceptable.

(*) Disertación del Académico en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Inter-académica sobre "La pobreza. Realidad y tratamiento", del 15 de octubre de 2015, organizada por las Academia Nacional de Medicina junto con las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas, Periodismo, Educación y Ciencias Económicas.

Peter Townsend (Professor of International Social Policy en la *London School of Economics*) analiza tres concepciones de la pobreza que se han desarrollado en el siglo XX, la pobreza como privación relativa, como subsistencia y como necesidades básicas. También define la pobreza como la situación en la que viven aquellos cuyos recursos no les permiten cumplir las elaboradas demandas sociales y costumbres que han sido asignadas a los ciudadanos: están material y socialmente carenciados en una variedad de formas que *se pueden observar, describir y medir*.

David Gordon (filósofo e historiador de la Universidad de California) toma como referencia la definición de pobre dada por el Consejo de Europa en el año de 1984 definiendo como pobre a aquellas personas, familia o grupos de personas cuyos recursos resultan tan limitados que se traducen en su exclusión del nivel de vida mínimamente aceptable en el Estado miembro en el que vive.

La Doctrina Social de la Iglesia también —lógicamente— reflejó los problemas relativos a la pobreza: en la Encíclica “*Rerum Novarum*”, León XIII hace referencias a la pobreza vinculada a la cuestión social y en particular afirma que: “No debe considerarse al obrero como un esclavo; que debe respetarse la dignidad de la persona y la nobleza que a esa persona agrega el carácter cristiano”. Afirmó que, para ello, “cada trabajador debe recibir un salario que le permita subsistir y tener una vida razonablemente cómoda y que, si aceptaba malas condiciones laborales debido a la necesidad o al temor, el trabajador era una víctima de la injusticia”.

En la Encíclica “*Populorum progressio*”, Pablo VI denuncia que el desequilibrio entre países ricos y pobres se va agravando, critica al neocolonialismo y afirma el derecho de todos los pueblos al bienestar. Además presenta una crítica al capitalismo y al colectivismo marxista y propone la creación de un fondo mundial para ayudar a los países en vías de desarrollo.

En la Encíclica “*Laborem Exercens*” (de 1981), Juan Pablo II destaca que el hombre es la única criatura sobre la tierra capaz de trabajar. Por lo tanto, el trabajo lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad. Ya del libro del Génesis se extrae que el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia humana.

Menciona, además, que el trabajo está en función del hombre y no el hombre en función del trabajo, o sea que es preeminente el significado subjetivo del trabajo, sobre el objetivo. Aunque tenga gran valor objetivo, sin embargo cada trabajo se mide “*con el metro de la dignidad del sujeto mismo del trabajo, o sea de la persona, del hombre que lo realiza*”. La ver-

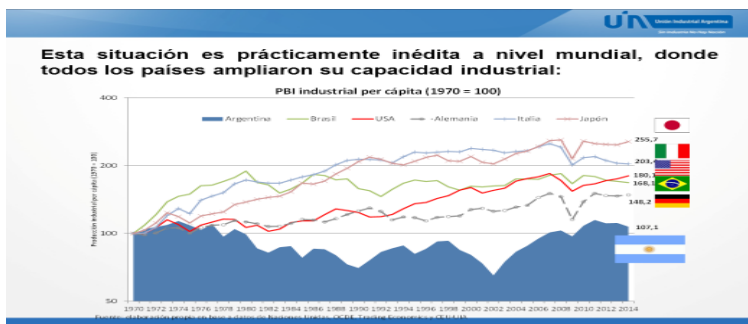
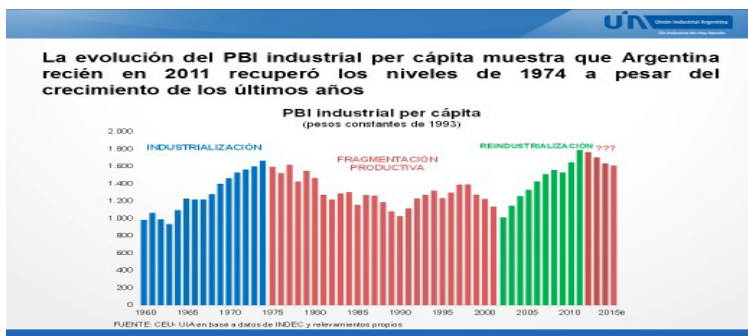
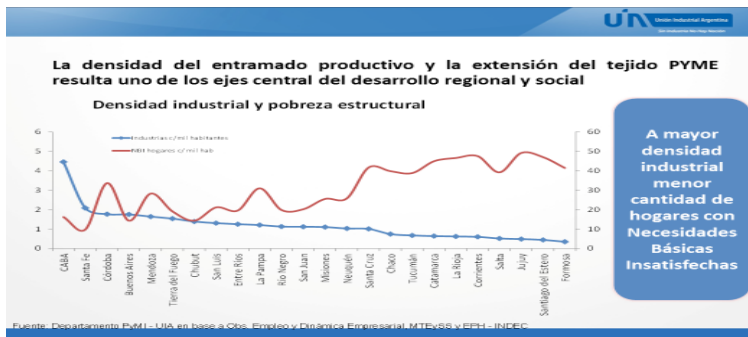
dad cristiana sobre el trabajo debe contraponerse al pensamiento materialista y economicista, para el cual, el trabajo se trata como una especie de mercancía y debe prestarse especial atención al problema fundamental de conseguir trabajo, es decir, un empleo adecuado para todos quienes se encuentren capacitados para desarrollarlo pues lo contrario es el desempleo. A efectos de darle solución a esta cuestión, debe existir una planificación global, que garantice la organización correcta y racional de la disponibilidad de trabajo.

En “Laudato Si” el papa Francisco hace varias menciones a la pobreza: *“La política y la economía tienden a culparse mutuamente por lo que se refiere a la pobreza y a la degradación del ambiente. Pero lo que se espera es que reconozcan sus propios errores y encuentren formas de interacción orientadas al bien común. Mientras unos se desesperan sólo por el rédito económico y otros se obsesionan sólo por conservar o acrecentar el poder, lo que tenemos son guerras o acuerdos espurios donde lo que menos interesa a las dos partes es preservar el ambiente y cuidar a los más débiles”*

II. Empleo: registrado y no registrado. informalidad y marginalidad

Según el Observatorio Social de la UCA, en el 2014 la pobreza afectaba al 28,7% de la población mientras que el INDEC reconocía un 4,7%, lo cual implica una grave inconsistencia estadística que no permite contar con información precisa necesaria para cualquier diagnóstico y políticas serias para la erradicación de este flagelo.

Sin embargo, en materia de empleo, la situación más clara, el Observatorio del Empleo - Comisión de Diagnósticos (Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el SMVM) en su informe sobre “Diagnóstico inicial sobre la situación del empleo asalariado registrado y no registrado —julio 2015— concluyó que: “...el empleo asalariado representa la principal inserción laboral que vincula la dinámica de la actividad productiva con las condiciones socio-económicas de las familias. En este marco, el trabajo registrado, implica en general, contar efectivamente con los derechos previstos en la normativa laboral (vacaciones pagas, aguinaldo, entre otros) y con los múltiples beneficios derivados de la seguridad social... el empleo no registrado indica la imposibilidad de acceder efectivamente a la gran mayoría de esos derechos y beneficios.



En el año 2014, se contabilizaron en promedio 10.061.434 de puestos de trabajo registrados en todo el país. El 64% corresponde al sector privado (6.409.447), el 32% al sector público (3.239.614) y el 4% en casas particulares (412.373).



El empleo en el sector público representa casi un tercio del empleo asalariado registrado, por lo que resulta necesario profundizar sobre cómo se compone...

Ámbito	Puestos de trabajo	Distribución
Total asalariados registrados	10.061.434	100%
En el sector privado	6.409.447	64%
En el sector público	3.239.614	32%
En casas particulares	412.373	4%

Fuente: MTEySS.

De acuerdo a los datos de la EAHU, en el tercer trimestre de 2014, 1,2 millones de personas se encontraban desocupadas y 4,2 millones eran trabajadores asalariados no registrados.

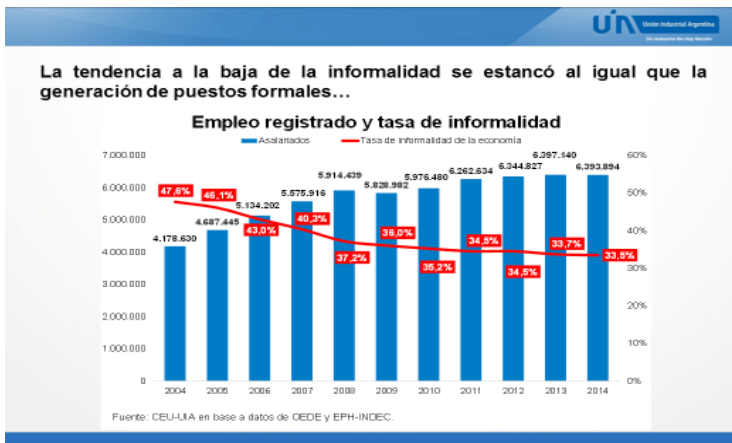
El último dato disponible, correspondiente al 1° trimestre de 2015 para los 31 aglomerados principales, indica que del total de los asalariados, el 31,9% se encontraba no registrado. Este valor resulta inferior al del mismo trimestre del año anterior (32,8%).

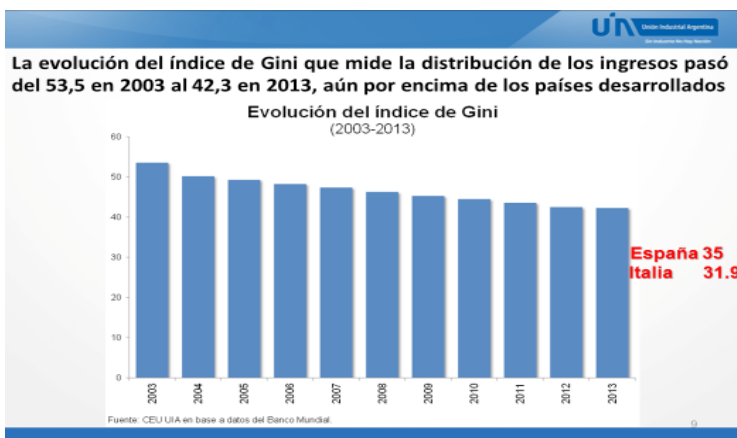
La tasa de empleo no registrado es más elevada entre las mujeres (36,1% vs. 32,2% en los varones, en el 4° trimestre de 2014), los jóvenes (59,8%), los trabajadores de menor nivel educativo (hasta secundario incompleto 50,7%) y los que se ubican en los quintiles de ingresos más bajos (1° quintil 63,5% vs. 5° quintil 15,6%).

En términos de rama de actividad, la tasa de empleo no registrado más elevada se observa en el trabajo doméstico (77%), construcción (69,5%), hoteles y restaurantes (45%) y comercio (43%).

Por tamaño de empresa, la incidencia del empleo no registrado es mayor en los establecimientos de menor tamaño que en los más grandes (en los de hasta 5 trabajadores: 69,6%, en los de entre 6 y 40 trabajadores: 30,3% y en los de más de 40: 9,1%).

Por su parte, la tasa de empleo no registrado es mucho más elevada para los trabajadores que ocupan puestos de menor calificación (mientras que para los puestos no calificados la tasa alcanza al 60,3%, para los puestos profesionales llega al 14,8%).





La caída de la tasa de actividad es un dato de “deserción” de suma gravedad para una sociedad como la Argentina.

III. Abordaje estratégico para erradicar la pobreza y promover inclusión y formalidad

Hay condiciones estructurales en las cuales se basa una adecuada estrategia para remover las causas de la pobreza y facilitar la inserción en una normalidad “formal”.

- La primera es el respeto al Estado de Derecho.
- La segunda una administración eficiente y efectiva, con una política fiscal razonable y que provea la infraestructura física y social compatible con el grado de desarrollo de la sociedad de que se trate.
- La tercera es una economía de mercado con claras políticas de inversión, acceso a la tecnología y al desarrollo empresarial que genere el marco de crecimiento al que aspira dicha sociedad.
- La cuarta es un marco regulatorio razonable, eliminando las cargas burocráticas que impiden el acceso a la formalidad, en particular al cuentapropista y al micro y pequeño empresario.
- La quinta es el respeto a los derechos humanos fundamentales y a los derechos laborales fundamentales (libertad de asociación y negociación colectiva / no discriminación / abolición del trabajo forzoso y eliminación de las peores formas del trabajo infantil).
- La sexta es la protección del derecho de propiedad y más aún el acceso a dicho derecho, en especial a los hoy excluidos
- La séptima la creación de empleo productivo genuino como base del desarrollo sustentable, crecimiento y empleo son ejes del mismo modelo de desarrollo.
- La octava la constituye un sistema laboral adaptado a las necesidades del mundo productivo —especialmente para las pequeñas empresas— y una red de seguridad social que proteja al trabajador sin empleo y a su familia y promueva su reinserción laboral.
- La novena, es un moderno e inclusivo sistema de educación y formación profesional que haga al trabajador “empleable”, con un alineamiento entre cambio tecnológico y desarrollo de nuevas habilidades y oficios.
- La décima, es la necesidad del diálogo en la sociedad y particularmente de diálogo social entre gobierno, empresarios y trabajadores.

IV. La OIT en la formalización de la economía

La OIT produjo, recientemente, una Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, en el marco de una política global sobre el tema.

Se parte de la base que la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por elección, sino como consecuencia

de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento.

Se destaca que la informalidad obedece a múltiples causas, incluidas las cuestiones estructurales y de gobernanza, y que, en un contexto de diálogo social, las políticas públicas pueden acelerar el proceso de transición a la economía formal, pues la transición de la economía informal a la economía formal es esencial para alcanzar un desarrollo incluyente y hacer efectivo el trabajo decente para todos.

Al formular estrategias coherentes e integradas para facilitar tal transición se debería tener en cuenta:

- La diversidad de características y circunstancias de la sumergida economía informal, así como la necesidad de abordar esa diversidad mediante enfoques específicos;
- La necesidad de prestar especial atención a las personas particularmente vulnerables;
- La preservación y el aumento, durante la transición a la economía formal, del potencial empresarial, la creatividad, el dinamismo, las competencias laborales y la capacidad de innovación de los trabajadores y las unidades económicas de la economía informal;
- La necesidad de contar con un enfoque equilibrado que combine incentivos y medidas de cumplimiento de la legislación.

Este marco integrado de políticas debería abordar:

- a) La promoción de estrategias de desarrollo sostenible, erradicación de la pobreza y crecimiento inclusivo, y la generación de empleos decentes en la economía formal;
- b) El establecimiento de un marco legislativo y normativo apropiado;
- c) El fomento de un entorno empresarial y de inversión propicio;
- d) El respeto, la promoción y la puesta en práctica de los principios y derechos fundamentales en el trabajo;
- e) La promoción del emprendimiento, de las microempresas, las pequeñas empresas y las medianas empresas y de otras formas de modelos empresariales y unidades económicas, como las cooperativas y otras unidades de la economía social y solidaria;

f) El acceso a la educación, el aprendizaje a lo largo de la vida y el desarrollo de las competencias laborales;

g) El acceso a la infraestructura y la tecnología;

h) El establecimiento de pisos de protección social, cuando no existan, y la extensión de la cobertura de la seguridad social.

Con respecto a la transición de las micro y pequeñas unidades económicas a la economía formal, los Miembros deberían:

1) reformar las normativas sobre la creación de empresas, reduciendo los costos de registro y la duración del procedimiento y mejorando el acceso a los servicios, mediante, por ejemplo, las tecnologías de la información y la comunicación;

2) reducir los costos de cumplimiento, mediante la introducción de sistemas simplificados de cálculo y de pago de impuestos y contribuciones;

3) promover el acceso a la contratación pública, en consonancia con la legislación nacional, incluida la legislación laboral, a través de medidas como la adaptación de los procedimientos y del volumen de las compras públicas, la oferta de servicios de formación y de asesoramiento para la participación en 9 licitaciones públicas, y el establecimiento de cuotas de contratación pública para estas unidades económicas;

4) mejorar el acceso a la cobertura de la seguridad social.

V. EL G20

En el proceso de dicho conjunto de países líderes, la preocupación por crear las condiciones para el logro de crecimiento económico con empleo (legalmente registrado y socialmente protegido) ha quedado evidenciado particularmente en la declaración de Melbourne en la ronda Australia, que a fines del 2013 expresara que hay que producir los cambios en los entornos regulatorios para remover las barreras que inhiben el empleo, en especial, de jóvenes y de mujeres.

La idea central es que si se quieren mercados de trabajo “inclusivos”, deben reducirse las restricciones, burocracia y sobrecostos fiscales, a la par que reducir la brecha de capacitación en estos tiempos de rápidos cambios tecnológicos e innovación.

Mientras en Nueva Zelanda se requiere apenas 1 procedimiento, medio día de tiempo y casi nada de honorarios, en Surinam un empresario debe esperar 208 días y en la República Bolivariana de Venezuela 144.

Y esto es solamente la punta del iceberg. Deben tenerse en cuenta los pasos que la nueva empresa debe cumplir para completar otras transacciones en tiempo y esfuerzo promedio en todo el mundo. Exportar solamente un cargamento de sus productos finales podría llevar 6 documentos, 22 días y más de \$ 1.500. Preparar, registrar y abonar los impuestos anuales de una empresa podría ocupar otras 268 horas de tiempo de su personal.

Si la empresa necesita un simple depósito, tenerlo preparado para comenzar a operar podría llevar 26 procedimientos y 331 días adicionales —adquirir el terreno, registrar su propiedad, construir el depósito y conectar la electricidad y otros servicios—.

Crear una empresa es asimismo el área donde todas las regiones convergen. El desempeño en áreas tales como obtención de crédito, cumplimiento de contratos y resolución de insolvencia varía considerablemente a través de las distintas regiones.

Las economías de altos ingresos de la OCDE están en promedio más cerca de las mejores prácticas que aquellas de cualquier otra región. Las excepciones son crear una empresa y registrar propiedad, área en la cual Europa y Asia Central se encuentran ligeramente adelantadas.

En el ranking sobre la facilidad para hacer negocios, se ubica a la Argentina en el Rango 126.

Es de señalar que, los países con buenos resultados conforme a los indicadores de Doing Business son más proclives a ser más inclusivos, con un sector informal más pequeño y mayor igualdad de género conforme a la ley.

Por otro lado, la brecha de capacitación tiene altos índices, incluso en Europa y por ello la iniciativa empresarial en el marco del G20 pues plantear los vínculos entre educación y empleo implica la definición de una matriz de relacionamiento entre sociedad y Estado, así como la interacción entre la empresa privada y la sociedad en la que ha dado en denominar partenariado público-privado.

Innovación y tecnología imponen permanentes desafíos. Para ello se requieren recursos humanos adecuados, en formación técnica y profesional.

¿Qué implica ello? Reconocer la necesidad de un sistema educativo moderno y eficiente, el respeto a la currícula y el derecho y el deber social que constituye el cubrir las instancias educativas mandatorias, no solo

por imperio de la Constitución sino por imperativo moral, para concretar la efectiva “igualdad de oportunidades”.

Los conceptos de productividad y competitividad, tanto económica como social, el acceso a la tecnología o a la innovación, no constituyen valores “compartidos” y ello es una falencia muy clara de nuestro sistema, donde la educación y la formación no han puesto el énfasis adecuado y —por otro lado— el propio empresariado no ha conseguido “inculcar” tales valores.

No es de extrañar que nuestro país haya tenido un descenso en materia de competitividad y que la permeabilidad social ascendente que fue el vector fundamental que acompañó el proceso de consolidación institucional y desarrollo económico que animaron a las generaciones de 1837 y 1880, haya ido perdiendo ímpetu.

El Prof. Friedrich Hubert Esser, Presidente del Instituto Federal de Formación Profesional de Alemania (BIBB) destacaba las características que tornan atractiva la formación técnica dual en su país —y que hacen de dicho país, la experiencia internacional más relevante y exitosa en el tema—.

Enfatizando en que la formación es una inversión rentable para las empresas alemanas, razón por la cual *“Alemania tiene con el 8% la tasa de desempleo juvenil más baja de Europa, en comparación con España y Grecia, donde más del 50% de los menores de 25 años está desempleado. La tasa de quienes comienzan con una formación técnica se ubica en Alemania en el 55%, es decir, por año 1,5 millones de jóvenes se encuentran en la formación dual, de los cuales el 40% son mujeres”*.

En el estado actual de la globalización, no cualquier educación es sinónimo de respuesta sino aquella que contemple la civilización en la que estamos y la innovación y la tecnología a la que vamos; con sentido realista y pragmático y con propuestas basadas en evidencia científica y —asimismo— en experiencias concretas de transformaciones exitosas.

Asimismo destacamos la urgencia de estas definiciones, pues la velocidad de los cambios hace que el solo hecho de no adaptar la matriz educativa implica “atrasar” al país en el reloj de la historia.

En consonancia con lo antepuesto, no podemos sino coincidir con Peter Senge al afirmar en “La Quinta Disciplina” (Tecnología de la Capacitación y Desarrollo Organizacional) que: *“Las organizaciones que cobrarán relevancia en el futuro serán las que descubran cómo aprovechar el entusiasmo y la capacidad de aprendizaje de la gente en todos los niveles de organización”*.

Finalmente, especial impacto tienen sobre el fenómeno de la marginalidad el tema de las migraciones, donde se aboga por modelos que hagan viable una estrategia de “ganar-ganar”, tanto para el trabajador migrante como para el país emisor y el receptor.

VI. La agenda de Naciones Unidas

Al examinar el proceso tendiente a cumplir los Objetivos del Desarrollo del Milenio (MDG), lanzado en el año 2000, los gobiernos reclamaron en 2010 un proceso acelerado para los mismos y nuevas formas para avanzar en la agenda de desarrollo de la ONU más allá del año 2015. La agenda resultante para 2030 constituye la más ambiciosa visión de la ONU en relación al desarrollo sustentable.

Los Objetivos del Desarrollo del Milenio

Los ocho Objetivos han constituido un hito en los esfuerzos de desarrollo global y nacional y son:

- 1.- Erradicar la pobreza y el hambre.
- 2.- Lograr la educación primaria universal.
- 3.- Promover la igualdad de género y empoderar a las mujeres.
- 4.- Reducir la mortalidad infantil.
- 5.- Mejorar la salud maternal.
- 6.- Combatir el HIV/SIDA, la malaria y otras enfermedades.
- 7.- Asegurar la sustentabilidad medioambiental.
- 8.- Alianza Mundial para el Desarrollo.

Tres de los ocho Objetivos han sido logrados y, a medida que nos aproximamos a la fecha límite en 2015, el progreso general de los Objetivos ha sido desparejo dentro y entre los países (Informe MDG 2015).

La nueva agenda 2030 de desarrollo sustentable crea una gran oportunidad para que el sector privado demuestre su rol central en el desarrollo sustentable y la prosperidad humana y para confirmar nuestro compromiso con una alianza mundial para el desarrollo.

Es necesario aprender lecciones de la experiencia de los Objetivos sobre la mejor forma de catalizar la actividad del sector privado, particularmente porque los Objetivos de Desarrollo Sustentable (SDG) son mucho más

ambiciosos que los Objetivos de Desarrollo del Milenio (MDG) en que los primeros irán más allá de las necesidades básicas o principales y abordarán todos los aspectos de la existencia humana y se aplicarán universalmente a todos los Estados Miembro de la ONU, no solamente a los países en desarrollo.

¿Qué abarcan los Objetivos de Desarrollo Sustentable?

La agenda propuesta redoblará los esfuerzos globales y nacionales en relación a las preocupaciones principales de los Objetivos del Desarrollo del Milenio, pero también irá más allá de dichas preocupaciones para combatir las inequidades existentes dentro y entre los países; impulsar el crecimiento económico inclusivo; la prosperidad compartida y estilos de vida sustentables para todos; promover ciudades y asentamientos humanos seguros e inclusivos y reforzar la gobernanza y las instituciones y el medio ambiente.

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable son:

- 1.- Erradicar la pobreza en todas sus formas y en todas partes.
- 2.- Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición, y promover la agricultura sustentable.
- 3.- Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.
- 4.- Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad. Y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.
- 5.- Lograr la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas.
- 6.- Garantizar la disponibilidad de agua y su ordenación sustentable, así como el saneamiento para todos.
- 7.- Garantizar a todos el acceso a una energía asequible, fiable, sustentable y moderna.
- 8.- Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.
- 9.- Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sustentable, y fomentar la innovación.
- 10.- Reducir la desigualdad dentro y entre países.

11.- Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sustentable.

12.- Garantizar modalidades de consumo y producción sustentables.

13.- Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

14.- Conservar y utilizar de manera sustentable los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sustentable.

15.- Proteger, restaurar y promover el uso sustentable de los ecosistemas terrestres, el manejo sustentable de los bosques, combatir la desertificación, y detener y revertir la degradación de la tierra y detener la pérdida de biodiversidad.

16.- Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sustentable, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

17.- Fortalecer los medios de ejecución [de los objetivos] y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sustentable.

VII. Conclusión

El tema de la pobreza debe ser analizado no solo desde la perspectiva de las carencias sino también de la “ausencia de capacidades básicas” para poder insertarse en la sociedad.

Nuestro análisis ha eludido —por falta de contrapartidas estadísticas no objetables— referirse a los índices específicos en la materia para centrar nuestra perspectiva desde la realidad del mercado laboral y de la exclusión del mismo, buscando los correlatos a partir de la relación entre densidad empresarial y creación de empresas y pobreza estructural.

Nuestra visión es la que se define teniendo en cuenta los objetivos de crecimiento con empleo como modo de erradicar la pobreza que ha definido el G20, así como los recientes instrumentos de la OIT y Naciones Unidas en la materia, para tener una estrategia de abordaje que promueva políticas públicas no solo susceptibles de ser diseñadas, sino auditadas y monitoreadas.

Estamos convencidos que esta visión integradora de crecimiento y empleo no es meramente una cuestión económica sino que pretende crear las condiciones socioeconómicas que garanticen la estabilidad de las instituciones democráticas y el Estado de Derecho, a la vez que desalienten

la utilización de la pobreza para fines políticos-clientelistas, quitándole con ello transparencia a los procesos de decisión electoral y política en general.

En definitiva, erradicar la pobreza constituye una prioridad indiscutible en la agenda de nuestros tiempos, debidamente articulada con un sistema educativo y de formación profesional que le dé al individuo empleabilidad y que provea los recursos humanos necesarios para responder al reto de la innovación del cambio tecnológico que es el signo de nuestros tiempos productivos.

Pero, insistimos, ello no puede ser meramente declarativo sino que debe convertirse en definición de objetivos, políticas y recursos adecuados a dicho fin con metas claras que le den certeza. ♦

V

HOMENAJES

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 a su académico titular y ex presidente, doctor Horacio García Belsunce.

Cumplimos con el ineludible deber de expresar nuestro profundo agradecimiento por su destacada trayectoria académica a lo largo de casi cuatro décadas. Ella estuvo y está determinada por su inteligencia, sabiduría, prudencia y maestría forjadas en el curso de una vida en la cual se distinguió su relevante actuación en la docencia universitaria, como investigador, publicista y en su destreza para ejercer el arte de abogar.

La personalidad del académico García Belsunce se integra con los valores forjados en el desempeño de tales actividades, así como también por su actuación cívica y en la función pública, a la cual se añade su calidad y dimensión humana que conlleva un valor agregado para una personalidad que ingresó en los niveles de excelencia.

Sería irreverente de mi parte destacar los detalles y pormenores que conforman la trayectoria del doctor García Belsunce; a ellos se referirán con mayor autoridad los doctores Alberto Rodríguez Varela y Enrique Bulit Goñi. Pero hago notar que ellos no configuran un simple repertorio cuantitativo de datos y obras, porque estamos en presencia de un hombre público vástamente conocido y reconocido, en el cual se amalgama un conjunto de calidades y cualidades que revisten una jerarquía fundamental en la escala social del intelecto. Es que a lo largo de los años adquirió y demostró una integración de su idoneidad moral, técnica y científica que exhibe en cada uno de los ámbitos en que se desempeña, en las múltiples tareas que lleva a cabo y que se acrecientan con su experiencia, desplegando dotes que brillan por sí mismas y sin necesidad de proclamarlas.

(*) Palabras del Académico Presidente en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del académico Horacio A. García Belsunce, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 7 de mayo de 2015.

Como excepción, me referiré a la descripción del prototipo más perfecto del académico que expuso nuestro homenajeado. Con la autoridad que le brinda ser miembro de cuatro academias nacionales y ex presidente de dos de ellas, destaca que para ser académico no es suficiente con la consideración de la sabiduría y de los conocimientos. A la dignidad intelectual se debe añadir la dignidad en la vida. Añadía que el académico debe ser ejemplo de virtud y actuar siempre con señorío. Para ser académico no basta el saber científico si está desprovisto de atributos humanos honorables. Descripción que refleja fielmente al doctor García Belsunce.

Académico doctor Horacio García Belsunce, al rendir este homenaje, lo extendiendo a su núcleo familiar y especialmente a su esposa María Luisa Lanusse, a sus hijos y nietos, quienes con su afecto y colaboración contribuyeron y contribuyen decisivamente al logro de los altísimos méritos que conforman su personalidad. ♦

HOMENAJE AL DOCTOR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

POR ENRIQUE G. BULIT GOÑI (*)

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Dr. Gregorio Badeni. Señor académico Dr. Alberto Rodríguez Varela. Señores académicos, señores profesores, señores magistrados, colegas, amigos. Muy especialmente, queridos Horacio y Marialita.

La Academia me ha conferido el inmenso honor de participar de este justificado homenaje a nuestro maestro y amigo, Dr. Horacio Adolfo García Belsunce.

Un honor tan inmenso como inmerecido, desde cualquiera de los ángulos que quisieran elegirse. Salvo, como creo que pueda haber ocurrido en mi caso, si se ha tomado en cuenta como parámetro mi *gratitud* hacia el destinatario de este acto.

Desde ese punto de miras, inclusive, podría yo sentirme cómodo invocando la representación de toda una generación de tributaristas argentinos, y hasta de tributaristas extranjeros, todos los cuales hemos recibido, de una u otra forma, en uno u otro campo, en uno u otro tiempo, durante largos años, las enseñanzas de este distinguido maestro de las finanzas públicas, el derecho financiero, el derecho tributario.

En verdad no es fácil ubicar a Horacio en una generación.

Porque comenzó muy joven a alternar con maestros de mayor edad, y durante muchos años continúa siendo un referente central, de cita obligada en la materia.

Sainz de Bujanda, Trotabas, Jèze, Laufemberg, John Due, más acá Giuliani Fonrouge, Jarach, Valdés Costa, Ulhoa Canto, Luqui, Freytes, Reig, Villegas,

(*) Disertación del miembro del Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del doctor Horacio A. García Belsunce, 7 de mayo de 2015.

Fuentes Quintana, Víctor Uckmar, Geraldo Ataliba, Eusebio González, Adolfo Gabrielli, y tantos otros. Con todos ellos, García Belsunce se desenvolvió siempre con holgura.

El de Horacio constituye —con perdón de la expresión que ha sido un tanto malversada— un destacable caso de “*transversalidad generacional en el plano académico*”.

La relación de tantos tributaristas con el pensamiento de García Belsunce durante tanto tiempo seguramente se ha registrado en todos los tributaristas aludidos, con variantes y matices. Y a su vez la personalidad de nuestro homenajeado ha sido tan activa, los campos de su interés han sido tan vastos, que cada uno de aquellos podría tener y tendrá por cierto su propia preferencia a la hora de ponerlos de relieve.

Desde mi modesta perspectiva, de esa amplia oferta de aportes que nos suministra el personaje, se destacan dos facetas: una institucional, la otra doctrinaria.

En la *primera faceta*, la *institucional*, sin desconocer su actuación en la función pública, en la Universidad, en el Colegio de Abogados, en ésta y en otras academias, debo señalar que siendo muy joven, notoriamente más joven que sus compañeros en la gesta, el Dr. García Belsunce participó muy activamente en la creación de *dos entidades*, que con el tiempo y el esfuerzo suyo y de otros llevan más de 60 años y han crecido de manera exponencial.

Una es la entonces *Asociación Argentina de Derecho Fiscal*, luego de *Estudios Fiscales* para abarcar también a las disciplinas económica y contable. Fue co-gestor de la iniciativa, redactor de sus estatutos, primer secretario, tres veces presidente, miembro honorario, presidente del Consejo Honorario Asesor. Y lo destaco especialmente porque esa entidad —como él mismo lo ha dicho— fue escenario y receptora de muchas de sus primeras inquietudes, de buena parte de su destacada actividad profesional y científica. Una entidad que comenzó reuniéndose de favor en estudios de sus fundadores, o en dependencias del Colegio de Abogados de la Ciudad, y que ha seguido creciendo hasta disponer hoy de tres confortables pisos en la Diagonal Sur, con más de 2000 miembros, una biblioteca que es orgullo de la especialidad, y una febril actividad cotidiana.

La otra institución que quiero mencionar, inmediata prolongación de la anterior y de la que también García Belsunce fue co-fundador, es el *Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario* (ILADT), que agrupa a especialistas de buena parte de los países de América del Sur y Central, y al que se han sumado España, Portugal e Italia, ámbito en el que quien

es centro de este homenaje desplegó lo mejor de su personalidad y de su talento, desde muy joven.

Quienes hemos pasado por estas dos instituciones, en cuyo nacimiento y derrotero tanto tuvo que ver Horacio, hemos ganado en la profundización de la materia, en la vinculación con estudiosos dentro y fuera del país, en el conocimiento e intercambio con personas, problemas y soluciones de muy remotas latitudes, en la gestación y el disfrute de relaciones humanas, amistades, vínculos que enriquecen y amplían las fronteras culturales de cada uno.

En *la otra faceta, la doctrinaria*, sin perjuicio de otros muchos me permito destacar dos campos, dos temas, dos enfoques, en los que considero que García Belsunce ha realizado grandes aportes, que se advierten como pilares de su pensamiento y de sus obras.

Uno de esos campos es —dentro de su reconocida militancia en favor de la autonomía del derecho tributario— el haber destacado la importancia de conocer el *derecho de fondo* como basamento de toda especialidad. “*Sin desdeñar sus particularidades* —ha dicho siempre—, *la obligación tributaria no deja de ser una obligación, una obligación jurídica, por lo que en el campo de nuestra especialidad es esencial conocer el derecho de las obligaciones*”. “*No se puede ingresar en el ámbito más reducido de una especialidad, insiste habitualmente sin antes pasar por el derecho de fondo*”.

Lo otro que quiero mencionar, a mi juicio tanto o más relevante, es la proyección que siempre ha hecho de todos los enfoques de contenido tributario, al *plano constitucional*, habiendo explorado durante años los alcances de la *supremacía constitucional*, la cuestión de las *garantías y su engarce programático*, la *delegación legislativa*, la *distribución de potestades tributarias a distintos niveles de gobierno*, la directiva de la *unidad nacional* como prisma rector en las relaciones interjurisdiccionales internas, y su *razonable armonización en el régimen federal*.

Paradójicamente, el ensamble de varias de estas cuestiones que destaco fue el tema de la primera clase que dictó García Belsunce en la Facultad de Derecho de la UBA —que yo *no* tuve el privilegio de escuchar, pero *sí* de leer el trabajo que publicó en Depalma, en 1996, al cumplirse cuarenta años de aquella primera clase— sobre la *autonomía del derecho tributario*. Allí, este decidido sostenedor de la referida autonomía distingue con claridad la autonomía del derecho tributario *nacional* —situado en el mismo nivel normativo que el derecho de fondo— de la autonomía del derecho tributario *local* —que por imperativo constitucional no puede superar las restricciones que provengan de ese derecho de fondo—. Por

la *jerarquía de las normas* (art. 31), y en especial por la llamada *cláusula de los Códigos* (art. 75, inc. 12), cuando el ejercicio extremo de esa autonomía pueda resquebrajar la necesaria unidad sustantiva de institutos centrales de la legislación nacional “*que es lo mismo* —como termina afirmando en su clase mencionada— *que resquebrajar la necesaria unidad de la Nación*”.

En estas directivas doctrinarias y en estas instituciones, me parece advertir con nitidez *el sello* de esta ilustre personalidad a la que estamos rindiendo homenaje. Quienes hemos podido abreviar de tales enseñanzas, tomar ejemplo de tales testimonios, vivir en plenitud a esas instituciones, hemos ganado en panorama. Esas vivencias nos han ayudado a conocer el bosque, para mejor analizar el árbol.

Esto y mucho más hemos recibido del Dr. García Belsunce a lo largo de los años. Un caballero de los de antes, un funcionario probo, un profesional confiable, un profesor dedicado, un fogonero incansable de las instituciones que ha integrado, y de las convicciones centrales que profesa.

Y este homenaje a esta personalidad cobra mayor relevancia aún en estos tiempos, en que constatamos que todas aquellas enseñanzas en las que nos formamos tantas generaciones de tributaristas en el mundo entero, y en las que se formó y que transmitió tan bien Horacio, están en crisis.

Son las pautas que se expresan en *Alberdi*, en nuestra *Constitución histórica*, en la *Ordenanza General Alemana de 1919* y en las prédicas de *Nawiasky*, de *Dino Jarach*, de *Ramón Valdés Costa*, de *Giuliani Fonrouge*, de *Juan Carlos Luqui* y de *tantos otros*, asentadas como pilares básicos en la **legalidad o reserva de ley**, en la *igualdad de las partes* en la obligación jurídico tributaria, en el respeto de la **capacidad contributiva**, en el **debido proceso formal y sustantivo** y el **derecho de defensa**, en la *irretroactividad* de la norma tributaria etc., principios que poco a poco han ido siendo desplazados de la escena.

Esos conceptos tradicionales, insensible pero sostenidamente, han ido perdiendo el respeto de los gobernantes, de los políticos, han ido siendo devaluados con motes como los de *formalistas*, o *elitistas*, o *pequeño burgueses*, o *insensibles*, etc., y han ido siendo desplazados por la recaudación de cualquier modo, a cualquier precio, de forma de llenar lo más posible “la *caja* del Estado”, o aun “la *caja* del Gobierno”, que es la carta más alta en la captación de voluntades, o sea en el camino de acceso al poder, es decir, en suma, en el campo de la “política con minúsculas”, que a eso viene siendo reducida.

García Belsunce, su personalidad y sus enseñanzas, cualesquiera pudieran ser las diferencias de matices que quisieran señalarse, es traducción fiel del “*deber ser constitucional*” del que nunca debimos apartarnos.

En otro plano, un duro y desdichado revés de la vida, que no podría yo dejar de mencionar porque integra también ya la *onticidad* de Horacio, permitió que sus relaciones confirmáramos, y que muchos, muchos otros que ni siquiera tenían noticia de su existencia, tomaran conocimiento de su estatura moral, de su entereza espiritual, de su temple, de su estoicismo, y de su enorme condición humana.

A este caballero, a este maestro, a este entrañable amigo al que tanto le debemos, hemos venido hoy, con profunda humildad y con sincero afecto, a expresarle nuestro reconocimiento y a rendirle nuestro homenaje.

No muchos como usted, Horacio, podrán decir con tanto derecho, al cabo de una vida tan intensa: “*misión cumplida*”. Pero quienes hemos tenido el privilegio de tratarlo, de aprovecharlo, de disfrutarlo, podemos decirle con satisfacción, con emoción, y con igual derecho: “Horacio, *misión muy bien cumplida*”.

Muchas gracias. ♦

HOMENAJE AL DOCTOR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

Estamos aquí reunidos para rendir homenaje a la brillante trayectoria de Horacio A. García Belsunce, a su laboriosidad intelectual, a la agudeza de su pensamiento, a su incuestionable patriotismo y a su probidad ejemplar.

Nacido el 29 de noviembre de 1924, demostró, desde su adolescencia, la hondura de sus dotes intelectuales. En 1941 se graduó como bachiller, con premio de honor y diploma de honor, en el Colegio San José de los Padres Bayoneses, un prestigioso establecimiento de la Ciudad de Buenos Aires.

Ingresó luego en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, por entonces en el añoso e inconcluso edificio de la avenida Las Heras. En 1946, se graduó en sus claustros como abogado. Algunos años después obtuvo en la misma Facultad su título de doctor en Jurisprudencia, con tesis calificada sobresaliente y recomendada al Premio Facultad.

Dedicó muchas horas de su vida a la enseñanza universitaria. Su carrera docente tuvo comienzo en 1956, alcanzando en 1969 la jerarquía de profesor titular ordinario, por concurso, de la cátedra de Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. A partir de esa designación actuó como jurado en numerosos concursos. Fue, asimismo, entre los años 1956 y 1959, profesor titular de la cátedra de Finanzas y Derecho Financiero en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

En 1960 fue designado miembro de la Comisión Organizadora del Tribunal Fiscal de la Nación, y en 1961, con carácter honorario, miembro del Consejo de la Dirección General Impositiva.

(*) Palabras del Académico en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del académico Horacio A. García Belsunce, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 7 de mayo de 2015.

También fue convocado para desempeñarse en 1956 y 1957 como subsecretario de Hacienda en la provincia de Buenos Aires, y en 1962 y 1963, como secretario de Estado de Hacienda de la Nación durante la presidencia del doctor José María Guido, acreditando en ambos tránsitos por la Administración Pública sus méritos intelectuales y su vocación de servicio.

Horacio A. García Belsunce es uno de los pocos que en la Argentina fueron elegidos para integrar cuatro Academias Nacionales: Derecho y Ciencias Sociales, Ciencias Económicas, Ciencias Morales y Políticas. De la primera y la segunda, fue presidente, y de la tercera, vicepresidente. En todas brilla por su talento y laboriosidad, efectuando aportes significativos a los que me referiré más adelante. Es, también, miembro correspondiente de la Academia Nacional de Economía de la República Oriental del Uruguay, de la Academia Chilena de Ciencias Políticas, Sociales y Morales, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Debo agregar que dos Academias lo designaron miembro honorario. Son ellas las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Valencia.

Los límites de esta disertación me impiden mencionar la nómina de las instituciones dedicadas al estudio de temas jurídicos, políticos, económicos y financieros en las que actuó como miembro fundador, activo u honorario. Mencionaré entre ellas, sólo a título de ejemplo, la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, la International Fiscal Association, y los Institutos de Derecho Tributario Uruguayo, Peruano y Brasileiro. También la Asociación Argentina de Derecho Comparado, la International Law Association, la Rama Argentina de la Liga de Abogados de la Naciones Unidas, el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, la Asociación Argentina de Ciencia Política y la Institución Alberdi.

Participó de numerosos congresos y de misiones en el exterior. No voy a mencionar a todos para no fatigar la atención del auditorio. Sólo diré que entre 1956 y 1964 fue representante de las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata en sucesivas Jornadas de Derecho Tributario.

En 1964 fue enviado en misión diplomática ante el Gobierno de la República Federal Alemana para negociar el Tratado de doble imposición con la República Argentina.

En 1966 viajó a España en calidad de presidente de la Sección Argentina de la Comisión de Cooperación Económica Argentino-Española.

En 1968 fue enviado en misión al Perú en representación de la Cámara Argentina de Comercio.

En 1969 viajó a Tokio como presidente de la Delegación Argentina a la reunión del Comité Mixto Argentino-Japonés.

En 1970 concurrió a la República Oriental del Uruguay como Observador en la Asamblea del Banco Interamericano de Desarrollo.

En 1986 participó como relator invitado al Simposio sobre el Principio de Legalidad en el Derecho Tributario, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Uruguay.

En 1998 fue presidente de la Delegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales al Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho que se celebró en la ciudad de Córdoba.

En el año 2000 presidió la delegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales al IV Congreso organizado por la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales en Valencia, España.

Para concluir esta síntesis, sólo agregaré que en reiteradas oportunidades presidió o integró las Delegaciones designadas para las Reuniones Conjuntas de las Academias de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba que se celebran cada dos años.

Voy a referirme ahora a las publicaciones de nuestro homenajeado. Es autor o coautor de catorce libros e innumerables artículos, folletos y conferencias. La extensión e importancia de sus escritos, sobre todo si se tiene en cuenta que simultáneamente cumplió con sus obligaciones docentes y profesionales, vuelve imposible su reseña seria y detallada en estas palabras de homenaje. En sus publicaciones trató temas que conciernen al derecho tributario, a la política fiscal, a cuestiones económicas, al contrato de trabajo, a asuntos financieros, a la política económica de la Argentina y a las relaciones entre el derecho, la economía y la política. También tuvo tiempo para rendir homenaje a la Revolución de Mayo al celebrarse su Bicentenario, en un inolvidable discurso que pronunció en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Evocó, asimismo, a figuras consulares del derecho, la economía, las finanzas y la política, en numerosas disertaciones que fueron compiladas y publicadas en 2001.

Hay, empero, algo que quiero destacar especialmente. Me refiero a su devoción y fidelidad hacia la Constitución Nacional de 1853/1860. Es una inquietud intelectual y patriótica que se encuentra presente, a veces de modo tangencial o implícito, en sus trabajos sobre cuestiones económicas

y tributarias, y en otras oportunidades abordando con hondura, de manera directa, temas del derecho político y constitucional.

En el año 2003, en circunstancias en que se desempeñaba como presidente de esta Academia de Derecho, se cumplió el sesquicentenario de la Constitución de 1853. Con tal motivo se celebró una sesión pública de homenaje a ese texto memorable que marcó un claro camino para superar la anarquía y la tiranía que habían hecho tanto daño en las décadas precedentes.

En esa ocasión, nuestro académico pronunció un vibrante y erudito discurso en el que hizo la valoración de nuestra Ley Fundamental a la luz de grandes exégetas como Rodolfo Rivarola, Joaquín V. González y Segundo V. Linares Quintana —entre otros—.

Antes de finalizar su disertación, pronunció palabras fuera de programa para expresar que “todo sesquicentenario supone un previo centenario”. La Constitución de 1853 —dijo— también lo tuvo, pero se silenció porque el gobierno que regía los destinos del país en 1953 ignoró la celebración por varios motivos. En primer lugar, porque el texto histórico fue reemplazado en 1949 por otro que contenía fermentos ajenos a nuestra tradición republicana. En segundo lugar, “porque el homenaje habría llevado a exaltar valores, principios, derechos y garantías que eran sistemáticamente negados por el gobierno. Además, y principalmente, porque la libertad de expresión oral o escrita de las ideas políticas se encontraba cercenada”.

Agregó el entonces Presidente de esta Academia que, no obstante el contexto político que soportaba la República, un grupo de ciudadanos se reunía periódicamente para cambiar ideas e intentar vislumbrar el futuro bastante incierto que aguardaba a nuestra Patria. Sus integrantes coincidieron en la necesidad de rendir homenaje a la Constitución de 1853. Descartaron la posibilidad de organizar un acto conmemorativo por las severas restricciones existentes y optaron por expedir una declaración pública que se pondría a la firma de quienes quisieran suscribirla. Por unanimidad designaron redactor del documento a Carlos Sánchez Viamonte, eminente constitucionalista a quien no resultaba sencillo entrevistar porque se encontraba detenido, por motivos políticos, en el presidio de la Avenida Las Heras.

García Belsunce tenía en ese momento sólo 28 años de edad. Sin embargo, a él le confiaron la misión de entrevistar a Sánchez Viamonte. Logró su objetivo, invocando su condición de abogado y, después de explicarle al célebre constitucionalista lo que esperaban de su pluma, aceptó complacido, considerando honrosa la tarea que se le encomendaba. Días después, el joven García Belsunce volvió a la cárcel para retirar el documento.

En ese mes de abril de 1953, para ser más precisos el día 15 —recordó nuestro homenajeado en su discurso— “con total impunidad, hordas de seguidores del partido gobernante, incendiaron las sedes de partidos políticos opositores: la ‘Casa Radical’, la ‘Casa del Pueblo’ del Partido Socialista, el inmueble del Partido Demócrata de la calle Rodríguez Peña y la sede del Jockey Club de la calle Florida”.

Como en ese clima resultaba imposible organizar ninguna reunión pública, se le pidió que visitara a Alfredo L. Palacios y continuara recogiendo firmas. El grupo no pudo volver a reunirse porque varios de los contertulios fueron detenidos.

Frente a esta situación, el doctor Emerio Tenreyro Anaya le sugirió que antes de continuar con la recolección de firmas era conveniente averiguar si resultaría posible su publicación y difusión. Sobre este aspecto nada se pudo lograr, por lo que el documento quedó bajo la custodia de García Belsunce.

La declaración redactada por Sánchez Viamonte y gestionada por García Belsunce, era principista y en modo alguno atacaba al gobierno. El sentido de la misma se advierte con sólo leer el primer párrafo que decía:

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

Este magnífico texto guardado durante cincuenta años por quien actuó como uno de sus más entusiastas propulsores, fue entregado por Horacio García Belsunce para su guarda al entonces vicepresidente de esta Academia de Derecho, Alberto J. Rodríguez Galán, en el acto con el que la Corporación rindió homenaje a nuestra Constitución histórica al cumplirse el sesquicentenario de su sanción en 1853.

Pienso que este rol protagónico cumplido por nuestro homenajeado cuando aún se encontraba en el prólogo de su brillante trayectoria, marcó su personalidad y, en particular, su vocación de publicista. Ese antecedente, a mi juicio, explica la presencia que han tenido siempre los derechos y garantías constitucionales en los escritos de nuestro académico, en particular cuando aborda las cuestiones tributarias, pero también al tratar los demás temas jurídicos, políticos, económicos, financieros y sociales, en el curso de los últimos sesenta años.

Confirma lo expuesto que, al pronunciar su discurso de incorporación a esta Academia de Derecho, el 12 de mayo de 1983, disertara sobre “La protección constitucional de las libertades económicas”.

Lo medular de esa extensa disertación se encuentra sintetizado por el propio García Belsunce cuando en sus conclusiones finales expresó:

“1°. Ninguna llamada limitación legal es aceptable, ni siquiera a título de medida excepcional o transitoria, cuando esa limitación importa, lisa y llanamente, la supresión de un derecho constitucional individual, en este caso, de naturaleza económica, porque así lo dispone y manda categóricamente el artículo 28 de la Constitución Nacional. Limitar razonablemente, sí; alterar o desconocer, no.

“2°. Son admisibles las limitaciones a los derechos económicos, cuando ellas se fundan en el bienestar general o bien común o interés público, como quiera llamársele, en tanto y cuanto la regulación legislativa tenga una relación sustancial con la salud, la moral pública, o algún otro aspecto que haga al bienestar general y porque debe tener por objeto la preservación de ese bienestar general u orden social que constituye una garantía constitucional implícita. Absurdo sería sacrificar una garantía expresa individual para menoscabar, por ese conducto, una garantía implícita del orden social, porque la anulación abierta, lisa y llana, de derechos individuales conduce inexorablemente a la violación del orden social y, con ello, a la negación del bienestar general como fin último de la Constitución Nacional.

“3°. La regulación estatal en ejercicio del poder de policía que destruye o anula derechos individuales, se aparta del sistema económico de la Constitución y por ende, del sistema político-jurídico, republicano representativo, elegido como forma de gobierno, porque la República se asienta en sus presupuestos filosóficos y políticos en el reconocimiento y garantía de esos derechos individuales naturales y preexistentes”.

Algunos años después, en 1993, tomó estado público la intención del entonces Presidente de la Nación de reformar la Constitución Nacional. Como no podía ser de otra manera, a la luz de los antecedentes que he reseñado, García Belsunce se cobijó bajo la bandera que con empeño pero lamentablemente sin éxito enarbolamos quienes rechazábamos la reforma proyectada. Sobre el punto, las Academias que se expidieron —entre ellas la de Derecho y Ciencias Sociales—, se opusieron en declaraciones públicas a esa reforma. Nuestro académico, en cuanta oportunidad se le presentó, hizo lo posible y lo imposible en defensa de la Constitución histórica. Le preocupaba, especialmente, la intangibilidad de la parte dogmática que define las declaraciones, derechos y garantías y que constituye el principio

y el fundamento de todo el texto. Sin aceptar los argumentos de los opositores a la reforma, quienes suscribieron el Pacto de Olivos llevaron adelante su proyecto, prescindieron de las impugnaciones que se le formularon y lograron finalmente unos y otros sus objetivos. Los resultados están a la vista y no vamos a reseñarlos en este discurso de homenaje a quien fue uno de los vencidos, como lo fuimos muchos, sin entregar la bandera que nos había congregado.

La Convención de 1994, al aprobar el texto del nuevo art. 75, inciso 22, CN, otorgó jerarquía constitucional a varios tratados de derechos humanos, con la salvedad de que *“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”*.

Esta norma, y los criterios que fijan los arts. 27 y 30 de la Constitución, debió ser suficiente para considerar que en la cúspide de la pirámide del derecho positivo argentino se encuentra la Constitución y que es requisito para la validez de los tratados, incluso los de derechos humanos, que sus contenidos no vulneren los derechos y garantías consagrados en su parte dogmática.

A contramano de este principio nunca controvertido con anterioridad por la Corte Suprema desde su instalación por Mitre en 1863, el Alto Tribunal, con las disidencias de los jueces Fayt, Belluscio y Vázquez, el 24 de agosto de 2004 revocó un sobreseimiento por prescripción dictado por la Cámara Nacional de Casación respecto de Enrique Arancibia Clavel. A ese efecto, aplicó retroactivamente la Convención sobre Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778, sancionada el 20 de agosto de 2003, muchos años después de los hechos incriminados.

Como ya he señalado, la preservación de los derechos y garantías de la Constitución Nacional fue siempre inquietud dominante en los escritos de Horacio García Belsunce. Ante el tenor de la sentencia que hemos recordado, y transcurrido poco más de un mes de dicho fallo, leyó una comunicación académica en la que sostuvo con sólida argumentación que en el caso se había violado el principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, cuyo texto rechaza enfáticamente la retroactividad de toda norma penal.

En su disertación, sostuvo que la ley es la única fuente de derecho penal y que en modo alguno puede ser sustituida por la costumbre (*ius cogens*), como se sostuvo en el voto mayoritario. Precisó que “el principio de legalidad se cumple a través de la ley formal y material; o sea, la norma jurídica sancionada por el Congreso de la Nación siguiendo el trámite ordinario de sanción de las leyes”. Agregó que la zona de reserva debe estar claramente

trazada, lo que se logra mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.

Concluyó su extensa y muy bien fundada disertación, que obviamente no puedo glosar en este breve discurso, con un colofón lapidario en el que expresó que la mayoría que suscribió el fallo no había sido consecuente con su misión fundamental que es la salvaguarda de la Constitución.

En la misma línea de pensamiento, fiel a su vocación constitucional, García Belsunce se expidió en comunicaciones, artículos, folletos, notas y conferencias sobre la inconstitucionalidad del ahorro obligatorio, el derecho de acceder a la justicia, el derecho constitucional en las *Bases* de Alberdi, los tratados internacionales de derechos humanos, “la Constitución Nacional como un programa pendiente de cumplimiento”, la “inconstitucionalidad de ciertas sanciones de la ley 20.643”, “Autonomía o autarquía de los municipios”, “La doctrina económica de la Constitución Nacional”, “Limitaciones constitucionales al poder de imposición”, “Las emergencias en la Constitución Nacional”, “La autonomía de los municipios provinciales en la reforma constitucional de 1994”, “La democracia representativa y la democracia directa o semidirecta”, “La iniciativa popular y la consulta popular”, “La autonomía y la reforma de 1994” y “La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional”.

Podría continuar citando las publicaciones que acreditan su constante preocupación por la vigencia efectiva de los derechos y garantías constitucionales. Pienso, no obstante, que las que he mencionado son suficientemente indicativas de esa permanente inquietud.

Lo notable es que con el paso del tiempo los trabajos publicados no agotan su vigencia y actualidad. Por el contrario, ponen en evidencia que las advertencias que formuló durante sesenta años, aunque verdaderamente proféticas, no fueron escuchadas por la mayoría de sus compatriotas. Pero nuestro homenajeado no se doblegó ni claudicó. Continuó su caminar siempre erguido, sin temores ni vacilaciones, revestido de la virtud de fortaleza, seguro de que alumbraba su ruta la luz encendida por los padres de nuestra Constitución histórica. Si los cantos de sirena del populismo y la demagogia nos hicieron perder el rumbo para emprender desvíos de diverso orden, no fue por escuchar la prédica de García Belsunce sino por darle la espalda, con los resultados que están a la vista.

Señoras y señores: he intentado apenas una aproximación a la figura intelectual de Horacio García Belsunce, a su devoción constitucional, y a la multiplicidad de temas fundamentales abordados en sus escritos. El intento

no fue sencillo y por momentos me parece que no he podido pasar de la superficie a capas más profundas de su ideario. Pero el tiempo asignado y la consecuente brevedad de estas palabras me impiden ahondar mucho más.

Quiero, empero, antes de concluir, referirme al perfil del hombre que conocí hace aproximadamente medio siglo, a quien traté en recintos universitarios, en cenáculos diversos, en tiempos difíciles como han sido los de nuestra generación y en las breves instancias en las que creímos ver a lo lejos, en el horizonte, la regeneración de las esencias que promovieron nuestro crecimiento político y económico y que, al ser arrojadas por la borda, marcaron los reiterados reinicios de nuestra decadencia. Por encima de todas estas circunstancias, nuestra amistad permaneció intacta y, por mi parte, mantuve la admiración que siempre experimenté por Horacio García Belsunce, un hombre de carácter, sin dobleces, fuerte en la adversidad, inteligente y sabio, de comprobado patriotismo, de entrega generosa a la República soñada por los hombres que afianzaron nuestra independencia y sancionaron la Ley Fundamental de 1853 y 1860. Un académico con mayúscula y un hombre de Estado, una especie lamentablemente en peligro de extinción.

Pretendo que mi diagnóstico sea sólo realista y no conlleve un pronóstico pesimista. Ignoro la cantidad de hombres que quedan en la República Argentina con las virtudes intelectuales y cívicas de Horacio A. García Belsunce. Confío en que sean muchos porque no se puede vivir sin esperanza y sin soñar con el renacimiento de nuestra Patria. No lo digo por nosotros, los que estamos terminando de bajar la montaña, sino por los que comienzan a escalarla, acechados por los múltiples riesgos de nuestro tiempo.

¡Quiera Dios que nuestra esperanza no sea vana! ♦

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se complace en expresar su particular reconocimiento al Académico doctor Jaime Anaya por su descollante trayectoria académica a lo largo de veintiséis años.

Veintiséis años que se nutren, complementan y proyectan sobre su excelencia puesta de manifiesto en la magistratura judicial, la docencia universitaria, la doctrina jurídica y su participación en la elaboración de proyectos de leyes fundamentales en el área del Derecho Comercial.

Fue y es una actividad ética y científicamente ejemplar, que se traduce en su condición de Maestro de Maestros del Derecho Comercial.

Mi admiración y respeto por el doctor Anaya me impulsa a realizar una exposición más amplia sobre su proyección en el mundo jurídico del país, pero no puedo incurrir en la falta de privar al auditorio de tener el privilegio de escuchar las calificadas referencias sobre la personalidad de nuestro homenajeado por las autorizadas palabras de los Académicos doctores Alberto Rodríguez Varela y Héctor Alegria. Doctor Anaya, en nombre de la Academia, le expreso nuestro sincero agradecimiento. ♦

(*) Palabras de apertura del Académico Presidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del Académico doctor Jaime L. Anaya, el 29 de octubre de 2015.

Buenos Aires, 26 de octubre de 2015

Al Académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Dr. Gregorio Badeni

Presente

De nuestra consideración:

Por medio de estas líneas la Fundación Konex adhiere a la sesión pública en reconocimiento a la trayectoria del Dr. Jaime L. Anaya.

Este es un justo homenaje a una destacadísima personalidad del Derecho en nuestro país.

Su excelente labor profesional merece este importante acontecimiento.

El Dr. Jaime L. Anaya ha recibido el Premio Konex de Platino 2006 y el Premio Konex 1996, años en que se distinguieron a las personalidades más importantes de las Humanidades Argentinas.

Por la relación que lo une a nuestra Fundación, celebremos este significativo acto.

Reiterándole nuestra adhesión, lo saluda muy atentamente.

Dr. Luis Ovsejevich

Presidente

HOMENAJE AL DOCTOR JAIME LUIS ANAYA

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales rinde hoy homenaje a Jaime Luis Anaya por su trayectoria en funciones administrativas, su desempeño en la magistratura judicial, su magisterio en varias universidades y sus valiosos aportes a las actividades que cumple esta corporación. De sus libros, folletos, artículos y notas, referidos al Derecho Comercial, se ocupará en su disertación el Académico Héctor Alegría que comparte conmigo la honrosa misión de rendir este homenaje.

Anaya cursó sus estudios primarios y secundarios en los Colegios Lasalle de Buenos Aires y Carmen Arriola de Marín, de San Isidro. Se graduó como abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires. Su tesis doctoral fue recomendada al Premio Facultad.

A poco de finalizar sus estudios de abogacía, desempeñó diversos cargos administrativos. Fue Jefe de División en la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires y, posteriormente, también en la ciudad de La Plata, fue Relator Técnico de la Secretaría General de la Gobernación. Seguidamente, fue Oficial Mayor y Director en la Sección Estudios Jurídicos de la Dirección Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

Inició su carrera en la magistratura judicial en octubre de 1955, cuando fue designado Fiscal ante el Tribunal del Trabajo de Zárate. Posteriormente, entre 1957 y 1974, fue Juez del Tribunal del Trabajo de Morón. En 1975 recibió el nombramiento de Conjuez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y, en el mismo año, fue designado Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial de Morón.

(*) Disertación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del Académico doctor Jaime Luis Anaya, el 29 de octubre de 2015.

Culminó su *cursus honorum* en la función judicial desempeñándose durante diez años como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, retirándose de la magistratura en 1986.

En la Universidad de Buenos Aires comenzó su carrera docente en los Institutos de Derecho Civil y Enseñanza Práctica. Se incorporó a la Cátedra de Derecho Comercial —que cultivará de modo especial a lo largo de su vida— cuando se creó en 1962 la carrera docente. A partir de entonces fue Ayudante, Jefe de Trabajos Prácticos y, en forma sucesiva, Profesor Adjunto Interino, con jerarquía de Profesor Ordinario a partir de 1970, y Profesor Titular Interino, elevado a la condición de Profesor Ordinario en 1982.

Alcanzó la máxima jerarquía universitaria en 1992, cuando el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires lo designó Profesor Titular Emérito.

En el ámbito de esa universidad se desempeñó asimismo como Profesor en los Cursos de Doctorado y de Asesoría Jurídica de Empresas. Fue, también, entre 1990 y 1994, Consejero Titular y Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

En la Pontificia Universidad Católica Argentina ejerció la docencia en la cátedra de Introducción al Derecho en 1961 y 1962. A partir de 1967 se desempeñó como Profesor Protitular de Derecho Comercial I y Profesor Titular de la misma materia entre 1970 y 1972, con jerarquía de Profesor Ordinario desde 1972 hasta 1994.

Fue, asimismo, Profesor Titular de Derecho Comercial II a partir de 1974 hasta 1977.

En la misma casa de estudios tuvo a su cargo otras tareas docentes como Profesor de Teoría Jurídica de la Empresa entre 1985 y 1991 y Director Académico del Curso de Post Grado de “Abogado Especializado en Asesoramiento de Empresas”.

Finalmente, culminó su trayectoria docente en la Universidad Católica en 1997, al ser designado Profesor Emérito.

El Doctor Anaya ha participado en la redacción de proyectos y convenciones referidos a temas de su especialidad; ha dictado numerosos cursos y ha pronunciado innumerables disertaciones cuya reseña excedería el tiempo que me ha sido conferido para este homenaje.

Es Miembro de la Academia del Plata, se ha desempeñado como Director del Instituto de Derecho Empresarial, Árbitro Permanente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Miembro del

Consejo Superior de la Pontificia Universidad Católica, Subdirector de la Revista *El Derecho* y Miembro de su Consejo de Redacción.

Ha recibido distinciones como el Diploma al Mérito Konex 1996, la Medalla de Reconocimiento de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y el “Laurel de Plata” del Rotary Club de Buenos Aires, otorgado en 1998 como personalidad jurídica del año.

Más allá de los antecedentes que he mencionado, considero importante referirme ahora a la Filosofía Jurídica que sirve de sólido sustento a su actuación como profesor universitario, magistrado judicial, publicista y abogado.

En un notable diálogo con el Director del Suplemento de Filosofía del Derecho, Profesor Héctor Hernández, publicado el 16 de julio de 2002, el Doctor Anaya inició esa conversación aclarando, con loable modestia, que no se consideraba un filósofo del derecho. Empero, señaló que ello no significa que haya sido insensible a la filosofía jurídica ni menospreciado su importancia en la tarea de los que cultivamos el derecho. Por eso, para fijar su posición sobre el punto, consideró importante destacar lo que debía a la enseñanza que se impartía en la Facultad de Derecho de la UBA hacia los años cuarenta, todavía en su sede de la avenida Las Heras, en tiempos hondamente sacudidos por la pasión política. Comenzó evocando la Cátedra de Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas a cargo de Coriolano Alberini, asistido por sus adjuntos, Manuel V. Ordóñez y Manuel Río, dos figuras inolvidables de esta Academia. Recordó nuestro homenajeado que los textos que prevalecían para la preparación de los exámenes eran la *Introducción a la Filosofía* de Jacques Maritain y las *Lecciones Preliminares de Filosofía* de Manuel García Morente.

En la carrera de grado —agregó seguidamente—, concurrían diversas orientaciones filosóficas, algunas sólo implícitas, en las que había espacio para los jusnaturalismos, así como para el positivismo y otras variantes de decisionismo. En esos años se acentuó la gravitación del normativismo kelseniano, en cierta medida atribuible a que en 1941 se publicó la edición argentina de la *Teoría Pura del Derecho*.

Señaló que una nueva tendencia irrumpió en la Facultad a partir de la incorporación de Carlos Cossio, autor de la “Teoría Egológica del Derecho” a la Cátedra de Filosofía del Derecho cuyo titular era Ramón Alsina.

La “Teoría Egológica del Derecho” —precisó a continuación— fue formando escuela y suscitó un renovado interés por la filosofía jurídica. A su juicio, a este mérito cabe sumar que —al margen de las críticas y reservas que pueda suscitar— su presencia importó la introducción de cuestiona-

mientos a los esquemas del positivismo y el normativismo, con lo que de hecho fue una suerte de anticipo para retractaciones y rectificaciones que llegarían con la doctrina europea de posguerra. Incluso desde el jusnaturalismo objetivo se han reconocido aspectos positivos a la egología, como v.gr. lo admiten Juan A. Casaubon y Héctor H. Hernández —su interlocutor en el diálogo—, sin perjuicio de mantener disensos profundos.

A continuación, Anaya se refirió a los autores que ejercieron mayor influjo sobre su formación. Expresó que por razones etarias pertenecía a una generación en la que todavía tenía mucha gravitación el influjo de los Cursos de Cultura Católica. Al decir esto, —añade— va de suyo que *La Justicia y el Derecho* de Tomás D. Casares fue un libro de cabecera. Pero al margen de lo jurídico, también le interesaron otros temas de filosofía, resultando Jacques Maritain el autor más apreciado. Agregó que por sus manos pasaron, y en sus recuerdos quedaron la ya citada *Introducción a la Filosofía*, *Siete Lecciones sobre el Ser*, *Tres Reformadores*, *El Sueño de Descartes*, *El Orden de los Conceptos* y especialmente *Los Grados del Saber*. Recordó, sin embargo, que este notable pensador fue causa de ásperas controversias que repercutieron en los ámbitos universitarios, por sus obras de filosofía política, en especial, a su criterio, “por su concepción limitativa de la primacía del bien común”. Consideró que “el grado de apasionamiento que alcanzó esa disputa estaba predispuesto por las circunstancias de las discordias provocadas por la Guerra Civil Española y por la segunda Gran Guerra, mientras en el orden interno los argentinos vivíamos las tensiones de cuestionadas transformaciones políticas generadas a partir de un *gobierno de facto*.”

A la pregunta sobre otros autores que hayan influido en su pensamiento filosófico, nuestro académico respondió que, además de Sampay, sus sistemáticas lecturas lo condujeron a diversos jusfilósofos de los que en alguna medida se considera tributario, entre los cuales mencionó a Hauriou, Santi Romano, Recasens Siches, Lachance, Urdanoz y Reale.

Sobre la gravitación que tiene o debería tener la filosofía en la actuación del hombre de leyes, Anaya resumió su posición diciendo que tiene la convicción de que detrás de cada doctrina jurídica hay una concepción del mundo y de la vida, una cosmovisión que impregna de sentido a sus formulaciones. Esta —añadió— es una enseñanza que viene de lejos puesto que ya para Ulpiano lo bueno y lo justo, objeto del cultivo que incumbe al jurista, debe alcanzarse desde el saber fundamental, buscando con ansia la verdadera filosofía.

Completó, más adelante, su pensamiento expresando: *Las consecuencias de la adopción de una filosofía no son baladíes para el derecho*. Sobre el punto recordó *las rectificaciones que llegaron con la segunda posguerra y*

que fueron lecciones construidas a partir de los padecimientos. Cabe citar —dijo—, como ejemplo calificado, que Radbruch pregonaba en 1932 la obediencia incondicional del juez a la ley, aun cuando injusta, y sostenía que esa sumisión se compensaba y lo elevaba moralmente con la contribución que de este modo hacía a la seguridad jurídica. El despotismo al que abrió las puertas esta filosofía estuvo abonado por la doctrina alemana que con el pandectismo no podía concebir leyes que no fuesen derecho ni derecho por encima de la ley. Creían haber terminado con el “sueño” del Derecho Natural, según lo proclamó Windscheid, cuando en los hechos franqueaban la entrada a las pesadillas. Después del horror, Radbruch debió admitir que la sujeción de los juristas al totalitarismo fue posible a través de la primacía absoluta atribuida a la ley positiva y en 1947 sostuvo que lo que no es Derecho continúa sin ser Derecho aunque se presente bajo la forma de la ley.

En suma —concluyó— tan desencaminados pueden estar los que desdennan o son incapaces de la ansiedad filosófica como los que la orientan por sendas erróneas. Porque lo válido en la filosofía práctica se manifiesta por las consecuencias de su aplicación, por su confrontación con la realidad.

Señoras y señores: he espigado en esta parte final de mi discurso sólo algunas de las reflexiones volcadas por nuestro homenajeado en el diálogo recogido por el Suplemento de Filosofía del diario *El Derecho*. Me han parecido reveladoras de la hondura del pensamiento de Jaime Anaya. Cuando las examiné por primera vez, al tiempo de su publicación en 2002, me parecieron notables. Y hoy, al ser honrado con la misión de expresar la admiración y el respeto que los miembros de esta Academia guardamos hacia el destinatario de nuestro tributo, recordé la importancia del diálogo que he glosado.

Para cerrar esta disertación, quiero hacer más las palabras que como colofón final pronunció el director del suplemento de filosofía al terminar un diálogo a mi juicio memorable:

El Doctor Jaime Luis Anaya —dijo— es un jurista indiscutido, un universitario que vive el espíritu académico, un hombre de experiencia jurídica en todos sus aspectos, un caballero cristiano explícito y sin ocultamientos, un amigo conversador, culto, admirable que -res mirabilis!- sabe escuchar.

Estos rasgos de su personalidad, por encima de su frondoso currículum, abonan la justicia del homenaje que hoy le rinde la Academia. ♦

HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR JAIME LUIS ANAYA

POR HÉCTOR ALEGRIA (*)

I. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me ha conferido el honor y la enorme satisfacción de usar la palabra en este homenaje al maestro, Académico doctor Jaime Luis Anaya.

Antes de entrar con los aspectos que han sido asignados, referidos a la producción escrita del homenajeado, quisiera que se me permitieran unas palabras sobre algunas circunstancias de la vida en las que conocí, posteriormente traté y siempre aumenté mi estimación por él.

Mi más antiguo recuerdo proviene de cuando en los lejanos tiempos en que asistía a las clases del curso de ingreso a la Facultad que entonces se exigía, un joven y brillante profesor, que sigue gozando de ambas características, nos daba clases de Historia y Filosofía. No sé por qué razón, por el destino o por la Providencia, guardo un recuerdo vívido, casi fotográfico, del profesor Anaya, de pie en una de las aulas mayores de la planta principal de la Facultad de Derecho de la UBA, colocado sobre la derecha del estrado impartiendo esas clases. Lo que para mí era inexplicable hasta ahora es que recordara con tanta precisión a Anaya y no a otros profesores del curso de ingreso. Seguramente su sabiduría y personalidad hicieron que su figura se grabara con tanta claridad y perdurabilidad en mi mente.

Posteriormente, corriendo el año 1986, el directorio de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires me designó junto con otras personas para una posible evaluación de candidatos para integrar el tribunal permanente de arbitraje de esa Institución, lo que acepté. Imaginen cuál sería mi sorpresa cuando después de haberse presentado los postulantes advierto que uno de ellos era nada menos que el doctor Anaya, a la sazón profesor titular de

(*) Disertación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del Académico doctor Jaime Luis Anaya, el 29 de octubre de 2015.

la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina, y que había dejado un tiempo antes su cargo de Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con gran reconocimiento de sus colegas y de la profesión jurídica en general.

Les hice saber a mis colegas y al presidente de la Bolsa cuál era ese estado de ánimo y que sin duda el profesor Anaya no sólo era el indicado por sus relevantes condiciones, sino que sería un signo de distinción para el tribunal de arbitraje, integrado ya entonces por quien fuera Académico de esta institución, el doctor Lino Enrique Palacio.

No concluye aquí nuestra vinculación ya que posteriormente la editorial jurídica *La Ley* nos encomendó la dirección de su obra “Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales”, de la que aparecieron 14 tomos.

Finalmente, debo decir que me sentí muy honrado de su comentario bibliográfico, aparecido en la *Revista La Ley* el 23 de diciembre de 2008, respecto de mi libro “Reglas y Principios del Derecho Comercial”, en una época en que ambos ya éramos miembros de esta Corporación.

La invitación para participar de este homenaje, pues, además de los relevantes méritos del homenajeado, la sentí, como dije, como una distinción y una rememoración de momentos tan distintos en mi relación con el maestro que, por cierto, no quedaron reducidas a esos tópicos anecdóticos.

II. Entrando de lleno a la obra escrita, su tratamiento particularizado es imposible de materializar en este acto, pues la sola lectura de sus títulos llevaría mucho más tiempo del que se ha asignado.

Sin embargo, destacaré primero algunos de particular relevancia y finalmente enunciaré de manera genérica otros campos en los que se ha movido con total autoridad el maestro Anaya.

En primer lugar, de su obra escrita se destacan varios libros y me referiré especialmente a dos de ellos. Uno es la publicación de su tesis doctoral “Sociedades accidentales o en participación”, publicada en 1970, con prólogo del profesor y Académico Carlos Juan Zavala Rodríguez. Al presentar esta obra, recomendada al Premio Facultad, el recordado profesor escribe un prólogo de una extensión poco común de 18 páginas, en el que analiza con detalle, comenta y dialoga con Anaya sobre las distintas facetas de su obra, la que valora muy positivamente, diciendo, por ejemplo, que el doctor Anaya trata el tema “con profundo conocimiento y maestría”, que “revela una información completa, dejando la impresión que ha leído todo sobre lo que el tópico se ha escrito. (...) El profesor Anaya — todos lo sabemos — es un lector ávido, pero

indaga también en la realidad y en la vida, y esos estudios y meditaciones, le permiten manejar los principios del derecho con certera penetración. (...) A todos nos enseña y nos asombra que, en pocas páginas, puede haber realizado un estudio tan hondo. (...) Tenemos sobre la mesa un libro que fascina y enseña, enseña y fascina, doble proeza que muy pocos pueden alcanzar”.

La reseña concreta del libro nos llevaría también un largo tratamiento pero quizás pocas palabras bastarán para indicar su mérito. Sus conclusiones, después de precisos y acertados desarrollos, han sido recibidos en nuestra legislación absolutamente reciente, como el Código Civil y Comercial de la Nación, al tipificar al negocio participación como un contrato y no como una sociedad, eje central de la tesis de Anaya, admitiendo su eventual exteriorización pública y recordando que en la cuenta participación no hay personalidad ni fondo social, ni se le aplican las reglas societarias. Tampoco se menciona la transitoriedad como una nota tipificante. Es decir, después de 46 años la tesis de Anaya, ponderada por la mayor parte de la doctrina argentina, se plasma en un texto legal.

También habré de referirme a la importante obra “Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados”, que coordinó junto con el recordado profesor Humberto A. Podetti. Esta obra también mereció el prólogo del maestro Zavala Rodríguez, quien dijo que “El libro acusa muchas excelencias”. Realmente es una obra de remarcable calidad, de la que lamentablemente sólo aparecieron tres tomos. En la mayor parte de sus trabajos, de autoría del profesor Anaya, trata exhaustivamente las materias con un nivel poco común hasta entonces, que demuestra un acabado conocimiento de la literatura jurídica mundial y, más aún, de nuestra realidad y de nuestra jurisprudencia.

Me permitiré hacer una digresión que quizá pueda juzgarse como un abuso de confianza de mi parte: el maestro Anaya me facilitó la obra que estamos comentando pues, a pesar que estaba en mi biblioteca, al momento de preparar estas líneas, no pude ubicarla. Al volver a analizar la obra sobre ese ejemplar, advierto que el profesor Anaya, con toda paciencia, había agregado con letra muy pequeña, pero totalmente inteligible, notas nuevas redactadas a mano para completar eventualmente el libro, algunas de las cuales son realmente exhaustivas e importantes. No cabe duda de que en su permanente lectura de cuanto hace a la materia mercantil, el maestro Anaya iba extrayendo las reflexiones que luego incorporaría a esa versión impresa de la obra. El volumen tiene así el valor de un incunable.

Otro gran capítulo de su obra escrita se refiere a sus trabajos monográficos publicados en revistas y, algunos, que forman parte de libros de autoría múltiple. Entre unos y otros he contado 102 trabajos. La mayor parte

de ellos dedicados al derecho mercantil, en especial pero no excluyente, sobre sociedades, aunque también lucen muchos sobre derecho laboral y procedimiento laboral; una cantidad importante referida al arbitraje, ya sea en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en el ámbito nacional, en el Mercosur y en lo internacional; el derecho procesal; los contratos comerciales; la prescripción y temas civiles de variada especie, como el referido al principal pagador, el tráfico de influencias (que llevaba un subtítulo muy significativo: “Las cosas por su nombre”); la teoría general de los contratos; intereses y también sobre el derecho concursal.

De ellos me permitiré destacar algunos en particular, sin antes emitir una regla general de apreciación sobre la obra de Anaya. Ninguno de sus trabajos, ni siquiera los comentarios a fallos, vienen despojados de un tratamiento profundo del tema, de sus antecedentes, de una prolija bibliografía y una conclusión del autor que sienta doctrina sobre el punto.

Me referiré en concreto a su interés por el fenómeno de la empresa, y me remito a su trabajo “Empresa y sociedad en el derecho comercial”, que fue su disertación en ocasión de su incorporación a esta Academia, el 9 de noviembre de 1989. De esta obra diría que, junto con algunas otras, debería ser un utilaje imprescindible para quien quiera dedicarse al derecho comercial o de los negocios. En no muy dilatada extensión brinda un panorama actualizado en su momento, pero que no ha perdido para nada su vigor y su contemporaneidad al día de hoy.

En “El marco jurídico de la empresa”, que integra el valioso trabajo “Tratado de la empresa”, Tomo I, dirigido por Ana Piaggi, vuelve sobre ese tema que, como bien dice, no es baladí y que “su caracterización asume aspectos proteicos”. Agrega que “con razón se ha dicho que bajo el influjo de esta diversidad las referencias a la empresa suelen producir desconcierto”. Sin embargo, en sus análisis sobre la contribución de la doctrina, con sus nuevos enfoques después de haberse iniciado con Rathenau y Mossa, pasando por Jessen, Gierke, Krause, Buonnocore, Asquini, Casanova, Polo Diez, Girón Tena y otros autores, refuta la sinonimia empresa-sociedad como “función meramente logística de la sociedad respecto de la empresa (...) se han propuesto argumentos hartamente cuestionables”. Después trata el fenómeno de la empresa del grupo y el interés de la empresa, temas significativos en la actualidad, y el costado patrimonial de la empresa con relación a la hacienda y su tutela del derecho de propiedad. De seguido señala su perfil funcional, con la mención de la moderna teoría que la estudia desde el punto de vista de la actividad, a la que, sin embargo, censura por carecer de una elaboración genérica que la sistematice. Concluye tratando lo que llama “perfil corporativo” por la incidencia social y la integración de los trabajadores en la vida empresaria.

Otro trabajo que nos ha llamado la atención sobre este tema es el denominado “El mito de la empresa inmortal”. Así como vemos en algunos campos de la ciencia que fenómenos y estudios sobre ellos se producen en distintos ámbitos territoriales al mismo tiempo, el tema tan claramente expuesto por Anaya lo había sido en el derecho italiano con cierta contemporaneidad por Remo Franceschelli, quien lo había titulado, en traducción, “El aprendiz de brujo. El elixir de larga vida y la empresa inmortal”. La eclosión entre nosotros del famoso “Caso Greco”, que motivó una serie de leyes y fallos judiciales, originó razonamientos similares a los de Franceschelli en nuestra realidad con acertadas puntualizaciones, de las que dan cuenta los títulos de sus capítulos: “De la empresa sin empresario a la empresa sin mercado”, “El realzamiento de la empresa sobre el empresario”, “La desvirtuación de la actividad empresarial”, “El prodigio de la empresa sin mercado”, seguidos de una revisión del derecho comparado y conclusiones para nuestro medio.

En otro tema que en la actualidad reviste singular importancia, el maestro Anaya se ha pronunciado con reiteración, es el de la unificación del derecho privado. En una comunicación a esta Academia, del 8 de noviembre de 1990, trató con singular precisión los antecedentes con relación al carácter del derecho comercial, su codificación y las crisis tanto del concepto subjetivo como el objetivo para darle apoyo legislativo. Con singular sinceridad y probidad intelectual se pronuncia por la no conveniencia de la unificación y dice: “Enrolado como me encuentro en esta última postura, después de haber sido un convencido partidario de la unificación obligacional y contractual, advierto necesaria una fundamentación que explique este profundo cambio”. Analiza exhaustivamente todos los aspectos de este tema, aun los más actuales y brinda sus penetrantes reflexiones. Cualquiera sea la posición del intérprete, es también un trabajo imprescindible en la biblioteca de quien desee abrazar el estudio del derecho comercial y aun el de la unificación del derecho privado.

También abordó el tópico con motivo al homenaje a Carlos Malagarriga en esta Academia el 27 de agosto de 1992, al reiterar la posición del antiguo maestro en el Congreso de 1940 y en escritos posteriores, en una publicación de 1989 en la revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios, y en otros trabajos.

Como es sabido, nuestro homenajeado participó en comisiones que propusieron proyectos de reformas a diversas leyes, especialmente la de sociedades. Su relevante papel en la importante reforma de 1983 (ley 22.903), donde se incorporaron algunas de sus ideas matrices, fue ampliamente reconocido por la doctrina. La posterior designada por el Ministerio de Justicia por Resolución 112/02, redactó un Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades aparecido en el año 2005. Este importantísimo traba-

jo, elaborado junto con los doctores Salvador Darío Bergel y Raúl Aníbal Etcheverry, fue comentado por Anaya en distintas oportunidades, incluso en nuestra Academia en su comunicación “Lineamientos del Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales”, del 28 de agosto de 2003, exponiéndose después en otros trabajos, conferencias y congresos. Lamentablemente, avatares posteriores de la vida política no permitieron su sanción, pero sus contenidos fueron realmente valiosos, al punto que en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 se contenían muchas de las previsiones de aquel trabajo de la Comisión integrada por Anaya.

Antes de concluir con este capítulo resalto trabajos que muestran otros perfiles de la personalidad del maestro. En publicaciones de la Universidad del Museo Social Argentino aparece un trabajo titulado “Repúblicetas”, en el que con prosa muy cuidada y atrapante nos relata la razón de ese título, que también era el nombre de una avenida de la Ciudad de Buenos Aires hasta 1984. Recuerda allí los pequeños focos de resistencia en el Alto Perú posteriores a Vilcapugio, Ayohuma y Sipe-Sipe. Destaca que en Santa Cruz de la Sierra y en la plaza principal aparece una estatua del argentino Ignacio Warnes, uno de los principales caudillos de esas “repúblicas”, que lo fue junto con Juana Azurduy, Ascensio Padilla, José Vicente Camargo y Mariano Antezana, todos bolivianos, y los argentinos José Miguel Lanza, Ildefonso de las Muñecas y el ya mencionado Ignacio Warnes. Relata los avatares posteriores y las razones de cierto encono de los altoperuanos con las expediciones del ejército que llamaban de Buenos Aires. La precisión histórica muestra bien a las claras la preocupación de Anaya por esos temas.

En otro cariz y en la misma revista aparece un trabajo titulado “José Gobellos (1919-2013). Ilustre ciudadano de Buenos Aires”. Es imposible resumir este trabajo sin quitarle la belleza del relato respecto de un personaje tan polifacético como Gobellos, fundador de la Academia Porteña de Lunfardo, de la que participaron profesores y decanos de la UBA, y también un cultor de la música popular, el tango, respecto de lo cual escribió libros y letras para canciones que se mencionan. Las estrofas del poema “Misabel” que transcribe Anaya sobre el final, mueven el espíritu por su singular belleza y a la despedida fraterna de Anaya.

También escribió “Grandeza y enigmas de Mayo”, un libro que, con motivo del Centenario de la Revolución de 1810, relata distintos episodios vinculados a ella de interés histórico, no demasiado difundidos.

La pobreza de los resúmenes que hemos efectuado contrasta con la riqueza de la producción de Anaya. Quizá merecería que esos trabajos se publicaran en conjunto o, cuanto menos, y así lo sugiero a la Mesa Directiva de esta Corporación, publique el currículum vitae de nuestro homenajeado

con todas estas precisiones para ilustración de aquellos que nos sigan en la fatigosa pero desafiante inclinación hacia el derecho, en especial, nuestra rama comercial.

III. No podemos concluir sin referirnos a otro matiz de la producción científica y jurisprudencial del profesor Anaya.

Como se dijo, su paso por la Justicia y en especial por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, ha sido fructífera y altamente valorada por sus colegas y por las profesiones jurídicas en general. Los tiempos ya apremian para concluir estas palabras y he de agregar que necesariamente debe recordarse la importantísima intervención de nuestro homenajeado en los fallos “Quilpe”, plenario del 31 de marzo de 1977, en el que fundó la decisión con notable maestría y adecuadas citas de antecedentes nacionales y extranjeros, diferenciando el concepto de “domicilio” del de “sede social”, estableciera que el primero debía figurar en el contrato social o estatuto como expresión de la ciudad o población del asiento jurídico de la sociedad, mientras que sede sería solamente la dirección precisa con calle y número que podría figurar en el contrato social o estatuto o en instrumento separado. Esta doctrina mantenida por jurisprudencia y autores posteriores también ha sido recogida por el Código Civil y Comercial recientemente sancionado en su art. 152, y en las reformas a la Ley General de Sociedades el art. 11, inc. 2), con reflejo en la Resolución General 7/2015 de la Inspección General de Justicia.

En el caso “Sánchez c/ Banco Avellaneda”, el doctor Anaya tuvo oportunidad de generar un *leading case* respecto del convenio de sindicación de acciones. Con notable apego a la realidad reconoció que era un instrumento usado y útil en las sociedades grandes y pequeñas y que no había razón para, por pruritos injustificados, prohibirlos o limitarlos en el tiempo o en sus efectos.

Como dijimos antes respecto de otros temas, estos dos fallos serían de lectura imprescindible para quienes aborden nuestra materia. También en el caso, la doctrina ha modificado su perfil respecto de estos pactos, saliendo del ambiente enrarecido y limitacionista anterior a este singular pronunciamiento.

Finalmente, existe un aspecto en el que el camarista Anaya quedó en circunstancial minoría, y lo fue en el plenario “Rodríguez Barro” del 24 de junio de 1981, en el que se analizó si correspondía al síndico en representación del concurso y a sus letrados percibir los honorarios que les hubiera correspondido en acciones contra terceros condenados en costas. Anaya propuso con un exhaustivo examen que va desde la etimología de la palabra y las funciones del síndico en los distintos ordenamientos legales antiguos

y modernos y, en particular, de los argentinos, para concluir que debía contestarse positivamente en el sentido de que en esos casos los síndicos y letrados podían percibir sus honorarios sin ingresarlos a la masa.

Como dijimos, Anaya no formó mayoría, pero sí insufló un criterio. Pocos años después, y cuando ya Anaya había dejado el Tribunal, la Cámara en lo Comercial de la Capital dictó otro plenario en “Cirugía Norte S.R.L.,” el 29 de diciembre de 1988, en la que la mayoría, fundándose en lo expuesto por Anaya, dejó sin efecto la anterior doctrina y promulgó la que había sostenido nuestro homenajeado.

IV. Hasta aquí cuanto se me había encomendado.

No puedo concluir sin expresar, a título personal, que quien lea los antecedentes que hemos indicado tendrá la plena conciencia de que nos encontramos frente a un maestro del derecho, de los que abren nuevos surcos, innovan positivamente en la vida de la ciencia jurídica y que resultan modelo de las futuras generaciones.

Esta descripción objetiva, indudable, sin embargo no es suficiente. Debe quedar aquí expresado que la palabra “maestro” no sólo ha sido utilizada por la ciencia que emana de sus trabajos. También surge de una personalidad humana completa, con rasgos sobresalientes y a veces poco comunes de encontrar en su totalidad. El maestro Anaya es una persona cordial, de una humildad superlativa, no escatima una sonrisa para quien habla con él, comprende las divergencias y las responde sin altisonancias ni espíritu altanero.

En la “Justificación y dedicatoria” de su mentado libro sobre las sociedades accidentales o en participación, Anaya nos da una pista, junto con su conocido espíritu religioso, y dice: “Resultaría minúsculo que también dedicara esta tesis a mi esposa, Alice de Paula Fonseca. Estoy persuadido que no hubiera tenido voluntad de acometer nada de lo que llevo realizado, sin el aliciente del hogar feliz que me ha dado”.

Maestro, muchas gracias. ♦

TRAYECTORIA

POR JAIME LUIS ANAYA (*)

En ocasiones como esta, que *velis nolis* me ha impuesto la extremada generosidad de los señores académicos, el sentimiento de gratitud desborda la capacidad de su expresión a través de las palabras, las que en la ocasión, sin embargo, se tornan insoslayables para manifestarlo. Confío que en esta oportunidad me ayuden a reflejarlo en alguna medida.

No se me olvida que un cierto protocolo social impone que, inicialmente, quien recibe un agasajo de esta índole deje sentada su falta de mérito para recibirlo. Como su indistinta invocación por quienes lo merecen y quienes no, prescindiré de ingresar en lo que se ha tornado un mero rito. Diré solo, con llaneza, que pese a ser reacio a estos agasajos en cuanto me conciernen, quiero responder a quienes con este acto me manifiestan generosamente su afecto, con un escueto pero hondamente sentido: muchas gracias, señores académicos.

Y es propicia la ocasión para extender esta sentida gratitud a los Académicos que ya no están, cuya compañía fue un incomparable privilegio y una ocasión sin par de ilustración ganada con sus enseñanzas. Doctores Linares Quintana, Videla Escalada, Lino Palacio, Aja Espil, Risolía, Marienhoff, Bustamante Alsina, Martínez Ruiz, Cueto Rúa, Guastavino, Carlos Muñiz, Morello, Vázquez Vialard, Aguirre Obarrio y demás eminentes colegas cuya estima gocé a lo largo de los veintiséis años transcurridos desde mi incorporación. Siempre los tengo presentes en mi evocación y en mi reconocimiento.

Para ilustrar acerca del clima de amplitud intelectual y espiritual propios de esta Academia, me permitiré relatar una anécdota que creo apropiada. Se había convocado a sesión para designar al titular de un sitial vacante. Llegué temprano y tomé asiento al lado de Risolía, como solía hacerlo,

(*) Palabras de agradecimiento del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a su trayectoria, el 29 de octubre de 2015.

porque también él tenía como hábito concurrir con cierta anticipación. De inmediato surgió el tema de la propuesta candidatura del doctor Guillermo Borda que sería sometida a votación. Risolía, que me dispensaba una generosa confianza, me dijo que había tenido serias discrepancias con el candidato. Sin embargo, agregó, creo que es un jurista de valiosa trayectoria y autor de un importante Tratado. Daré mi voto por su incorporación. La magnanimidad de su gesto no me sorprendió: es la estirpe de la Academia.

Cuando avanza y se hace sentir la erosión causada por los años, llega la hora de examinar lo vivido, hacer el balance y agradecer a quienes nos proveyeron de enseñanzas, ejemplaridad y afecto. Esta ocasión es propicia al efecto y comenzaré por enunciar mis gratitudes, que tendrá inevitables omisiones por la brevedad que impone la circunstancia.

La prioridad siempre será para el Señor que me proveyó el Evangelio como guía de la vida y que, como dijera Claudel, no es algo que pueda recibirse impunemente.

Mi gratitud también para mis mayores que me orientaron por la senda de los principios y valores, a los que he intentado ceñir mi vida. Y para mi esposa y mis hijos que dieron a mi hogar el ámbito propicio para desenvolver los trabajos y estudios, muchas veces a expensas de sus propias expectativas.

Soy tributario de reconocimiento hacia los muchos profesores que contribuyeron en mi formación jurídica. Así recuerdo a quienes lo fueron en los estudios de grado, en las añoradas aulas de la avenida Las Heras, cuando transcurrían los agitados años cuarenta que encrespaban los ánimos y enconaban las relaciones como ecos de la Segunda Guerra Mundial y de la azarosa situación política argentina. Fueron esos años en los que el claustro docente perdió un buen número de sus valiosos integrantes que buscaron, con su alejamiento de las cátedras, la forma de expresar su disconformidad con las anomalías institucionales de esa convulsionada década. Pese a ello alcancé a gozar la enseñanza de algunos notables maestros. Eran todavía los años en que no sólo se apreciaba el saber erudito, sino también la elegancia oratoria. Y en ese marco añoro la erudición y el estilo con que exponían, entre otros, Mariano de Vedia y Mitre, Faustino Legón y Alfredo Molinario y evoco la admirable cultura de Juan Pedro Ramos. Capítulo aparte merece Rafael Bielsa, cuyas disertaciones nunca soslayaron el fervor político ni sus preferencias principistas. Y así recuerdo que, cuando reconocía la autoridad de alguna doctrina de la Corte Suprema, solía agregar: desde luego la Corte de Bermejo.

También en el estudiantado se reflejó apasionadamente la agitación política y en forma muchas veces discrecional y simplificada solía etiquetarse

a los condiscípulos en alguna de las categorías que juvenilmente se habían popularizado: nazis, cipayos o bolches. Eran tiempos en los que las posiciones del estudiantado universitario tenían bastante peso en la opinión pública y esto incentivaba el clima de agitación que culminó con la toma de las facultades y aun de la sede de la Universidad de Buenos Aires. Fue el prólogo de los convulsivos años que siguieron. Rescato en lo personal las amistades ganadas en aquellas aulas, algunas de las cuales salvaron la diáspora posterior al egreso y encontraron correspondencia permanente en la trayectoria judicial, como fue el caso de Justo López que se destacó como juez de la Cámara de Apelaciones del Trabajo y la de Héctor Patuel, mi colega de Sala en la Cámara de Apelaciones en los Comercial. Mi gratitud por su amistad a ellos y a otros que prolongaron el apoyo de su amistad en los tiempos tormentosos que nos tocó vivir.

Un particular capítulo de reconocimiento debo también a quienes me guiaron en el derecho comercial. Haré una especial referencia al doctor Carlos Juan Zavala Rodríguez, por haber sido el titular de la cátedra en la que cumplí la carrera docente en UBA. Lo evoco no sólo por su saber, que era mucho, sino por el aliento y el estímulo que brindó a quienes colaboramos en su cátedra, así como por el contagioso afán del estudio permanente con el fin de enriquecer el conocimiento de las frecuentes innovaciones jurídicas en la órbita comercial y de las transformaciones que se operaban en esta materia en su tránsito hacia el derecho empresarial, orientación que cultivó con afán. Destaco asimismo su ejemplar testimonio sobre la dedicación y la responsabilidad que importa la tarea docente; alguna vez, ya curtido por muchos años de cátedra y próximo a culminar su esforzada tarea de los comentarios al Código de Comercio, me confió que jamás exponía desde la cátedra una clase que no hubiese sido objeto de una previa preparación. Y como remate de su ejemplaridad mencionaré su entereza para rectificar alguna equivocación. Como muestra de lo dicho recordaré que en su obra "Derecho de la Empresa" rectificó una doctrina, censurando su propio voto emitido en una causa judicial con el fundamento que en esa obra rectificaba.

Quisieron las circunstancias que, como remate de esta relación muy cordial con mi recordado maestro, me cupo el privilegio de ser su sucesor en las cátedras de las universidades de Buenos Aires y Católica Argentina y en su sitial de esta Academia.

En este ámbito de la docencia universitaria, sería ingrato omitir el recuerdo de aquellos cuya compañía compartí en la tarea. Su número fue elevado durante el transcurso de algo más de cuarenta años que dediqué a la enseñanza. Quisiera extender mi reconocimiento a todos y cada uno de ellos, aunque por la constricción del tiempo, solo podré citar el recuerdo de los

admirados Gervasio Colombres y Horacio Fargosi, que ya se desempeñaban en la cátedra de Derecho Comercial de UBA al tiempo de mi incorporación; mencionaré al lúcido Carlos Odriozola, con quien compartí tareas en UBA y en la Universidad Nacional de La Plata; y también a Julio César Otaegui, notable expositor que fue mi colega en la cátedra de la UCA, con quien nos reencontramos años después en los sitios de esta Academia.

Debo también extender mi gratitud a los magistrados con quienes he compartido las funciones judiciales, cumpliendo esa delicada fase del derecho que es el de su aplicación, el momento prácticamente práctico del saber jurídico, para decirlo con la lograda expresión de Maritain, con el que se ingresa a la dimensión donde el derecho se encarna y cobra vida en la norma individual que hace justicia.

Y es llegado el momento de una breve referencia al balance.

Tal como era previsible por ser *quod plerumque fit*, mis muy estimados amigos que se han referido a mi trayectoria, llevados por lo que se ha denominado como la tentación apologetica o también como la ficción apologetica en la expresión concebida por Guido Alpa, han realizado un balance sin pasivo y con un activo sobrevaluado. Mucho les agradezco la halagüeña imagen del personaje que han pergeñado pues sobre estos cimientos puedo edificar la ilusión de que mis noventa años no transcurrieron en vano.

Y a todos los que hoy han tenido la gentileza de acompañarme en este acto, muchas gracias. ♦

CURRÍCULUM VITAE DEL DOCTOR JAIME LUIS ANAYA

DATOS PERSONALES

Nombres y apellido: Jaime Luis Anaya

Fecha de nacimiento: 4 de marzo de 1925

Estado Civil: casado

Nacionalidad: argentina

Documento de identidad: Cédula de identidad (Policía Federal) N° 2.018.939

Documento Nacional de Identidad N° 4.218.117

Domicilio particular: Av. Callao 1293, piso 7, "M", (1023)

Buenos Aires. Tel-fax.: 4812-4015

E-mail: jaimelanaya@yahoo.com.ar

TÍTULOS UNIVERSITARIOS

- Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Título expedido el 24 de mayo de 1949.

- Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Título expedido el 10 de noviembre de 1969.

DESEMPEÑO DE LA PROFESIÓN

A) En reparticiones públicas

- Jefe de División de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1950.

- Relator Técnico de la Secretaría General de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires, entre el 1° de enero de 1951 y el 25 de julio de 1952.

- Oficial Mayor y posteriormente Director de Segunda en la Sección de Estudios Jurídicos de la Dirección Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, entre julio de 1952 y octubre de 1955.

B) En el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires:

- Agente Fiscal del Tribunal de Trabajo de Zárate, desde el 25 de octubre de 1955 hasta el 25 de noviembre de 1957.

- Juez del Tribunal del Trabajo N° 2 de Morón, entre el 26 de noviembre de 1957 y el 6 de noviembre de 1974.

- Conjuez de la Suprema Corte de Justicia en 1975.

- Juez de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, desde el 9 de abril de 1975 hasta el 18 de abril de 1976.

C) En el Poder Judicial de la Nación

- Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, entre el 19 de abril de 1976 y el 30 de junio de 1986.

D) En la actividad privada

- Árbitro permanente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, designado por concurso de antecedentes, desde enero de 1987 hasta marzo de 2000.

- Subdirector de la revista jurídica *El Derecho*, entre 1986 y 1995. Consejero de redacción desde enero de 1996 hasta 2001.

Desempeño de docencia universitaria:

Las designaciones en los cargos que aquí se mencionan fueron directamente dispuestas por la autoridad pertinente, salvo en los casos que especial y expresamente se indican como resultado de concurso.

A) En la Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales:

- Encargado de Docencia en el Instituto de Derecho Civil, Sección de Derecho Internacional Privado (agosto de 1949-1954).

- Ayudante de Trabajos Prácticos en el Instituto de Enseñanza Práctica (1954-1956).

- Jefe de Práctica Forense en el Departamento de Práctica Forense (1957-1974).

-
- Cátedra de Derecho Comercial I:
 - Ayudante de primera, *por concurso* (1962-1965).
 - Jefe de Trabajos Prácticos (1965-1968).
 - Profesor adjunto interino (1969).
 - Profesor adjunto ordinario, *por concurso* (Resolución del Rectorado N° 1178, del 21 de octubre de 1970).
 - Profesor titular interino (Resoluciones Nos. 615/75 y 1841/76).
 - Profesor titular interino por el plazo máximo del art. de la ley 20.207 (Resolución F.D. 10.049/81).
 - Profesor titular ordinario, *por concurso* (Resolución del Consejo Superior N° 1555, del 2 de diciembre de 1982, designación convalidada por Resolución del Consejo Superior Provisorio N° 907/85).
 - Profesor titular emérito (Resolución C.S. N° 2424/92).

Otros cargos:

- Profesor del curso de doctorado (Resoluciones F.D. Nos. 756/75 y 1602/76).
- Profesor del curso de Asesoría Jurídica de Empresas (Resoluciones F.D. Nos. 4948/78, 6741/79, 8322/80, 9869/81).
- Consejero titular y vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (1990/1994).
- Miembro del Tribunal de Reválidas de Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Resolución 7395/97).

B) En la Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales:

- Profesor Titular interino de Derecho Comercial I (1-IX-68/15-IV-70).

C) En la Pontificia Universidad Católica Argentina - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas:

- Docente auxiliar de Introducción al Derecho (2-VI-61/31-III-62).
- Profesor protitular del Derecho Comercial I (1-IV-67/31-III-70).
- Profesor Titular de Derecho Comercial I (1-IV-70/1-VI/72).

- Miembro del Consejo Superior en representación de los profesores (1-10-75/30-6-78).

- Profesor ordinario de la U.C.A., titular de Derecho Comercial I (desde el 2-VI-72 hasta 1994).

- Profesor Titular de Derecho Comercial II (1-IV-74/31-III-77).

- Profesor de Teoría jurídica de la empresa, en el curso para abogados especializados en asesoramiento de empresa (desde 1985 hasta 1991).

- Director Académico del Curso de Post-Grado de "Abogado Especializado en Asesoramiento de Empresas" (1989).

- Profesor emérito (1997).

Publicaciones

A) Libros y folletos:

- "La condena de intereses del art. 565 del Código de Comercio", folleto, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964.

- Coordinador general, en colaboración con el doctor Humberto A. Podetti, del "Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados", De. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.

- El Tomo I, con prólogo del doctor Carlos Juan Zavala Rodríguez, se publicó en 1965. Son de su autoría exclusiva la Introducción I, "El comerciante, el comercio y su regulación jurídica", los Capítulos "De la capacidad legal para ejercer el comercio", "De la matrícula de los comerciantes", "Disposiciones generales sobre las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio" y "Del Registro Público de Comercio". Y en colaboración con Jaime F. Fernández Madero y Carlos Alberto Basílico, el Capítulo "De los comerciantes en general y de los actos de comercio".

- El Tomo II se editó en 1966. En él comentó los Capítulos "De los libros de Comercio", "De la rendición de cuentas" y, en colaboración con Manuel A. Mosquera, "De las bolsas y mercados de comercio".

- El Tomo III fue publicado en 1967. Con la colaboración de Humberto A. Podetti comentó el Capítulo "De los factores y de los dependientes de comercio", y con la de Miguel Cano y Hugo Charny, el Capítulo "De los acarreadores, porteadores o empresarios de transporte".

- En el "Código de Comercio Comentado", bajo la dirección del doctor Juan Carlos Fernández Madrid, comentó los capítulos relativos a "Comerciantes en general y actos de comercio", "Libros de comercio", "Acarreadores, porteadores o empresarios

de transportes” y “Sociedades”. Esta obra fue publicada por Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires 1972; la segunda edición, en 1982.

- “Sociedades accidentales o en participación” (tesis doctoral) Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1970.

- “Las sociedades accidentales o en participación en la ley 19.550”, en “Estudios de sociedades comerciales en homenaje a Carlos Zavala Rodríguez” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.

- “Consistencia del interés social”, en la obra colectiva “Anomalías societarias”, Ed. Advocatus, Córdoba 1992.

- “El arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, en “UNCITRAL y el futuro Derecho Comercial”, estudios coordinados por Ana I. Piaggi, Ed. Depalma, Buenos Aires 1994.

- “El arbitraje comercial internacional”, en la obra colectiva “Negocios Internacionales y Mercosur”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1996, pág. 255.

- “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado”, en la obra colectiva “Unificación civil y comercial. Lo posible y lo conveniente”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1996.

- “La sociedad como contrato” en “Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997.

- “Acerca del arbitraje internacional en el Mercosur”, en “Derecho mercantil contemporáneo”, obra colectiva dirigida por Ana I. Piaggi y Luis A. Estoup. Ed. La Ley 2001.

- “El influjo del Código de Comercio francés en la codificación argentina”, en “La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón”, Vol. I, obra colectiva, Ed. EDUCA, 2003.

- “La codificación comercial en Iberoamérica”, en “La codificación: raíces y prospectiva. La codificación en América”, Vol. II, obra colectiva, Ed. El Derecho, 2004.

- “Prospectiva del derecho legislado”, en “La codificación: raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?”, Vol. III, obra colectiva, Ed. El Derecho, 2005.

- “El marco jurídico de la empresa”, en “Tratado de la Empresa”, Tomo I, dirigido por Ana Piaggi, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009.

- “Las metamorfosis de las sociedades comerciales (Una visión desde el derecho argentino)”, “Derecho de sociedades”, Libro de homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, Volumen II, Caracas, 2012.

- "Grandeza y enigmas de Mayo", EDER, Buenos Aires, 2010.

B) Trabajos en revistas:

- "Acerca de las Empresas del Estado", en *Jurisprudencia Argentina*, 1967-IV-Doctrina, págs. 328/344.

- "La prueba de libros en el procedimiento laboral", en *Rev. Legislación del Trabajo*, T. XV (1967), págs. 147/163.

- "Sociedades anónimas en formación. Responsabilidad de los fundadores", nota a fallo en *Jurisprudencia Argentina*, 1967-V-312/325.

- "El socio empleado", en *Rev. Legislación del Trabajo*, T. XVI-A (1968), págs. 97/111.

- "Naturaleza de los intereses acrecentados del decreto-ley 4776/63, art. 4º", nota a fallo en *Jurisprudencia Argentina* 1968-II-202/210.

- "Reseña de la jurisprudencia actual en materia laboral de la Suprema Corte de Buenos Aires" (en colaboración con el Dr. Alfredo Zuanich), en *Jurisprudencia Argentina* 1968-II-Secc. reseñas prov. págs. 519/527.

- "La mala fe del deudor en el proceso laboral", en *Rev. Legislación del Trabajo*, T.XVI-B (1968), págs. 791/801.

- "El nuevo procedimiento laboral bonaerense", en *Rev. Legislación del Trabajo*, T.XVIII-A (1970), págs. 481/524.

- "Los grupos de interés económico del derecho francés como modelo legislativo", en *Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1972, págs. 589/610.

- "Notas críticas sobre las sociedades colectivas en la ley 19.550", en *Revista Jurídica de la Asesoría Legal del Banco de la Nación Argentina*, 1973, N° 22 págs. 1/7.

- "Las sociedades en formación ante el decreto-ley 19.550", en *Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1976, págs. 257/283.

- "El caso de la sociedad por acciones, sin acciones". Nota a fallo, en *Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1975, págs. 107/128.

- "Notas sobre la empresa", en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Año XVIII, N° 37 (julio-diciembre de 1976), págs. 97/135.

- "La transformación de sociedades en la ley 19.550", en *Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978, págs. 421/456.

- "Los contratos de colaboración empresaria", en *Boletín Informativo de la I.G.J.*, N° 24, Buenos Aires, 1985, págs. 7/16.

-
- “Sobre la comercialidad de la compra para el consumo y el intrincado ilícito mercantil”, E.D. 122, 550.
 - “La sociedad de profesionales”, E.D. 123,272.
 - “La autonomía privada en los contratos de colaboración empresaria”, E.D. 123,383.
 - “Sociedades inicialmente unipersonales”, E.D. 124,724.
 - “Las resoluciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada y su inscripción registral”, E.D. 127,298.
 - “El mito de la empresa inmortal”, E.D. 127,424.
 - “Sociedad en formación y personalidad jurídica”, E.D. 129,327.
 - “Los seguros en el sistema de ahorro para fines determinados (A propósito de un proyecto de ley)”, E.D. 129, 781.
 - “La inmutabilidad crecientemente relativa de la cláusula penal”, E.D., 131,439.
 - “Función integrativa de las publicaciones del artículo 10 de la ley 19.550”, E.D. 131,610.
 - “Sobre el abuso de litigar sin gastos”, E.D. 132,140.
 - “El derecho de información del accionista y sus límites”, E.D. 132,367.
 - “La acción contra el socio de la sociedad irregular”, E.D. 133,151.
 - “Sobre la justicia comercial”, E.D. 19-7-89, nota a fallo N° 41.715.
 - “La olvidada pericia arbitral”, E.D. 134,605.
 - “Vicios redhibitorios en materia comercial: acciones y prueba”. E.D. 140,741.
 - “Acreditación en cuenta bancaria: efectos en el mutuo y el depósito”, E.D. 141,229.
 - “El hecho del tercero en el transporte ferroviario de pasajeros” E.D. 141, 347.
 - “Sociedad accidental: exclusión de socio o disolución”, E.D. 141,514.
 - “La fuerza probatoria de los registros llevados por medio del computador”, E.D. 142,185.
 - “Juez competente en las acciones de responsabilidad de los representantes y administradores del deudor fallido”, E.D. 145,496.
 - “Responsabilidad de la sociedad controlante”, E.D. 145,701.

- "La suspensión de la prescripción en materia comercial y la arbitrariedad", E.D. 147,302.

- "Orientación de la doctrina argentina en torno a la codificación del derecho mercantil. Los proyectos de reforma", en Revista de la Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia Nacional, Año II, N° 3, febrero de 1989, pág. 17.

- "El arbitraje en el Tribunal de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires", en Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá, año XX, N° 72, setiembre de 1989, página 35.

- "Empresa y Sociedad en el Derecho Comercial", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXIV, Segunda Época, N° 27, (1989), pág. 15.

- "La unificación del Derecho Privado. Un replanteo necesario", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXV, Segunda Época, N° 28 (1990).

- "La norma penal en la ley comercial", E.D. 145,748.

- "Homenaje a Carlos Malagarriga", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Segunda época, N° 30 (1992).

- "Los intereses moratorios en las obligaciones comerciales", E.D. 148,402.

- "Prueba del daño causado por la privación del uso de un automotor (la óptica del derecho comercial)", E.D. 150, 548.

- "La contabilidad y la documentación en la calificación de conducta del no comerciante", E.D. 151, 314.

- "El tráfico de influencia (las cosas por su nombre)", E.D. 152, 475.

- "Lineamientos del Derecho Societario en los actuales proyectos de reforma", en Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 10, 1994, pág. 55.

- "Arbitraje interno", en Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, N° 12/13 (marzo-julio 1995), pág. 203.

- "El procedimiento de la rendición de cuentas", E.D. 157, 529.

- "Los consumidores y la justicia de menor cuantía", E.D. 161,153.

- "Recursos contra los laudos arbitrales", E.D. 161,514.

- "Jurisdicción y honorarios profesionales en el arbitraje", E.D. 162, 209.

- "El influjo del beneficio de litigar sin gastos sobre los honorarios y las costas", E.D. 163,613.

-
- “La integración de los requisitos de la petición de concurso preventivo en la ley 24.522”, E.D. 164,730.
 - “Los honorarios del letrado del síndico en la ley 24.522”, E.D. 165,186.
 - “Los procedimientos en los conflictos societarios”, E.D. 166,81.
 - “Un conflicto de competencia en los concursos”, E.D. 167,41.
 - “El arbitraje en los conflictos societarios”, L.L. diario del 15-11-95.
 - “Nuevas proyecciones de la teoría general de los contratos”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, N° 16-17, pág. 77.
 - “La sindicación de acciones”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Segunda Época, N° 34, pág. 131.
 - “El efecto relativo de las convenciones de accionistas”. E.D. 171,225.
 - “Las sociedades comerciales y el beneficio de litigar sin gastos”, E.D. 171,142.
 - “Sobre los factores de la difusión del arbitraje”, en E.D. 171,291.
 - “Homenaje al doctor Mauricio L. Yadarola”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Segunda Época, N° 35, pág. 439.
 - “Arbitraje, jurisdicción y honorarios”, en colaboración con Lino Enrique Palacio, E.D. 174,286.
 - “Orientaciones actuales del Derecho Comercial” (en homenaje a Rodolfo O. Fontanarrosa), Rev. Entre Abogados, San Juan, 1998, N° 1, pág. 4.
 - “Meditaciones sobre los derechos del consumidor”, en E.D., 177,218.
 - “Acerca de la prejudicialidad de la mediación y sus excepciones”, en E.D., 177,278.
 - “Equidad y amigable composición”, en E.D. 181,548.
 - “Especificidad de los grupos de sociedades y bloqueo del principio mayoritario”, en E.D. 182,432.
 - “Las facultades de los árbitros” en Verba Iustitiae, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad de Morón, Año VI, N° 10, pág. 45.
 - “Las convenciones de accionistas en el derecho argentino”, en Revista Universitas (Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas- Bogotá, Colombia), diciembre de 2000, N° 100, pág. 419. Una versión actualizada de este estudio se publicó en la revista Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Empresario, Año II, N° 2, mayo de 2002.

- El Código de Comercio francés, en E.D. 193, 621.
- “Los límites de la delegación legislativa (el caso del decreto 677/01)”, en E.D. 196, 775.
- “Control judicial del arbitraje”, nota a fallo en L.L. 16-2-04.
- “El espacio legislativo del derecho comercial”, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, T. 63, N° 2, diciembre de 2003, pág. 43.
- “El anteproyecto de reformas a la ley argentina de sociedades comerciales”, en E.D. 208, 947
- “Lineamientos del anteproyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Época, N° 41.
- “El “principal pagador” en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial”, en colaboración con Félix A. Trigo Represas, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Época, N° 43 y en L.L. diario del 13 de febrero de 2006.
- “La nacionalidad y el estatuto personal de las sociedades comerciales”, en E.D. 217, 781.
- “La enseñanza del derecho”, en AA.VV. “La Justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización”, dirigido por Augusto M. Morello, Instituto de Derecho Procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2006.
- “Arbitraje societario”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Época, N° 44.
- “El enigma del socio oculto”, en Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 2008-A, 71.
- “Fusión y escisión de sociedades”, de Julio C. Otaegui, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1976.
- “En torno del contrato, la propiedad y la obligación” de Michel Villey, Ghersi Editor, Buenos Aires, 1980.
- “Conflictos de trabajo en las sociedades comerciales” de Ernesto Eduardo Martorell, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1986.
- “Intervención judicial de sociedades comerciales”, de Carlos A. Molina Sandoval, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.
- “Ley de concursos, comentada, anotada, concordada”, de Carlos E. Moro Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

- “Sobre el llamado “APE”, de Osvaldo J. Maffia, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- “Cuestiones complejas de Derecho Mercantil Moderno”, dirigido por Ana Piaggi, T. II, Abeledo Perrot, 2008.

D) Proyectos de ley y de convenciones internacionales:

- Miembro de la Comisión encargada de elaborar un proyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Resolución del Ministerio de Justicia N° 34, del 23 de noviembre de 1978), que cumplió su cometido elaborando el texto de la ley 22.434.

- Miembro de la Comisión designada para dictaminar sobre la oportunidad y conveniencia de la reforma de la ley de sociedades comerciales N° 19.550 (Resolución del Ministerio de Justicia N° 268, del 15 de octubre de 1981). Sin perjuicio del informe general que elaboró, esta Comisión dictaminó acerca de un proyecto de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires tendiente a simplificar los procedimientos para el aumento de capital de las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus títulos valores. Sobre dicha base se modificaron los artículos 188, 202, 234 y 237 del ordenamiento legal de las sociedades comerciales mediante la ley 22.686.

- Miembro de la Comisión encargada de elaborar el proyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales N° 19.550 (Resolución del Ministerio de Justicia N° 72, del 15 de febrero de 1983) y de la Subcomisión a la que se encomendó la redacción del texto, sancionado en definitiva como ley 22.903.

- Integrante del Grupo de Trabajo constituido en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto para considerar las convenciones celebradas en CIDIP I (Primera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado - O.E.A.) y dictaminar sobre las que se tratarían en CIDIP II (Segunda Conferencia Interamericana) celebrada en Montevideo en 1979).

- Asesor de la delegación argentina que participó en CIDIP II (Resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto N° 1681/78 y Resolución de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires N° 5293/78).

- Redactor, en colaboración con el profesor doctor Antonio Boggiano, de los lineamientos del Proyecto de Convención para actualizar las normas vigentes en América sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, que fuera presentado por la delegación argentina. Su texto obra en “Actas y documentos” de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Edición Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Washington, Volumen III, págs. 345/347.

- Consultor internacional designado por el Ministerio de Justicia de la República de Bolivia para la revisión del Anteproyecto de Ley de Arbitraje, Mediación y Conciliación (1995), sancionado como Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770, el 10 de marzo de 1997.

- Miembro de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia para redactar el Anteproyecto de ley de Arbitraje (Resolución M.J. N° 338 del 11 de mayo de 1998).

- Miembro de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia para el estudio del régimen legal de las sociedades comerciales y los delitos societarios (Resolución M.J. y D.H., N° 112/02), que redactó el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales (2005).

- Coautor con los doctores Carlos J. Colombo, Gustavo Bossert y Lino Palacio del Proyecto de ley sobre Justicia Nacional de Causas de Trámite Abreviado, presentado en la Mesa de Entradas del Senado de la Nación el 4 de marzo de 2005 suscripto por senadores de distintos bloque políticos.

E) Traducciones, notas y comentarios:

- “Los valores mobiliarios brasileños como títulos de crédito” de Waldirio Bulgarelli, en Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1983, págs. 39/62.

- “Notas rectificatorias sobre seguro de crédito y fianza” de Fabio Konder Comparato, en Revista Jurídica Argentina del seguro, la empresa y la responsabilidad, Nos. 13/16, pág. 11.

- Comentario bibliográfico a la “Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada”, de Horacio Roitman, en Rev. La Ley, diario del 17 de octubre de 2006.

- Comentario bibliográfico a “Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado”, de María Elsa Uzal, en Rev. La Ley, diario del 16 de octubre de 2008.

- Comentario bibliográfico a “Reglas y principios del derecho comercial” de Hector Alegria, en Rev. La Ley, diario del 23 de diciembre de 2008.

Cursos y disertaciones:

- Cursillo para graduados sobre “Rendición de Cuentas”, en el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1965).

- Profesor del curso de post-grado sobre “Sociedades Anónimas”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (agosto de 1975).

- Profesor del curso de actualización en Derecho Comercial para graduados, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (mayo de 1979).

- Monografías presentadas a la Cátedra de Derecho Comercial I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, a cargo del doctor Carlos J. Zavala Rodríguez:

-
- Acciones en moneda extranjera (1962).
 - La Comisión de Valores. Fundamentos de la intervención del Estado en los mercados de valores (1963).
 - Las sociedades en formación (1964).
 - Empresas del Estado (1965).
 - “La sociedad de capital e industria ante la ley 16.953”, conferencia en el Centro de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (25 de octubre de 1967).
 - “La persona en el derecho comercial”, disertación en el Centro de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (1972).
 - “Las sociedades accidentales” disertación en la Jornada sobre la ley de sociedades, en el Colegio de Abogados de la Plata (17 de junio de 1972).
 - “Régimen de las sociedades por partes de interés”, disertación en la Asociación de Abogados de Buenos Aires (19 de octubre de 1972).
 - “El lucro en la filosofía del orden práctico”, disertación en el Instituto para la Integración del Saber de la Universidad Católica Argentina (1972).
 - “Transformación de sociedades”, disertación en la Asociación de Abogados de Buenos Aires (23 de julio de 1974).
 - “Las sociedades en formación ante el decreto-ley 19.550”, en el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1975).
 - “Empresa individual de responsabilidad limitada”, en el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1975).
 - “Reflexiones sobre la contratación mercantil”, conferencia en el ciclo organizado por la Asociación de Magistrados de la Justicia Nacional y realizado en el Colegio de Escribanos (17 de julio de 1978).
 - “Las reglas de procedimiento y su actuación en la práctica”, disertación en la Reunión de jueces argentinos y norteamericanos, organizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Embajada de los Estados Unidos de América (27 de agosto de 1979).
 - “Sociedades de Responsabilidad Limitada” y “El iter constitutivo de la sociedad anónima”, exposición en la Mesa Redonda organizada por la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, el 16 de agosto de 1983. Publicada en “Reformas a la ley de sociedades comerciales”, Ed. Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 1983, págs. 17/25.

- “El derecho comercial argentino”, disertación en seminario de la Federación Latinoamericana de Magistrados, realizado en Buenos Aires el 10 de agosto de 1983.

- “Reformas a la ley de sociedades comerciales, arts. 367/383”, disertación en el Colegio de Escribanos (21 de noviembre de 1983).

- “Las reformas al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada en la ley 22.903”, disertación en la Asociación Argentina de Derecho Comparado (4 de noviembre de 1983).

- “El fin social y las responsabilidades del art. 54 de la ley 19.550”, disertación en la Universidad Nacional de Catamarca (4 de abril de 1986).

- “El interés social”, disertación en el Departamento de Integración y Extensión Jurídica, de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (6 de agosto de 1986).

- “Introducción a la problemática jurídica de la empresa”, en la Universidad de Belgrano (19 de setiembre de 1986).

- “El proyecto de Código Unificado de las obligaciones civiles y comerciales”, en el Centro de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (29 de julio de 1987).

- “El empresario y la sociedad de un solo socio. Patrimonio y personalidad”, en el ciclo “Seminario crítico del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial”, organizado por la Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (7 de octubre de 1987).

- “El arbitraje del Tribunal de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en su 25° aniversario”, en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (21 de diciembre de 1987).

- “La unificación del derecho privado y sus límites”, en el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, (31 de mayo de 1989).

- “Homenaje a Isaac Halperín”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (17 de mayo de 1990).

- “Sobre los derechos del consumidor”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (27-5-91).

- “Propuesta de reformas a la ley de sociedades”, disertación en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, (25 de agosto de 1993).

- “Proyectos de reformas a la ley de sociedades”, en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (7 de setiembre de 1993).

- “Las distintas funciones del abogado para la superación del conflicto y la búsqueda de soluciones”, en Jornadas “Hacia un nuevo perfil de la abogacía en una sociedad en cambio”, organizadas por la Corporación de Abogados Católicos (1993).

- “El arbitraje como solución de conflictos societarios. Experiencias”, disertación en el Seminario del Centenario de la Inspección General de Justicia, organizado por el Ente de Cooperación Técnica y Financiera (22 de septiembre de 1993).

- “Bicentenario del Consulado de Buenos Aires”, disertación en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (1994).

- “La problemática actual de la contratación comercial”, disertación en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (1995).

- “Consideraciones sobre la unificación del derecho privado”, disertación ante la reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho (Córdoba, 1995).

- “La sindicación de acciones”, comunicación privada a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (13 de junio de 1996).

- “Orientaciones actuales del derecho comercial”, disertación en el homenaje al profesor Dr. Rodolfo O. Fontanarrosa organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el Colegio de Abogados de Rosario y el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial (21 de octubre de 1996).

- “Primer Congreso de Integración Económica y Régimen Jurídico del Mercosur”, disertación en el Alvear Palace Hotel (30 de noviembre y 1º de diciembre de 1998).

- El derecho comercial en el Proyecto de Código Civil de 1998, disertación en la Pontificia Universidad Católica – Centro de Información Jurídica y Técnicas de la Legislación (4 de octubre de 2000).

- “La sociedad en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998”, en la Jornada sobre “La disciplina societaria, hoy”, organizada por el Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (9 de noviembre de 2000).

- “Premio a la excelencia judicial” (instituido por IDEA y FORES) – Disertación como Presidente del Jurado correspondiente al año 2002, en ocasión de su entrega (publicada en E.D., 2-11-02).

- “La codificación comercial en Iberoamérica”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (2 de setiembre de 2003).

- “Las reformas a la ley de sociedades propuesta por el Anteproyecto de 2003”, en el Club de Abogados de Empresas (25 de marzo de 2004).

- “Lineamientos del Anteproyecto de reformas a la ley de sociedades de 2003”, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (21 de abril de 2004).

- “Las circunstancias y la metodología de la reforma societaria propuesta por el Anteproyecto de 2003”, en la Universidad Argentina de la Empresa (22 de abril de 2004).

- Panelista en las V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado sobre “Sociedades multinacionales: Ley aplicable a sus formalidades de constitución y contralor de funcionamiento” (27 y 28 de agosto de 2004).

- “Prospectiva del derecho legislado”, en las Terceras Jornadas sobre “La codificación: raíces y prospectiva”, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (2 de septiembre de 2004).

- “El futuro del derecho societario”, en el Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 30 de mayo de 2005.

- “Arbitraje societario”, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 28 de septiembre de 2006.

- “El centenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2010).

- “El premio Estímulo”. En la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en ocasión de la entrega del citado premio al autor de la obra sobre “Sociedades profesionales”, el 11 de junio de 2015.

Miembro de instituciones

- Miembro de la Academia del Plata (1978).

- Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1989).

- Director del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, desde su fundación en 1994 hasta 2003.

Distinciones

- Recomendación de la tesis doctoral “Sociedades accidentales o en participación”, para el Premio Facultad (Universidad de Buenos Aires, 1969).

- Miembro del Consejo de Redacción de la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (1980).

- Miembro del Consejo científico de la Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad (1983).

-
- Huésped distinguido de la Ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia (Ordenanza Municipal N° 68/88).
 - Medalla-homenaje del Colegio de Abogados de Junín en las III Jornadas Bonaerenses (27 de octubre de 1988).
 - Socio honorario de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de Morón (setiembre de 1991).
 - Profesor titular emérito U.B.A. (1992).
 - Diploma al mérito Konex, 1996.
 - Profesor emérito U.C.A. (1997).
 - Medalla-reconocimiento de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (1997).
 - Laurel de Plata del Rotary Club de Buenos Aires a la personalidad del año: Jurista (1998).
 - Diploma al mérito Konex, 2006.
 - Konex de Platino, 2006.
 - Premio "A la trayectoria", de la Revista Jurídica El Derecho (2006).
 - Miembro de la Comisión de Honor del XII Congreso Argentino de Derecho Societario (2013).
 - Académico Emérito de la Academia del Plata (2014).

Participación en congresos o jornadas

- Congreso Nacional de Derecho Comercial (Rosario 1969). Ponencia: "Aspectos jurídicos de la contabilidad".
- Representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata ante el Segundo Congreso Panamericano de Derecho de Seguros (5 al 7 de noviembre de 1969).
- Delegado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Resolución F.D. 3577/77) ante el Primer Congreso de Derecho Societario (La Cumbre, Córdoba, 1977).
- Representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires ante el Segundo Congreso de Derecho Societario (Mar del Plata, 1979).

- Representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina ante las Jornadas Rioplatenses de Derecho Comercial (mayo de 1976).

- Representante del Consejo Superior de la Universidad Católica Argentina ante las Primeras Jornadas Nacionales Interdisciplinarias sobre la Empresa (Rosario, 19 al 21 de agosto de 1981). Discurso de clausura publicado en "Primeras Jornadas Nacionales Interdisciplinarias sobre la Empresa", Ed. Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario 1981, págs. 469/476.

- Miembro del Consejo Asesor de las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, realizado en Buenos Aires entre el 10 y el 12 de setiembre de 1981.

- Vicepresidente del Tercer Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras (Universidad Nacional de Rosario -Facultad de Derecho- 14 al 16 de junio de 1984).

- Miembro extraordinario de las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín 13 al 15 de setiembre de 1984). Disertación en el acto de clausura sobre "Contratos asociativos entre empresas".

- Invitado como ponente a las Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil (Caracas 2 al 6 de octubre de 1988).

- Profesor invitado al Simposio Internacional de Derecho Empresarial, realizado por el Colegio de Abogados de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 5 al 8 de setiembre de 1988.

- Miembro del Comité Académico de las V Jornadas Rioplatenses de Derecho, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados del Uruguay (junio de 1989).

- Asesor del Congreso Argentino de Derecho Comercial (Buenos Aires, 24 al 27 de setiembre de 1990), organizado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

- Vicepresidente del Consejo Académico del congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (V Congreso de Derecho Societario), Huerta Grande, Córdoba, 12-16 octubre de 1992.

- Miembro honorario del Congreso de Derecho Comercial en homenaje al Centenario de la Universidad Nacional de La Plata (1997).

- Miembro de la Comisión de Honor y del Consejo Académico del VII Congreso Argentino de Derecho Societario (setiembre de 1998).

- Miembro de la Delegación argentina en el Primer Encuentro de Instituciones Arbitrales del Cono Sur (Santiago de Chile, 29 y 30 de octubre de 1998).

- Miembro del Comité de Honor del VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 4 a 6 de octubre de 2001).

Otros antecedentes

- Integrante del jurado de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, para el concurso sobre "Proyecto de ley nacional de transportes" (1975), que fuera declarado desierto.

- Miembro de la Comisión Asesora designada para establecer el curso de especialización para abogados que aspiren al título de escribano (Resolución F.D. de la U.B.A., N° 6358/79).

- Miembro de la Comisión designada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires para asesorar sobre el desarrollo y coordinación de la enseñanza de las instituciones civiles y comerciales (Resolución N° 10.624/82).

- Miembro de la Comisión Asesora designada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires para dictaminar sobre la división de la asignatura Derecho Comercial (Resolución N° 10.942/82).

- Consejero Titular del Consejo Superior de la Universidad Católica Argentina, por tres períodos de tres años (23 de junio de 1972, 26 de setiembre de 1975, 1° de julio de 1978).

- Miembro de la Comisión de Interpretación y Reglamento de la Pontificia Universidad Católica (14 de julio de 1972).

- Integrante de mesas examinadoras de tesis doctorales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (4 de diciembre de 1978, 12 de diciembre de 1978, 4 de febrero de 1980, 8 de setiembre de 1980, etc.) y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (23 de noviembre de 1976, 18 de junio de 1975, 7 de diciembre de 1979, etc.).

- Integrante de diversos jurados para la carrera docente en las cátedras Derecho Comercial I y derecho Comercial II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; y para concursos de antecedentes y oposición en la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Ciencias Económicas: para profesores adjuntos de Derecho Económico I, diciembre de 1982), en la Universidad Nacional de La Plata (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: para profesor titular, asociado y adjunto de Derecho Comercial I, octubre de 1985; para profesores titulares y adjuntos de Derecho Comercial I y Derecho Comercial II, noviembre de 1988), en la Universidad Nacional de Catamarca (Facultad de Ciencias Económicas: para profesor titular de Derecho Comercial-Sociedades y profesor asociado de Derecho Comercial I, abril de 1986).

- Integrante del Jurado "Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires" (1990, 1993, 1995, 1997).

- Miembro de la Corte Española de Arbitraje (1999).

- Miembro de la Comisión de Títulos de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (2001).

- Integrante del Jurado "Premio Estímulo" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (2006 y 2014).

- Miembro del Jurado "Premio Rodríguez Ribas", de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (2008). ♦

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se complace en rendir un justo reconocimiento a la trayectoria de su Académico Titular doctor Hugo Caminos.

Cumplimos con el ineludible deber de expresar nuestro profundo agradecimiento a quien contribuyó durante veinte años para preservar y profundizar las elevadas metas intelectuales y éticas de esta Corporación.

El doctor Caminos es uno de los más relevantes juristas argentinos, cuya actuación trascendió los límites del país. Pero no todos los grandes juristas tienen una personalidad y una conducta en las cuales impera la nobleza, la buena fe y el señorío. Características todas ellas que, conjuntamente con la sabiduría, prudencia y maestría forjadas en el curso de su vida pública y privada nos permiten avalar la justicia de este reconocimiento.

Antes de ceder la palabra al Académico vicepresidente Jorge Vanossi y a la doctora Lilian del Castillo de Laborde, deseo recordar el particular aprecio que tenía por la persona de nuestro homenajeado el doctor Segundo V. Linares Quintana, quien fue presidente de esta Corporación y miembro de ella a lo largo de cincuenta y siete años. Nos contaba que a comienzos de la década del 50 y cuando fue excluido de los claustros universitarios por no claudicar en su crítica al régimen absolutista que entonces imperaba, fue invitado a continuar su docencia universitaria en la Universidad de Chapell Hill, en Carolina del Norte. En esa ocasión, un joven abogado de la compañía naviera Mur McCormak tuvo la gentileza de gestionar, con suma rapidez, el pasaje que hizo posible el traslado de Linares Quintana. Guardo una fotografía de Linares Quintana, a poco de embarcar, acompañado por sus entrañables amigos, los después Académicos doctores Juan Aguirre Lanari, Alberto Rodríguez Galán y Jorge Whebe. La ausencia del doctor Caminos en la imagen fotográfica no se proyecta sobre nuestro recuerdo y el de aquellos que fueron testigos de su gratitud. ♦

(*) Palabras del Académico Presidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del Académico doctor Hugo Caminos, el 19 de noviembre de 2015.

Buenos Aires, 3 de noviembre de 2015

Al Académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Dr. Gregorio Badeni

Presente

De nuestra mayor consideración:

Por medio de la presente, la Fundación Konex adhiere a la sesión pública en reconocimiento a la trayectoria del Dr. Hugo Caminos.

Este es un merecido homenaje a su persona y su labor en materia de Derecho.

El Dr. Hugo Caminos ha recibido el Premio Konex 1996, año en el que fueron distinguidas las personalidades más importantes de las Humanidades Argentinas.

Por la relación que lo une a nuestra Fundación, celebremos este acontecimiento.

Lo saluda muy atentamente,

Dr. Luis Ovsejevich

Presidente

HOMENAJE AL ACADÉMICO DR. HUGO CAMINOS

POR JORGE R. VANOSSI (*)

Referirse a la destacada personalidad del Académico Dr. Hugo Caminos es poner de relieve una densidad y una calidad de valores que nos sitúan en presencia de un gran maestro del Derecho Internacional, cuya trayectoria múltiple y completa lo conduce a un pináculo que no sólo lo consagra en nuestra patria sino que lo proyecta al plano universal y lo destaca entre los más egregios cultores de esa rama del Derecho Público.

Nacido en Buenos Aires en 1921, graduado de abogado en 1942 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, “alma mater” ésta en la que obtiene el título de Doctor en Jurisprudencia años después (1964). Sus inquietudes de perfeccionamiento lo conducen a proseguir en las aulas de la Universidad de California (USA), tanto en las sedes de Berkeley y Los Ángeles, donde establece relación con el eminente Profesor Hans Kelsen entre los años 1945 y 1946, para extender su horizonte hacia el “New York School for Social Research” en este último año; siempre cultivando el área de las Relaciones Internacionales con infatigable empeño y alta precisión.

Con esa aptitud, vocación y dedicación, con la permanencia en el tiempo y la presencia protagónica en múltiples espacios, no debe extrañar que ocupara sucesivamente importantes funciones diplomáticas y en los organismos internacionales, tales como:

- Jefe del Departamento de Organismos Internacionales, 1971-1972 y Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1972-1973.

- Miembro del Grupo Nacional Argentino de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, 1962-1976.

(*) Disertación del Académico Vicepresidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del Académico doctor Hugo Caminos, el 19 de noviembre de 2015.

- Director Adjunto de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Naciones Unidas, Nueva York, entre mayo de 1974 y setiembre de 1981.

- Embajador de la República Argentina en la República Federativa del Brasil, desde setiembre de 1981 a junio de 1984.

- Subsecretario de Asuntos Jurídicos y Consultor Jurídico en la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., desde junio 1984 hasta agosto de 1994. Debo destacar la asidua y fecunda presencia del Embajador Caminos a las sesiones bianuales del Comité Jurídico Interamericano (órgano de la OEA con sede en Río de Janeiro) de la que doy fe de esa positiva colaboración que corroboré durante los ocho años de pertenencia a ese cuerpo jurídico. Caminos siempre nos iluminaba en los complejos temas a tratar.

- Representante de la Argentina en los XXVI y XXVII períodos de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1971 y 1972 (Sexta Comisión: Asuntos Jurídicos).

- Miembro de la delegación argentina a la continuación del XI período de sesiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Nueva York, diciembre 1982.

- Culmina su carrera como Juez del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, con sede en Hamburgo.

No menor ha sido su desempeño destacado en la actividad docente y académica, entre la que merece subrayarse sus funciones de:

- Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; Profesor Adjunto, 1956-1957; Profesor Asociado, 1958-1962; Profesor Titular, 1963-1987; Profesor Emérito, 1988.

- Profesor en el Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto: Derecho Internacional Público, 1963; Organización Internacional, 1967 e Instituciones Internacionales, 1972.

- Cursos y seminarios sobre temas de Derecho Internacional en las siguientes sesiones del Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya: Buenos Aires (1972-1986); México (1979); Brasilia (1984) y Bogotá (1989).

- Cursos y seminarios de UNITAR sobre Derecho Internacional y Derecho del Mar.

Amén de ello, el dictado a su cargo de cursos regionales en Caracas (1973), Bangladesh (1976), Nassau (1977); numerosos cursos especiales para las Naciones Unidas en New York y en Ginebra; así también en Estados miembros de la ONU, en Suriname, Libia, Cabo Verde, Guinea Bissau; como en nuestro país y en casi todas las Naciones hermanas del Continente, desde el extremo norte hasta el extremo sur; para trascender a otros mundos, como el Europeo en las sesiones del Instituto de Derecho Internacional (Dijon, Helsinki, Basilea, Santiago de Compostela, Milano, Lisboa, Estrasburgo, Berlín, Tesalónica); ocupándose y preocupándose de los más vastos temas de su materia, siempre con gran sentido de la actividad en los problemas a encarar en tiempos contemporáneos.

Veamos algunos:

- Usos militares en el mar (Grecia).
- Protección de la gobernanza democrática (La Haya).
- Protección de los refugiados (Buenos Aires).
- Declaración de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá).
- Movimiento de las personas a través de las fronteras (Francia).
- Criminalidad Transnacional (Italia).
- Establecimiento de un Tribunal Criminal Internacional (Vancouver, Canadá).
- Intervención Humanitaria (Arabia Saudita).

Es imposible enumerar la cantidad y calidad de sus participaciones en reuniones y seminarios en los más variados rincones de la Tierra. ¡Su presencia cosmopolita nos abruma en el más excelso sentido de la palabra!

Capítulo especial merece la mención de algunas de las Instituciones Científicas a las que pertenece: Institut de Droit International, Asociado en 1979 y Miembro desde 1983 hasta el presente; Miembro del Curatorium International del Instituto de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de Tesalónica, elegido para cubrir la vacante dejada por el Profesor Haroldo Valladao de 1987 hasta el presente; Miembro de la International Law Association (Rama Argentina); Consejero en el CARI: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales; American Society of International Law; Asociación Argentina de Derecho Comparado; Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos

Aires desde 1995, habiéndose incorporado en la sesión pública del 11 de julio de 1996 con su discurso sobre “La intervención humanitaria ante el derecho internacional”; Miembro correspondiente de UNIDROIT, Asociación Latinoamericana de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales (Ginebra), desde 1996.

En cuanto a su producción escrita, me resulta físicamente imposible enumerar su vastísima obra; compuesta de libros, ensayos, estudios y demás trabajos de profunda erudición, que son fiel testimonio de su sapiencia, claridad mental y rigor metodológico, que asombran al lector y al estudioso de la materia, por la notable capacidad de síntesis y la coherencia sistémica que está presente sin excepciones. Estoy hablando de decenas y decenas de trabajos; de los que no puedo omitir la mención de su Tesis Doctoral acerca de “La Unión Postal de las Américas y España y el Transporte Marítimo Internacional de la Correspondencia” (Buenos Aires, 1964, Facultad de Derecho, UBA); y las obras colectivas de “Liber Amicorum” tributadas al brillante colega uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga (1994), el análogo homenaje brindado a Gunter Jaenike (1998) y el tan sentido recuerdo a la memoria del compatriota que fuera Presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya Dr. José María Ruda, que también fue miembro de esta Academia.

Por último, mención especialísima a la copiosa producción de Hugo Caminos en torno al tema del Derecho del Mar. Una pasión intensísima y un esfuerzo inconmensurable lo condujeron a abrazar esta temática con miras a su aporte en la elaboración de una normativa integral que cubriera todos los aspectos de un capítulo fundamental del Derecho Internacional de nuestro tiempo. A partir del llamado “tratado de los tratados” o Convención de Viena sobre el régimen jurídico de esos actos internacionales, parecía imparable la marcha hacia una suerte de “codificación” de los más conspicuos aspectos de esa rama del Derecho con vertientes universales.

Y allí estuvo nuestro homenajeado de hoy. Dedicación “full time” a ese objetivo, que por sus frutos se puede juzgar como un verdadero acto y producto de legítimo orgullo, por él y para todos los amigos que admiramos su dimensión científica y su calidad humana. Es explicable, entonces, que una considerable porción de su bibliografía la haya volcado Hugo Caminos para esclarecer el tema y la interpretación de su regulación legal por la ya famosa Convención. Debemos tributarle nuestro aplauso por tan encomiable tarea; y nos disculpamos por no individualizar uno por uno sus escritos y publicaciones abarcativas de ese gran capítulo jurídico.

Quiero cerrar estas palabras, trayendo a colación el destino de la “Convención”, que finalmente pasó a formar parte del cuerpo legislativo de la República Argentina. No es para lamentar, pero sí es para apenar por la mora.

No podemos dejar de señalar que el trámite aprobatorio de la Convención del Derecho del Mar tuvo sus episodios temporales propios de la tradicional lentitud que practica nuestro país, no obstante la relevante trascendencia que revestía ese documento para los efectos de una paulatina codificación a través de sucesivos ítems propios del área del derecho internacional público.

La empeñosa labor de los elaboradores de la Convención del Derecho del Mar —en cuya tarea era destacable la participación siempre lúcida y lucida de nuestro compatriota Hugo Caminos— hacía creíble que fuera incorporada a nuestro bagaje jurídico con la mayor prontitud posible. También debía ser entendido así, habida cuenta de la enorme extensión de nuestro frente marítimo, de obvia importancia estratégica y económica.

La Convención había sido adoptada por las Naciones Unidas en New York al cabo de la redacción del texto culminado en Montego Bay, a partir del 10 de diciembre de 1982, para su adhesión por los Estados. ¡Todo un cuerpo legal de 320 artículos! Pero si bien la República Argentina estampa su firma el 5 de octubre de 1984, cuando faltaban tan sólo dos meses para la fecha del vencimiento de las adhesiones (o sea, el 10 de diciembre de ese año 1984), tuvieron que transcurrir once años (sic) para que se dictara la ley nacional N° 24.543, que fue objeto de una promulgación tácita o de hecho con fecha 17 de octubre de 1995: un injustificado desdén.

La tardanza fue atribuible en su momento al hecho de la introducción por parte del Gobierno Nacional de las reservas atinentes a la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur como partes integrantes de nuestro territorio y el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención, con fecha 28 de julio de 1994.

No podemos dejar de señalar —para dejar a salvo que se intentó evitar la tan prolongada tramitación— que en la publicación del “Trámite Parlamentario” N° 128, de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, págs. 350 y 351, del 15 de diciembre de 1986 había tenido entrada en ese cuerpo parlamentario el proyecto de ley de nuestra autoría tendiente a la aprobación de la “Convención sobre el Derecho del Mar” con fotocopia autenticada del original depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Más de una década se habría ganado si tan importante tema hubiera sido objeto de inmediato estudio y aprobación por las Comisiones de la Cámara con incumbencias al respecto y en conexión con la Cancillería.

Lo arriba relatado es anecdótico, aunque refleja la dejación de las jerarquías ministeriales por las prioridades que deberían ser atendidas debida y oportunamente.

Señoras y señores:

Lo importante y destacable es la valiosísima participación del gran jurista Hugo Caminos, desde la gestación de la Convención del Derecho del Mar hasta su tan merecida nominación en el Tribunal Internacional creado para la defensa de las normas establecidas. Toda una vida volcada con abnegación al progreso del Derecho. Bien puede aplicarse al Académico hoy homenajeado la certera afirmación latina: QUAE PERSTAT UINCIT (“el que dura vence”). ♦

EL *LIBER AMICORUM* EN HONOR DE
HUGO CAMINOS

EL VALOR DE LA AMISTAD EN LA
TRAYECTORIA DEL ACADÉMICO HUGO
CAMINOS

POR LILIAN DEL CASTILLO (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,

Señores Presidentes de otras Academias Nacionales,

Distinguidos Académicos,

Señoras y señores,

1. Deseo agradecer al señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y al cuerpo académico la invitación para participar en esta sesión pública en reconocimiento a la trayectoria del Académico Hugo Caminos.

2. Mi vinculación con Hugo Caminos es de muy larga data, porque comienza con el curso de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el que fue mi profesor. No terminó allí, sino que esa fue sólo la primera y decisiva parte para mí, porque definió mi orientación hacia el Derecho Internacional Público. Luego de mi graduación, continué asistiendo a sus cursos e ingresé luego como ayudante por concurso en su cátedra, de la que formaban parte además otros excelentes profesores, el Dr. Ernesto Hermida y el Dr. Roberto Guillermo

(*) Disertación de la integrante del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a la trayectoria del Académico doctor Hugo Caminos, el 19 de noviembre de 2015.

Moncayo. Fueron años de participar en las actividades de la cátedra y del Instituto de Derecho Internacional Público de la Facultad, y de ascender gradualmente en la carrera docente en la Facultad.

3. Su vida tomaría después el rumbo internacional en el que se destacaría en la función diplomática, como funcionario de organizaciones internacionales y como juez del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, en una larga y destacadísima carrera que ya nos permitió apreciar el Dr. Vanossi en su exposición. Sin embargo, si bien desempeñando prolongadas tareas en el exterior, Hugo Caminos mantuvo siempre su vínculo con el país y con quienes lo veíamos cuando se presentaban oportunidades de encontrarlo, ya sea en la Facultad de Derecho, en la OEA, en cursos o conferencias, es decir, las ocasiones en las que se encuentran quienes tienen una misma vocación y se dedican a una misma especialidad.

4. En 2011, cuando Hugo Caminos terminó su segundo período como Juez del Tribunal del Derecho del Mar (1996-2011), organizamos en la Facultad de Derecho un seminario sobre Derecho del Mar, al que asistieron destacados especialistas como el Profesor Tullio Treves, en el que rendimos como Profesor Emérito de la Facultad un bien merecido homenaje. Sin embargo, en esa ocasión tuve el convencimiento de que ese acto, si bien necesario y merecido, no era suficiente para poner de relieve no sólo una trayectoria destacada, sino la enorme red de vinculaciones personales que dan densidad y riqueza a nuestra vida. Pensé entonces que había llegado el momento de invitar a esas personas distribuidas en todo el mundo a demostrar su amistad en un volumen en su honor, y ese fue el origen del *Liber Amicorum* que ahora tenemos el agrado de presentar aquí. Para desarrollar la iniciativa conté con el apoyo de un grupo destacadísimo de Editores Honorarios, los profesores Marcelo Kohen, Francisco Orrego Vicuña, Bernard H. Oxman, Tullio Treves y Rüdiger Wolfrum, y la aceptación para publicarlo de Brill Publisher, la casa editorial de la Corte Internacional de Justicia de La Haya y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar de Hamburgo.

5. Un *Liber Amicorum* es una colección de ensayos elaborados por colegas amigos y ellos fueron los convocados para integrar este volumen, muchos de ellos jueces en el Tribunal del Mar, otros amigos de la docencia y la academia, todos unidos por el denominador común de la amistad. No fue sorprendente, entonces, que se hayan compilado nada menos que cuarenta y dos capítulos, a pesar del razonable límite de treinta fijado por la editorial, que obligó a hacer una lista restringida de autores. Los ensayos que forman el libro ocupan 764 páginas y tratan temas variados e innovadores, siempre con gran nivel académico, cada uno de ellos un presente valioso para el homenajeado, Hugo Caminos. Hagamos entonces

un recorrido por el contenido del libro, la esencia del *Liber Amicorum*, que se tituló *The law of the sea. From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*.

6. Considerando algunos inevitables datos formales, observamos que con relación al idioma utilizado treinta y siete contribuciones se redactaron en inglés y cinco en francés. En cuanto a la distribución geográfica de los autores, comenzando por nuestro país, siete son los autores argentinos, por orden alfabético: Agustín Blanco Bazán, Lilian del Castillo, Pablo Ferrara, Marcelo Kohen, Ariel Mansi, Fernanda Millicay y Susana Ruiz Cerutti. Otros siete especialistas pertenecen a países de la región, a saber, Edison González-Lapeyre (Uruguay), María Teresa Infante Caffi (Chile), Jeanette Irigoín Barrenne (Chile), Rafael Nieto-Navia (Colombia), Francisco Orrego Vicuña (Chile), Jean-François Pulvenis de Séligny-Maurel (Venezuela) y Luis Valencia-Rodríguez (Ecuador). Finalmente, veintiocho trabajos pertenecen a autores de diversos países y continentes, dando como resultado una obra que, si bien reconoce un énfasis latinoamericano que supera el 30% de los ensayos, es internacional en su perspectiva general.

7. El *Liber Amicorum* está organizado en doce Partes. La Parte 1 corresponde a la Introducción, escrita por el profesor Bernard H. Oxman, que realiza en su laudatio una cálida descripción del homenajeado.

8. La Parte 2 comprende la perspectiva histórica, encabezada por la figura dominante de Hugo Grocio —que comparte su nombre con nuestro homenajeado—, e incluye siete capítulos. En ellos, Jeannette Irigoín Barrenne presenta el trabajo del jurista chileno Andrés Bello, quien anticipó que los estados ribereños deberían ejercer mayores derechos sobre las aguas adyacentes a sus costas, y reflejó parcialmente esa visión al colaborar en la redacción del Código Civil de Chile. Christopher Pinto analiza no sólo la doctrina específica sobre el régimen de los mares desarrollada por Hugo Grocio sino también su concepto de una comunidad de Estados gobernada por principios generales que, según su pensamiento, regían la sociedad internacional en su conjunto. Harry N. Schreiber explora luego en profundidad cómo la “doctrina de la abstención,” referida específicamente a las pesquerías de la alta mar, puede limitar la libertad de los mares. Tullio Scovazzi analiza el interés de los Estados en ejercer cada vez más soberanía sobre los espacios marítimos, lo que en el último siglo se concretó en la forma de nuevas zonas marítimas bajo control estatal. Tullio Treves, por su parte, describe de qué manera las decisiones de los tribunales internacionales influyeron e influyen en el desarrollo del moderno derecho del mar. Rüdiger Wolfrum concluye esta Primera Parte con el análisis de la libertad de navegación desde una perspectiva histórica, ofreciendo un agudo análisis de los desafíos que se derivan para su ejercicio de las limitaciones derivadas de medidas adoptadas

por el Consejo de Seguridad y por la Organización Marítima Internacional, entre otras organizaciones.

9. La Parte 3 está dedicada a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y comienza con las breves pero relevantes reflexiones de Tommy Koh al cumplirse en 2014 los treinta años de su entrada en vigor. En el capítulo siguiente Marcelo Kohen considera con su habitual rigurosidad la situación de las aguas interiores en la perspectiva de la Convención, un tema tan sensible como poco abordado por la doctrina. Annick de Marffy ofrece un interesante análisis sobre el papel de la Secretaría de las Naciones Unidas en la aplicación de la Convención. Esta Parte concluye con el excelente análisis de Luis Valencia-Rodríguez sobre la contribución de los estados latinoamericanos al desarrollo del moderno derecho del mar.

10. Las Partes 4 a 12 tratan temas específicos del Derecho del Mar. La Parte 4 está dedicada a las Regiones Polares, un ámbito particular para la aplicación de la Convención. En el primer capítulo la editora de este volumen realiza algunos comentarios sobre la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Caza de Ballenas en la Antártida*, una decisión meritoria pero en mi opinión insuficientemente fundada. Philippe Gautier dedica su ensayo al complejo tema del ejercicio de jurisdicción en la Antártida. Finalmente, el análisis que desarrolla Ariel Mansi sobre el sistema de inspección establecido por la Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos Antárticos demuestra su experiencia en la materia.

11. La Parte 5 aborda algunos de los ámbitos más novedosos regulados por la Convención: los recursos del lecho y el subsuelo marinos más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales. En el primer capítulo Pablo Ferrara considera la jurisdicción universal para dirimir cuestiones de daño ambiental por operaciones en el Área. En el capítulo siguiente, Fernanda Millicay realiza un relevante y creativo análisis del Principio de Patrimonio Común de la Humanidad que consagra la Parte XI de la Convención y su aplicación a las comunidades biológicas de los fondos marinos, un nuevo desafío para el Derecho del Mar.

12. La Parte 6 considera las Islas y los Estados Archipelágicos. Vincent Cogliati-Bantz realiza un original análisis del régimen legal especial que se aplica a las aguas archipelágicas, mientras que Antonio Remiro-Bretons describe islas con singularidad histórica y jurídica, así como los efectos de la emergencia de nuevas islas y la proyección de rocas antes ignoradas como generadoras de espacios marítimos.

13. La Parte 7 está dedicada a la libertad de navegación de la alta mar y su relación con el comercio, el uso de la fuerza y la responsabilidad de los Esta-

dos. Agustín Blanco-Bazán desarrolla de manera detallada la responsabilidad del Estado de bandera y del Estado costero en situaciones que producen daño ambiental, que coloca en última instancia bajo la cobertura del artículo 300 de la Convención. Nilufer Oral explora el choque entre el bloqueo naval y la libertad de navegación a la luz del incidente de la Flotilla de Gaza del 31 de mayo de 2010. Por su parte Roberto Virzo analiza con solvencia la competencia de los Estados costeros con respecto a la seguridad de la navegación marítima tanto en la Zona Económica Exclusiva como en la Alta Mar.

14. La Parte 8 aborda la patología de la libertad de navegación, la piratería. Angela Del Vecchio elabora un razonado análisis del caso del *Enrica Lexie* entre India e Italia, luego abordado por el Tribunal del Mar, especialmente en relación con la decisión de la Corte Suprema de la India. Yoram Dinstein examina a su vez los elementos que distinguen a la piratería de la participación en conflictos armados. Edíson González Lapeyre ofrece una innovadora perspectiva sobre cómo considerar la piratería en su conjunto, mientras que Helmut Tüerk realiza una interesante propuesta sobre cómo enfrentar la piratería. Finalmente, James L. Kateka describe con idoneidad los aspectos jurídicos de la piratería en las costas de África Occidental y de Somalía.

15. La Parte 9 está dedicada a casos recientes de delimitación marítima. David H. Anderson analiza ágilmente decisiones judiciales recaídas en la última década sobre delimitaciones marítimas con respecto a la aplicación de los artículos 15 (delimitación de mar territorial), 74 (delimitación de ZEE) y 83 (delimitación de plataforma continental) de la Convención. Gudmundur Eirikson, por su parte, examina detalladamente la delimitación en la Bahía de Bengala. La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre el límite marítimo entre Chile y Perú es estudiada desde diferentes perspectivas por María Teresa Infante Caffi y por Francisco Orrego Vicuña. Rafael Nieto-Navia realiza un equilibrado análisis de la decisión, también de la Corte Internacional de Justicia, recaída en el caso entre Nicaragua y Colombia. Esta Parte concluye con un análisis de los casos de delimitación de la Plataforma del Mar del Norte por parte Jin-Hyun Paik, que los considera el origen del principio de prolongación natural del territorio aplicado a la plataforma continental.

16. La Parte 10 del *Liber Amicorum* se refiere al Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Cierra de este modo la parábola del título, “De Grocio al Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, que se extiende por casi cuatro siglos desde la publicación en 1609 del *Mare Liberum* de Grocio hasta la puesta en funcionamiento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en 1996. En primer lugar, Jean-Pierre Cot formula una inquietante pregunta, reflexionando sobre la implicancia de un posible fraude al Tribunal en el caso del *M/V Louisa*. Luego, Miguel García García-Revillo

analiza rigurosamente la naturaleza jurídica y la personalidad del Tribunal. Finalmente, Tafsir Malick Ndiaye aborda calificadamente el alcance de la relevante competencia consultiva del Tribunal.

17. La Parte 11, sobre Solución de Controversias, incluye 5 contribuciones. Bing Bing Jia argumenta sobre el requisito de la *terra nullius* en la doctrina de la ocupación efectiva en relación con la disputa entre China y Japón sobre las Islas Diaoyu/Senkaku en el Mar de China. Kamal Hossain toma en cuenta la aplicación de arreglos provisorios contemplados en la decisión arbitral de 2007 sobre el caso de Guyana-Surinam. La falta de delimitación de la plataforma continental del Golfo Pérsico es una situación potencialmente conflictiva que analiza debidamente Djamchid Momtaz. Asimismo, el papel de los acuerdos regionales de pesca en las disputas sobre pesquerías son analizadas por Jean-Francois Pulvenis. Susana Ruiz Cerutti, por su parte, proporciona valiosas deducciones sobre la exitosa aplicación del mecanismo de solución de controversias de la Convención en el caso de la Fragata Libertad (Argentina v. Ghana).

18. Por último, la Parte 12 está dedicada a los cables submarinos, que si bien son fundamentales para las comunicaciones internacionales carecen de un régimen integral que abarque las diferentes zonas en que se encuentran, a saber, el alta mar, la plataforma continental y el mar territorial, un tópico desarrollado con amplia solvencia por Thomas A. Mensah en el capítulo final.

Completan el volumen la lista de casos nacionales e internacionales citados en el libro y el índice temático que facilita la búsqueda de temas.

19. A modo de conclusión:

Como dijo Baltasar Gracián, “Cada uno muestra lo que es en los amigos que tiene” (Baltasar Gracián y Morales, 1601-1658, *El Criticón*). Este acto lo demuestra acabadamente. Los amigos aquí reunidos envuelven con su amistad a nuestro homenajeado, Hugo Caminos.

Me siento honrada como colega y amiga de participar en este reconocimiento a su trayectoria, una trayectoria enriquecida por los principios que siempre la guiaron y que nunca ha abandonado, ni abandonará, y reconfortada por haber podido realizar este bien merecido homenaje del *Liber Amicorum* en su honor.

Muchas gracias. ♦

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

POR HUGO CAMINOS (*)

Es un gran honor recibir el reconocimiento de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a mi trayectoria docente y profesional.

Mi agradecimiento al doctor Gregorio Badeni, impulsor de esta iniciativa y a todos mis colegas académicos.

Agradezco las expresivas palabras del doctor Jorge Vanossi, sustentadas en una vieja amistad puesta a prueba durante mis largas ausencias del país. Sus propuestas para mi incorporación a esta Corporación, así como mi designación como Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires fueron presentadas por el doctor Vanossi y aceptadas mientras me encontraba en el exterior.

Tengo una deuda de gratitud con la Profesora Lilian del Castillo de Laborde por su Libro de Homenaje. Estudiante y colaboradora en mi cátedra de la Facultad de Derecho, asumió una difícil tarea en recuerdo de su viejo profesor.

Mi especial reconocimiento a los miembros del Cuerpo Honorario de Editores del Libro de Homenaje, Profesores Marcelo Kohen, Francisco Orrego Vicuña, Tullio Treves, Bernard H. Oxman y Rüdiger Wolfrum, todos renombrados internacionalistas.

Mi sincero agradecimiento a los cuarenta y dos colaboradores, especialistas en derecho internacional, de distintos países de África, Asia, las Américas, Europa y Oriente por sus artículos, fruto de sus investigaciones sobre temas de derecho del mar.

Finalmente, quiero recordar a tres maestros cuya influencia está presente en mis trabajos escritos, en mi docencia y en mi desempeño en organismos internacionales.

(*) Palabras de agradecimiento del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de reconocimiento a su trayectoria, el 19 de noviembre de 2015.

Hace setenta años, en la Universidad de California, en Berkeley, me iniciaba en el estudio del Derecho Internacional Público con el Profesor Hans Kelsen. Es la rama del derecho positivo a la que el gran jurista vienés aplicó su teoría pura del derecho. La ciencia del derecho internacional, como rama de la ciencia del derecho, es una ciencia normativa y se distingue de las ciencias naturales, de la sociología y de otras ciencias normativas como la moral, la ética y la política. Sólo debe trabajar con métodos jurídicos. Las clases de Kelsen eran una fuente de inspiración.

Con el doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga mantuve estrechos vínculos personales y profesionales. Fue juez y presidente de la Corte Internacional de Justicia en tiempos en que esta atravesaba días difíciles por la falta de casos. Ello lo decidió a volver a la actividad privada al término de su mandato.

En 1991, siendo abogado de Dinamarca en el asunto del paso por el estrecho de Gran Belt, promovido por Finlandia ante la Corte Internacional, tuve el privilegio de colaborar con él en la preparación de las observaciones escritas del Reino de Dinamarca relativas al pedido de medidas provisionales. En su presentación fue muy generoso conmigo pues citó varias veces mi curso sobre el régimen de los estrechos en la Academia de La Haya en 1987.

Por último, recuerdo a Philip Jessup, mi gran profesor en la Universidad de Columbia. Hacia el final de la década de los años 70, ya retirado de la docencia, a su pedido me reuní con él en Nueva York, para hacerle conocer los nuevos desarrollos del derecho del mar en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas.

Cierro mis palabras, citando a Kelsen en su clase de despedida en Berkeley, en 1952. Dijo el maestro: “No puedo decir qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la Humanidad ansía alcanzar. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede progresar la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”. ♦

VI
COLABORACIONES, DECLARACIONES,
CONSULTAS Y DICTÁMENES

PROPUESTA PARA QUE EL DOCTOR ROBERTO CARLÉS CUBRA UNA VACANTE EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sesión privada extraordinaria del doce de febrero, el Cuerpo aprobó la respuesta que se transcribe a continuación:

Señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,

Doctor Franco Picardi

De mi mayor consideración:

En mi carácter de presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tengo el agrado de dirigirme al señor Subsecretario con el objeto de contestar el requerimiento que formuló a esta Corporación por Nota SsRPJyAP No 420/15 del 29 de enero del corriente año.

En ella, solicita a nuestra Academia que, si lo estima pertinente, emita una opinión fundada sobre la propuesta del Dr. Roberto Manuel Carlés para cubrir la vacante producida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Considerando que el Estatuto de la Academia establece, entre sus atribuciones, la de evacuar las consultas que sobre las materias de su especialización le formulen, entre otros, los poderes públicos (art.3o, inc. 5o), se resolvió convocar a sus miembros de número a la sesión extraordinaria del 12 de febrero del corriente año en la cual, por decisión unánime se resolvió:

1. Uno de los móviles esenciales que impulsan a la asociación en el seno estatal es la justicia cuya concreción, en un sistema político democrático constitucional, está estrechamente relacionada con el concepto de libertad. Así, cuando fue sancionada nuestra Constitución Nacional, se entendió que la mejor herramienta para la vigencia y defensa de ese ideal por parte del Estado reside en un órgano gubernamental independiente

al cual se le encomienda el ejercicio de la función judicial. A ese órgano, que es el Poder Judicial y cuya jefatura fue asignada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se le atribuye la responsabilidad de velar por la vigencia de la vida democrática, mediante el control que ejerce sobre el poder político y la corrección de todos aquellos excesos con los cuales se vulneran los derechos individuales y sociales ya que, en definitiva, la función jurisdiccional es la que mejor define el carácter jurídico del Estado constitucional.

Tal circunstancia pone de manifiesto que, para dar cumplimiento al legado de nuestros constituyentes, no es suficiente con establecer formalmente la estructura de la Corte Suprema de Justicia e integrar sus cuadros. Además, para afirmar la existencia del Poder Judicial como órgano de poder, corresponde asegurar su funcionamiento independiente de las presiones políticas, sociales y sectoriales, teniendo presente que los jueces, y por añadidura los miembros de la Corte Suprema de Justicia no sólo son intérpretes de la Ley Fundamental, sino también sus servidores. No son simplemente los integrantes de un organismo técnico de administración de justicia, sino de un órgano de poder cuya envergadura es similar a la que tienen los órganos legislativo y ejecutivo del gobierno cuando ejerce su función específica de resolver los conflictos sujetos a su competencia mediante la aplicación de la ley.

En el marco de esta concepción, nuestra Ley Fundamental aspira a que se cumpla el papel institucional de la Corte Suprema de Justicia y que sus integrantes no sean simples ejecutores de la política diagramada por los órganos legislativo y ejecutivo, sino componentes de un organismo de control que, actuando con total independencia en el ejercicio de sus funciones, constituya una barrera infranqueable para la salvaguarda de las libertades civiles y públicas.

Semejante exigencia requiere que la cobertura de las vacantes en la Corte Suprema de Justicia esté precedida por un intercambio de opiniones entre las fuerzas políticas, las agrupaciones sociales comprometidas institucionalmente, las academias nacionales y los sectores jurídicos más representativos, para consensuar cuál es el perfil técnico e institucional que debería tener el futuro integrante de la Corte Suprema de Justicia, sin que ello implique un previo acuerdo sobre la persona del candidato. En otras palabras, forjar cierto grado de consenso que permita aventar el riesgo de la ausencia de legitimidad como fundamento de los cuestionamientos que se emitirán sobre la conformación de la Corte Suprema de Justicia, y que pueden traer aparejado el desprestigio y deterioro de la autoridad judicial.

Lamentablemente, la búsqueda de ese consenso a través del intercambio de ideas de manera pública y siguiendo una línea de política arquitectónica fue soslayada. Es cierto que los jueces de ese Tribunal son elegidos por el presidente de la República con acuerdo de los dos tercios de los miembros presentes del Senado (art. 99, inc. 4o, C.N.), y que el Poder Ejecutivo invita a la ciudadanía a emitir su opinión sobre las cualidades de la persona que propone para la cobertura de la vacante (Decreto No 222/03), pero ello no es óbice para que, y con mayor razón en el marco de una grave encrucijada política, se procure forjar un acuerdo mediante el diálogo democrático que permita delinear las características que debería presentar, para incrementar la excelencia de la Corte Suprema, el futuro candidato que proponga el Poder Ejecutivo.

Esta Academia considera que los cargos públicos que prevé la Constitución no deben permanecer vacantes y que deben ser cubiertos como ella lo dispone. Pero también estima que, considerando el sensible deterioro institucional operado en la República, corresponde restablecer la vigencia de ese debate democrático antes de individualizar y proponer un candidato.

2. El artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes del país son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Ella consiste en la aptitud intelectual y moral que tiene una persona para desempeñar con excelencia un cargo público. Si bien el artículo 111 de la Constitución Nacional establece cuáles son las calidades requeridas, específicamente, para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, a ellas se añade la calidad genérica de la idoneidad.

En la concepción doctrinaria de nuestra Constitución, el recaudo de la idoneidad está consubstanciado con el sistema republicano, donde la discrecionalidad arbitraria de los sistemas autoritarios cede frente a la razonabilidad resultante de las aptitudes técnicas y morales. Esa idoneidad es una condición ineludible cuya acreditación se requiere en cada caso concreto y un recaudo permanente, una especie de estado en el cual deben permanecer quienes ejercen cargos públicos, en cualquier tramo de su escala.

El análisis de los antecedentes presentados por el candidato, y sin perjuicio de alguna inexactitud y de datos irrelevantes insertados en ellos, pone en evidencia su particular predisposición hacia la docencia e investigación universitaria al margen de la profundidad que debe revestir la práctica del derecho por parte de quien aspire a integrar la magistratura judicial, y con mayor razón, la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el candidato propuesto pone de manifiesto en la enunciación de sus ante-

cedentes que no ha ejercido regularmente el arte de abogar, ni la función judicial. Tal circunstancia genera serias dudas sobre si, en el caso concreto, se da fiel cumplimiento al artículo 111 de la Constitución que impone, para ser juez de la Corte Suprema, revestir la calidad de abogado de la Nación con ocho años de ejercicio. Al establecer ese requisito la Constitución pone de manifiesto que aspira a que los jueces de la Corte Suprema de Justicia sean expertos en derecho, con una trayectoria cuya excelencia sea indudable, requisito que no impone a los jueces inferiores pues emana de la legislación reglamentaria dictada por el Congreso Nacional.

En el caso del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo, esta Academia considera que a partir del momento en que accedió a la calidad de abogado mediante su inscripción en la matrícula federal o provincial, no desarrolló una actividad vital en el derecho que permita verificar su excelencia en el ámbito correspondiente al ejercicio del derecho tal como lo exige la Constitución en su artículo 111. Todo ello importa concluir que el candidato propuesto por el Poder Ejecutivo no reúne las calidades que permitan aseverar su idoneidad técnica para integrar el Tribunal que ejerce la jefatura del Poder Judicial Nacional.

Saludo al señor Subsecretario con mi consideración más distinguida.

Roberto E. Luqui

Académico Secretario

Gregorio Badeni

Académico Presidente

PRESIONES ILEGÍTIMAS DEL PODER EJECUTIVO A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sesión privada del catorce de mayo, el plenario autorizó a la Mesa Directiva a elaborar un texto ante las presiones ilegítimas del Poder Ejecutivo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular en perjuicio del juez decano del Alto Tribunal, Carlos S. Fayt.

El texto se transcribe a continuación:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifiesta su profunda preocupación por el grave daño institucional que acarrea para la República las presiones ilegítimas ejercidas por algunos funcionarios del Poder Ejecutivo nacional y legisladores nacionales sobre el Poder Judicial en su calidad de órgano constitucional independiente que ejerce el poder jurisdiccional del Estado, sobre la actuación de algunos magistrados judiciales, y en particular, sobre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su juez decano el doctor Carlos Fayt.

En una república democrática, cabe exigir a los ciudadanos y a los funcionarios públicos que los representan, que guarden el debido respeto hacia las autoridades en general. Todos ellos son susceptibles de quedar sometidos a críticas y opiniones adversas a sus actos gubernamentales. Otro tanto acontece con los magistrados judiciales, incluyendo a la Corte Suprema de Justicia en su carácter de titular del Poder Judicial (art. 108 CN). En un régimen pluralista, nadie puede ser privado de su derecho de crítica y de expresar su disconformidad con las decisiones judiciales y administrativas que adoptan los jueces, e incluso sobre su conducta privada y pública cuando no se compadece con los valores éticos de una democracia constitucional y, con mayor razón, cuando se traducen en actos ilícitos.

Pero se vulneran los límites que, sobre el particular, emanan de la racionalidad republicana cuando, acudiendo a comportamientos que no están avalados por la ley, se procura descalificar arbitrariamente, de manera grosera y sin el menor reparo impuesto por la honorabilidad, a un magistrado judicial cuestionando su idoneidad ética o técnica con argumentos pueriles que ocultan una finalidad de política agonal que en modo alguno

se compadece con la necesidad de restablecer la solidez institucional de la República.

Tal es, precisamente, lo que acontece con la insólita avanzada que se desarrolla en perjuicio del juez de la Corte Suprema de Justicia, doctor Carlos Fayt. La pretensión de verificar su idoneidad para el cargo que desempeña, sobre la base de arteras e inaceptables presunciones resulta insostenible en el ámbito del Estado de Derecho que impone nuestra Ley Fundamental.

Resulta evidente que, ciertos sectores políticos, aspiran a provocar la renuncia o remoción del juez Fayt. Lo primero, mediante el agravio personal y discriminatorio con la esperanza de mellar la fortaleza anímica del destinatario acarreado su apartamiento voluntario del cargo, considerando su estado de salud física que, en modo alguno, le impide ejercer eficientemente la función que desempeña merced a su indiscutible aptitud intelectual.

Cabe recordar que, para promover un juicio de remoción para un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, corresponde dar fiel cumplimiento a los preceptos constitucionales que regulan la materia, así como también al Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación y al Reglamento Interno de su Comisión de Juicio Político. Este último, como condición ineludible, exige en su art. 7 que se impone una denuncia explícita en cuya formulación el autor debe determinar cuál de las causas previstas en el art. 53 de la Constitución Nacional es el fundamento de su petición, y describir claramente cuáles son los hechos atribuidos al magistrado que motivan su pedido, como también cuáles son las pruebas que ofrece para acreditar sus aseveraciones. Por otra parte, ese art. 7° del Reglamento establece que la Comisión de Juicio Político carece de iniciativa para promover la remoción de los funcionarios sujetos al juicio de remoción. Sólo si se cumplen los recaudos formales y materiales de la denuncia, y su ratificación por el autor, la Comisión está habilitada para decidir si corresponde, o no, dar curso a la petición sustanciando el sumario correspondiente. Asimismo, concluido el sumario y la producción de las pruebas ofrecidas, con la previa notificación e intervención del funcionario cuestionado, la Comisión puede solicitar al plenario de la Cámara de Diputados que se demande, ante el Senado de la Nación, la remoción de ese funcionario mediante la decisión de una mayoría compuesta por los dos tercios de sus miembros presentes. Sin embargo, al no darse cumplimiento a estos presupuestos, mal se puede pretender el apartamiento de su cargo del doctor Fayt, y con mayor razón, la aspiración eugenésica y discriminatoria de someterlo a un examen destinado a determinar su idoneidad intelectual para el cargo.

Sobre el particular, y con cierta cuota de malicia destinada a confundir al ciudadano, se invoca el art. 99, inc. 4°, de la Constitución que, en principio, establecía que el mandato de los jueces cesa a la edad de 75 años. Sin embargo nada se dice de que la Corte Suprema de Justicia, el 19 de agosto de 1999, declaró la inconstitucionalidad de esa cláusula, introducida con la reforma constitucional de 1994, por entender que su incorporación no había sido autorizada por la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional, y además, importaba una alteración de la garantía referente a la inamovilidad de los jueces impuesta por el art. 110 de la Constitución, cuya reforma tampoco estaba autorizada. Al haberse excedido la Convención reformadora de 1994, el límite de edad resultante del art. 99, inc. 4°, de la Ley Fundamental carece de vigencia y es inaplicable a cualquier magistrado judicial. En modo alguno se puede cuestionar jurídicamente la decisión de la Corte Suprema, en su carácter de intérprete final de todas las normas jurídicas, que, en varias oportunidades, se expidió sobre la inconstitucionalidad de las reformas o declaraciones de necesidad de reformar a las constituciones provinciales.

Esta Academia, en el caso concreto del juez Fayt, advierte el desenvolvimiento de un proceso de desconstitucionalización, que se aparta no sólo de las reglas que deben imperar en un Estado de Derecho, sino también de los principios más elementales de la ética general, y de la ética republicana en particular. No solamente se agravia injustificadamente, y con cierto grado de cobardía oculta por el anonimato, a un distinguido jurista con las secuelas que acarrea para el respeto de sus sentimientos más íntimos y su honorabilidad, sino también porque configura un nuevo eslabón de la extensa cadena del deterioro institucional que padece la República.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires apela a la sensatez republicana que debe ser consolidada en la cultura democrática de los ciudadanos y sus representantes políticos, para el retorno al cauce de la ley, de la tolerancia y el respeto institucional evitando los desvaríos forjados para desconocer nuestra teleología constitucional.

Buenos Aires, 15 de mayo de 2015.

Roberto E. Luqui
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente

PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

En la sesión privada del veinticinco de junio, la Presidencia informó que la Corporación recibió una propuesta de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas para elaborar una declaración conjunta sobre el tema de referencia. Los presentes acordaron participar de la iniciativa, bajo la coordinación del académico Luqui y sobre la base de la posición que la entidad ha expresado en anteriores ocasiones. La académica Kermelmajer de Carlucci expresó que se abstenía de pronunciarse en virtud de su opinión contraria a la postura de la Corporación en el tema bajo examen.

A continuación, se transcribe la declaración de referencia:

Las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires hacen pública su discrepancia con el “Protocolo para la atención integral de personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” (abril de 2015), publicado por el Ministerio de Salud de la Nación. Este documento, que supone la implantación de reglas de cumplimiento en todo el ámbito de la Nación, dispone la desprotección absoluta de la persona por nacer, lo que contradice normas nacionales (legales y constitucionales) y tratados internacionales. El Protocolo avasalla, además, el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud.

Resulta contradictorio que la vida humana intrauterina quede sin protección, teniendo en cuenta, entre otras normas, que el reciente Código Civil y Comercial Unificado, aprobado en 2014 por el Congreso de la Nación, con vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, establece en su art.19 que “la existencia de las personas comienza con la concepción”. También vulnera tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994. Es de lamentar que se haya consagrado en el texto del nuevo Protocolo un inexistente “derecho a la interrupción legal del embarazo”.

El Protocolo ahora dictado a través del Ministerio de Salud establece la prohibición a los profesionales intervinientes de acercarse a la madre co-

mentarios o consejos, o aportarle soluciones o apoyos que puedan llevarla a reflexionar y decidir llevar adelante su embarazo. Ante el pedido de abortar se obliga al médico a proceder sin demora. Tampoco se le exige a la madre ninguna denuncia previa ni prueba de la violación, si ese fuera el motivo alegado para intentar encuadrar el aborto en excusas absolutorias del Código Penal que, en rigor, han perdido vigencia a partir de la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño y demás instrumentos de jerarquía constitucional que amparan la vida desde la concepción. Por otro lado, el profesional queda obligado a guardar total confidencialidad, inclusive con el padre biológico de la criatura, aún si éste fuera el propio marido. Tampoco puede suministrar información a los padres de la embarazada que solicita el aborto, cuando ésta tenga entre 14 y 18 años de edad.

En ese marco claramente inconstitucional e ilegal, el aborto será libre en cualquier etapa de la gestación.

El Protocolo se refiere a la persona por nacer como el “resultado de la gestación”, excluyendo palabras como “persona”, “ser humano”, “niño” o aún “feto”. Una vez que se le ha quitado la vida en el seno materno, se le llama “el material extraído”.

El Protocolo no respeta el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud. Reconoce solamente la objeción de conciencia individual, notificando previamente su voluntad por escrito a las autoridades del centro de salud. Asimismo, “los profesionales objetores, aunque hayan notificado previamente su voluntad de abstenerse, están obligados a cumplir con el deber de informar a la mujer sobre su derecho a acceder a una interrupción legal del embarazo. En ese caso el profesional debe remitirla inmediatamente a un profesional no objetor para que continúe la atención. De no existir alguien encuadrado en esa categoría, debe realizar la interrupción; es decir, que no puede invocar su objeción para eludir el deber de practicar el aborto.

El derecho de los objetores se fundamenta en la libertad de conciencia, reconocida y garantizada en nuestra Constitución Nacional. Esa libertad se encuentra reconocida en varios tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional por imperio de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental, pudiendo mencionarse entre ellos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado ampliamente el derecho a la objeción de conciencia que abarca no sólo las convicciones religiosas sino también las creencias personales más íntimas. Además, reconoció que la libertad de conciencia tiene indudable jerarquía constitucional. Así, en Fallos: 214:139, sostuvo que la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales.

Conforme a todo lo expuesto, es de esperar que el poder administrador deje sin efecto el Protocolo o, en caso contrario, que el Poder Judicial lo declare inconstitucional.

Buenos Aires, 2 de julio de 2015.

Gregorio Badeni
Presidente Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
de Buenos Aires

Manuel A. Solanet
Presidente Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

PROPUESTA PARA QUE LOS DOCTORES EUGENIO SARRABAYROUSE Y DOMINGO SESÍN CUBRAN VACANTES EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sesión privada del doce de noviembre, el Presidente informó que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación invitaba a la Corporación a emitir una opinión fundada sobre las propuestas de los doctores Eugenio Sarrabayrouse y Domingo Sesín para cubrir vacantes en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A continuación se transcribe el texto de la respuesta aprobado por unanimidad de los presentes:

Señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,

Doctor Nicolás Soler

PRESENTE

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme al señor Subsecretario, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con el objeto de satisfacer el requerimiento formulado en sus atentas cartas del 29 de octubre ppdo.

En las cartas citadas, se solicitó a esta Academia una opinión fundada ante las propuestas de los doctores Eugenio Carlos Sarrabayrouse y Domingo Juan Sesín para ocupar sendos cargos como jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con el objeto de responder a su requerimiento, y en el marco de lo establecido por los artículos 2º, inciso 1), y 3º, inciso 3), del Estatuto de esta Academia, sus miembros de número fueron consultados en la sesión celebrada en el día de la fecha.

Al respecto, y por decisión unánime de sus miembros presentes, esta entidad considera, a la luz de una interpretación racional de nuestra Constitución, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no cuenta todavía con dos vacantes entre sus miembros. El juez Carlos Fayt anunció que su retiro se producirá a partir del 11 de diciembre, por lo que las propuestas efectuadas resultan prematuras, así como también que esta Academia se expida sobre los antecedentes de los candidatos propuestos.

La Ley Fundamental le reconoce al órgano ejecutivo de gobierno las facultades de proponer a los candidatos que deberían ocupar las vacantes, cuando ellas se producen, en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en caso de obtener el acuerdo del H. Senado de la Nación, de proceder a su designación. Sin embargo, esta Academia estima que es inoportuna la propuesta, formulada en vísperas de la conclusión del mandato del titular de ese órgano gubernamental.

Esta conclusión, basada sobre los principios substanciales de prudencia y ética republicana, que determinan tanto el contenido como una interpretación intelectualmente honesta de la Constitución Nacional, tiende a evitar eventuales conflictos que se puedan generar sobre la validez y legitimidad del proceso para la cobertura de las vacantes en nuestro más Alto Tribunal, con la consecuente inseguridad jurídica y desarticulación institucional que podrían acarrear.

Por tales razones, esta entidad observa las propuestas de los doctores Sarabayrouse y Sesín.

Saludo al señor Subsecretario muy atentamente.

Gregorio Badeni

Académico Presidente

PROPUESTA PARA QUE EL DOCTOR HORACIO ROSATTI CUBRA UNA VACANTE EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Buenos Aires, 22 de diciembre de 2015

Señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,

Señor Juan Bautista Mahiques

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme al señor Subsecretario, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con el objeto de responder al requerimiento formulado en su atenta carta del 16 de diciembre del corriente año.

En la carta citada, el señor Subsecretario le solicitó a esta Academia Nacional que emitiera una opinión fundada con respecto a la propuesta del Doctor Horacio Daniel Rosatti para cubrir una de las vacantes producidas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su pedido se adecuó a lo establecido por el artículo 7º del decreto N° 222/2003.

Con el objeto de responder a su requerimiento, y en el marco de lo establecido por los artículos 2º, inciso 1), y 3º, inciso 3), del Estatuto de esta Academia, fueron consultados los integrantes de su Mesa Directiva.

Teniendo en cuenta las áreas de especialización profesional abordadas por el candidato, sus antecedentes difundidos por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y su reciente nombramiento como Académico Correspondiente por la Provincia de Santa Fe de nuestra Corporación, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera, conforme a una interpretación teleológica y sistemática de los artículos 16 y 111 de la Constitución Nacional, que el Doctor Horacio Daniel Rosatti reúne las cualidades jurídicas y éticas necesarias para asumir el cargo de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Saludo al señor Subsecretario muy atentamente.

Gregorio Badeni

Académico Presidente

PROPUESTA PARA QUE EL DOCTOR CARLOS ROSENKRANTZ CUBRA UNA VACANTE EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Buenos Aires, 22 de diciembre de 2015

Señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,

Señor Juan Bautista Mahique

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme al señor Subsecretario, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con el objeto de responder al requerimiento formulado en su atenta carta del 16 de diciembre del corriente año.

En la carta citada, el señor Subsecretario le solicitó a esta Academia Nacional que emitiera una opinión fundada con respecto a la propuesta del Doctor Carlos Fernando Rosenkrantz para cubrir una de las vacantes producidas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su pedido se adecuó a lo establecido por el artículo 7º del decreto N° 222/2003.

Con el objeto de responder a su requerimiento, y en el marco de lo establecido por los artículos 2º, inciso 1), y 3º, inciso 3), del Estatuto de esta Academia, fueron consultados los integrantes de su Mesa Directiva.

Teniendo en cuenta las áreas de especialización profesional abordadas por el candidato y sus antecedentes difundidos por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera, conforme a una interpretación teleológica y sistemática de los artículos 16 y 111 de la Constitución Nacional, que el Doctor Carlos Fernando Rosenkrantz reúne las cualidades jurídicas y éticas necesarias para asumir el cargo de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Saludo al señor Subsecretario muy atentamente.

Gregorio Badeni

Académico Presidente

ÍNDICE

ANALES 2015

I. INCORPORACIONES

Palabras de apertura por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni.....	3
Discurso de recepción por el Académico doctor Jorge R. Vanossi	5
<i>Tratado de Derecho de Sucesiones.</i> Disertación pronunciada por el doctor Augusto Ferrero Costa, en oportunidad de su incorporación como Académico correspondiente en Perú, en la sesión pública del 23 de abril de 2015	9
Palabras de apertura por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	15
Discurso de recepción por el Académico doctor Alberto Rodríguez Varela	17
<i>Fundamentos filosóficos del principio de legalidad.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Siro M. A. De Martini, en oportunidad de su incorporación como Académico titular, en la sesión pública del 28 de mayo de 2015	25

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Desnaturalización o decadencia del contrato.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 9 de abril de 2015.....	49
<i>Modelo sindical y recientes fallos de la Corte Suprema. Impacto en la dinámica de las relaciones colectivas y en la representación gremial en la empresa.</i> Comunicación del Académico doctor Daniel Funes de Rioja, en la sesión privada del 14 de mayo de 2015	59

<i>Limitaciones a la administración y disposición de los bienes gananciales en el nuevo Código Civil y Comercial.</i> Comunicación del Académico doctor Eduardo Sambrizzi, en la sesión privada del 11 de junio de 2015.....	93
<i>La “contractualización” de la prueba en el derecho ambiental argentino.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci.....	127
<i>¿Reforma judicial: políticas públicas? (Un umbral hacia las políticas de Estado).</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 23 de julio de 2015.....	141
<i>El principio de la reparación justa en la responsabilidad del Estado. ¡Justicia distributiva o justicia conmutativa!</i> Comunicación del Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 13 de agosto de 2015	165
<i>Responsabilidad del principal por daños causados por sus dependientes o personas de las que se sirven para el cumplimiento de sus obligaciones.</i> Comunicación del Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 27 de agosto de 2015.....	179
<i>Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 10 de septiembre de 2015	211
<i>El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa.</i> Comunicación del Académico doctor Alfonso Santiago, en la sesión privada del 24 de septiembre de 2015.....	229
<i>Reflexiones sobre el orden público.</i> Comunicación del Académico doctor Roberto E. Luqui, en la sesión privada del 8 de octubre de 2015.....	243
<i>Consideraciones acerca del concepto jurídico de “muerte digna” (Luego del fallo de la CSJN en el caso Marcelo Diez).</i> Comunicación del Académico doctor Siro M. A. De Martini, en la sesión privada del 22 de octubre de 2015	265

<i>La terapia génica, la clonación y “las prácticas prohibidas” en el nuevo Código Civil y Comercial (artículo 57).</i> Comunicación del Académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 12 de noviembre de 2015.....	285
<i>El proceso monitorio.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 26 de noviembre de 2015.....	303
<i>Contratos por adhesión en el Código Civil y Comercial. Algunos comentarios.</i> Comunicación del Académico doctor Rafael M. Manóvil, en la sesión privada del 3 de diciembre de 2015.....	319

III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	347
Instituto de Derecho Civil	351
Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” ...	12
Sección de Derecho Penal del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”	353
Instituto de Derecho Empresarial	355
Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial	357
Instituto de Derecho Procesal	359
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....	361
Instituto de Derecho Tributario	363

IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

- El inicio de la vida y la protección jurídica del embrión.* Disertación del Académico doctor Siro M. A. De Martini, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Inter-académica sobre “Principio y Fin de la vida humana”, del 22 de mayo de 2015, organizada por la Academia Nacional de Medicina junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Periodismo 367
- Eutanasia, distanasia o ensañamiento terapéutico en la ley.* Disertación del Académico doctor Eduardo Sambrizzi, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Inter-académica sobre “Principio y Fin de la vida humana”, del 22 de mayo de 2015, organizada por la Academia Nacional de Medicina junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Periodismo 375
- Palabras de apertura por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni, en la Jornada Inter-académica sobre “La pobreza. Realidad y tratamiento”, del 15 de octubre de 2015, organizada por la Academia Nacional de Medicina junto con las Academias Nacionales de Periodismo, Ciencias Morales y Políticas, Educación y Ciencias Económicas 383
- Marginalidad, pobreza y la cuestión del trabajo no registrado.* Disertación del Académico doctor Daniel Funes de Rioja, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Inter-académica sobre “La pobreza. Realidad y tratamiento”, del 15 de octubre de 2015, organizada por la Academia Nacional de Medicina junto con las Academias Nacionales de Periodismo, Ciencias Morales y Políticas, Educación y Ciencias Económicas..... 385

V. HOMENAJES

<i>Homenaje al Académico doctor Horacio A. García Belsunce</i> , en el acto público de reconocimiento a su trayectoria, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, celebrado el 7 de mayo de 2015. Palabras de apertura del Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	403
Disertación del doctor Enrique Bulit Goñi	405
Disertación del Académico doctor Alberto Rodríguez Varela	411
<i>Homenaje al Académico doctor Jaime L. Anaya</i> , en el acto público de reconocimiento a su trayectoria, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, celebrado el 29 de octubre de 2015. Palabras de apertura del Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	421
Disertación del Académico doctor Alberto Rodríguez Varela	425
Disertación del Académico doctor Héctor Alegria	431
Palabras de agradecimiento del Académico doctor Jaime L. Anaya ...	439
<i>Homenaje al Académico doctor Hugo Caminos</i> , en el acto público de reconocimiento a su trayectoria, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, celebrado el 19 de noviembre de 2015. Palabras de apertura del Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	463
Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi	467
Disertación de la doctora Lilian del Castillo de Laborde.....	473
Palabras de agradecimiento del Académico doctor Hugo Caminos ...	479

VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Dictamen sobre la propuesta para que el doctor Roberto Carlés cubra una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación	483
Dictamen sobre las presiones ilegítimas del Poder Ejecutivo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación	487

Declaración sobre el protocolo para la atención integral de personas con derecho a la interrupción legal del embarazo	491
Dictamen sobre la propuesta para que los doctores Eugenio Sarra- bayrouse y Domingo Sesin cubran vacantes en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	495
Dictamen sobre la propuesta para que el doctor Horacio Rosatti cu- bra una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación	497
Dictamen sobre la propuesta para que el doctor Carlos Rosenkrantz cubra una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación	499

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. SEPTIEMBRE DE AGOSTO DE 2016
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

