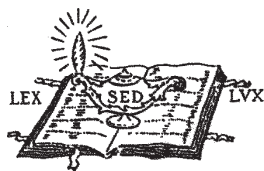


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LIII - NUMERO 46
2008



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

I.S.B.N.: 978-987-03-1357-1

**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*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 46

SERIE II – OBRAS

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

- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII 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.

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.*

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 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.*

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

- *Descentralización Productiva*

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 PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Julio César Otaegui

Vicepresidente

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Secretarios

Académico Dr. Santos Cifuentes

Académico Dr. Héctor Alegria

Tesorero

Académico Dr. Jorge H. Alterini

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. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
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 setiembre 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. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegría	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Biliboni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 setiembre 2008

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Saúl Litvinoff	EE.UU. de A.	22 agosto 2002
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
Dr. Francesco Galgano	Italia	25 agosto 2005
Dra Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Arguás
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles

Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver

Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

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

I

INCORPORACIONES

PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y miembro de esta Corporación, doctor Julio H. G. Olivera; señor académico Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y miembro de esta Corporación, doctor Gregorio Badeni; señores académicos ex presidentes de esta Academia, doctores José D. Ray, Horacio A. García Belsunce y Alberto Rodríguez Galán; señora y señores académicos; señor académico recipiendario, Roberto Enrique Luqui, señora Irma Aguirre de Luqui; señoras y señores:

En esta sesión, recibirá el diploma y la medalla acreditante de su condición el señor académico Roberto Enrique Luqui, ya incorporado al cuerpo en una sesión privada anterior. Tras ello, el señor académico Gregorio Badeni hará la presentación pública, y finalmente, el señor académico Luqui nos brindará una disertación.

El sentido de esta ceremonia es el siguiente: La Academia Nacional de Derecho es una academia de ciencias, destinada a la investigación del Derecho, con algunos toques de Academia de Letras, porque el Derecho debe ser expuesto en buen lenguaje, y con algunos toques de Academia de Artes, porque el Derecho es fundamentalmente el arte de lo bueno y lo ético.

Dentro de sus tareas, la Academia no se agota en el trabajo interno, en las comunicaciones, en el intercambio de ideas entre sus miembros, pues

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Roberto E. Luqui, el 8 de mayo de 2008.

también se proyecta al exterior, al servir a la República mediante la defensa de las Declaraciones, Derechos y Garantías de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Este es el simbolismo de este acto.

Por eso en este acto se entregará al señor académico Luqui el diploma y la medalla acreditante de su condición, por eso en este acto se harán públicos sus antecedentes, y por eso en este acto nos va a brindar una disertación.

La Academia se proyecta y no trabaja sólo internamente, sino que sirve a la República, y eso es lo que estamos significando con esta ceremonia.

Señor académico, quiera usted recibir el diploma y la medalla que lo acreditan en tal condición, y bienvenido a esta Casa.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR GREGORIO BADENI (*)

En esta sesión pública se me ha discernido el alto honor de presentar al Doctor Roberto Luqui con motivo de su incorporación como miembro de número de nuestra Academia. Es un privilegio que asumo, procurando soslayar la amistad que me une al beneficiario, para referirme, objetivamente, a la merecida distinción que le confirieron los miembros de esta Academia por su profunda y constante labor científica, desplegada particularmente en el área del Derecho Administrativo mediante una actividad interdependiente como publicista, docente universitario y funcionario público.

El académico Horacio García Belsunce destaca que, para integrar esta Corporación, no es suficiente considerar la sabiduría y conocimientos de un jurista. A la dignidad intelectual se debe añadir la dignidad en la vida, porque el académico debe ser ejemplo de virtud y actuar siempre con señorío. En sentido similar, el académico José Domingo Ray advierte que, para ser académico, se debe apreciar la aptitud para exaltar los valores morales en la ineludible búsqueda científica del bien común basado sobre el imperio de la virtud y la verdad, sin mengua de la cuota razonable de subjetividad propia de la libertad de pensamiento.

Las circunstancias de la vida me llevaron a seguir muy de cerca la trayectoria del Doctor Luqui. A lo largo de los años y de las penosas vicisitudes institucionales del país, pudimos conocer la nobleza de sus principios e ideas, sus sacrificios, su cordialidad, su equilibrio, tenacidad y firmeza de carácter. También su culto por la amistad, rescatando el mensaje de Santo

(*) Discurso de recepción del Académico Roberto E. Luqui, en la sesión pública del 8 de mayo de 2008.

Tomás de Aquino cuando escribía que, entre las cosas del mundo ninguna hay que dignamente se puede preferir a la amistad.

Ese conocimiento me permite afirmar que Luqui posee el conjunto de cualidades intelectuales, científicas y morales que avalan la dignidad académica. Gregorio Marañón decía que lo esencial para cumplir con rigurosa excelencia nuestra misión científica y social no es la actitud, sino la afición. Palabra ésta que Marañón ajustaba a su sentido estricto de amor al objeto elegido y de ahínco y eficacia de ese amor. Un hombre pleno de aptitudes para una faena determinada, no la realizará si no la quiere, si no está aficionado de ella, aunque su talento e inteligencia sean sobresalientes. Afición, vocación, es amor al deber. Al deber impuesto por el propio y espontáneo amor a lo elegido. A la investigación, a la ciencia, a la verdad, al bien común, al progreso intelectual y espiritual.

En tal sentido, el académico Segundo V. Linares Quintana enseña que la condición primaria y esencial que debe satisfacer el investigador científico es poseer auténtica y firme vocación, cuyo cumplimiento ha de constituir el objeto primordial de sus afanes. Añadiendo, con razón, que alcanzar el nivel académico comporta el coronamiento del ejercicio de una vocación científica. Honrosa distinción que impone el deber de continuar ejerciendo la vocación con el mismo amor, dedicación y perseverancia con que lo ha sido hasta ese momento.

La conducta de Luqui en la vida, su espíritu recoleto que no se compadece con el exhibicionismo y la frivolidad, su vehemencia intelectual, su dedicación científica, seguramente fueron forjadas por sus dos principales maestros. Dos destacados juristas. Por una parte su padre, el Doctor Juan Carlos Luqui, y por la otra, una de las figuras más señeras del Derecho Administrativo, el Doctor Rafael Bielsa. Ellos signaron su línea de conducta como científico del derecho, como docente, como eximio artífice del arte de abogar y como ciudadano intachable. Produjeron un hombre de carácter que sabe decir no cuando lo impone su conciencia y decir sí cuando es justo y equitativo. Un hombre que, siguiendo la advertencia de Plutarco, es plenamente consciente que la atrofia de muchos individuos y pueblos tiene su origen en no saber decir no en las dramáticas circunstancias que se presentan en la vida.

Nuestro nuevo académico se recibió de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde también obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Su tesis doctoral, "El Derecho Ad-

ministrativo y la Cláusula del Progreso en la Constitución Nacional”, fue calificada de sobresaliente y recomendada al Premio Facultad por un Jurado integrado con prestigiosos juristas como Jorge Tristán Bosch, Bartolomé Fiorini y Alberto Padilla.

Ejerció y ejerce intensamente la abogacía con singular probidad y apego a la ética profesional. Simultáneamente, ejerció la docencia universitaria siendo reconocido como uno de los especialistas más destacados y creativos en el ámbito del Derecho Administrativo. Entre 1964 y 1973 fue Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Entre 1966 y 1976 fue Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se desempeñó como Director del Instituto de Derecho Administrativo “Profesor Rafael Bielsa”; Profesor Adjunto de Derecho Administrativo hasta 1976 en que fue designado Profesor Titular interino, culminando el cursus honorum docente con su designación, en 1982, como Profesor Titular por concurso de Derecho Administrativo, habiendo desempeñado el cargo hasta 1998.

Su labor intelectual mereció numerosas distinciones. Citaremos solamente las más recientes obtenidas en 2006. El Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por su libro “Revisión Judicial de la Actividad Administrativa” y el Diploma al Mérito en Humanidades -área Derecho Administrativo- otorgado por la Fundación Konex.

Fue Asesor Legal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Asesor General del Rectorado de la Universidad de Buenos Aires, y en dos oportunidades, Secretario Académico de la Universidad de Buenos Aires, cargo al cual renunció en 1982, por elementales razones éticas, para presentarse al concurso de Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de esa Universidad.

Su breve desempeño en la Subsecretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia de la Nación, entre 1979 y 1981, merece ser destacado porque Luqui fue el precursor en el país de la informática jurídica a través de la creación del Servicio Argentino de Informática Jurídica que prosigue funcionando en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Su obra fue el modelo adoptado por entidades tanto públicas y privadas y desarrollado por sus discípulos. Los resultados del desafío que asumió el Doctor Luqui contribuyeron decisivamente a la modernización del sistema de justicia.

vamente para incrementar la seguridad jurídica, tal como lo advertimos diariamente al constatar cuáles son las normas jurídicas vigentes y sus contenidos.

Al concluir su brillante tarea, procuró sintetizarla publicando el libro titulado "Informática Jurídica". En él destacó, que la instalación en el país de un sistema de informática jurídica respondió a la necesidad de resolver el problema que acarreaba la falta de información precisa sobre el derecho vigente. Se trataba de una preocupación que había sido expuesta por muchos juristas, legisladores y funcionarios, aunque algunos no pudieron resolver el problema y otros lo hicieron en forma parcial, generalmente mediante reglamentaciones fruto de una patológica vocación legislativa. Destacaba que no pretendía sostener que legislar era un pecado, por el contrario, se trata de una misión casi divina. El pecado consiste en legislar mal o en demasía con la consecuente inseguridad jurídica, casi tan nociva como la injusticia. Rebatiendo las críticas que había merecido su proyecto, señalaba que hay ciertos progresos en la ciencia y la tecnología que encierran un misterio al que el hombre teme, del que siempre sospecha y frente al cual opone lógica prevención. Prevenciones comprensibles, pero que deben ser superadas afrontando el desafío que representa el progreso. En definitiva, para Luqui, negar la importancia de la informática jurídica era ubicarse a contramano del progreso y cobijarse en la mediocridad que tan bien describiera José Ingenieros.

Al acometer esa monumental labor, a igual que otros desafíos, Luqui, sin descuidar el nivel académico y sin guiarse por los ritmos o modas del oportunismo, siempre logró transmitir con suma claridad su personal explicación jurídica a colegas, docentes universitarios, funcionarios públicos y alumnos, sobre aquello que aparentaba constituir un cenáculo exclusivo para los especialistas.

Como publicista, Luqui se caracteriza por el dominio de los temas que aborda, por su rigor metodológico, por su estilo claro, conciso y expuesto en el lenguaje cotidiano. En sus libros e innumerables artículos publicados en el país y en el extranjero, las opiniones jurídicas de Luqui fluyen con particular sensatez, franqueza y respeto por el disenso. En su obra, se advierte que Luqui participa del particular dinamismo que presentan los estudios del Derecho Administrativo. Tales estudios, como bien lo puntualiza el académico Juan Carlos Cassagne, permiten observar cómo sus normas y principios se desenvuelven en un proceso de formación constante que, con cierta celeridad, desplaza fórmulas que se creían inmutables.

Antes de concluir esta presentación, y en la hora de recibir sus lauros académicos, es justo señalar el mérito que corresponde, en el triunfo intelectual del Doctor Luqui, a su digna esposa, a sus hijos y sus nietos que supieron proporcionarle el clima de amor y serena alegría, indispensables para que el éxito corone la tarea científica.

Doctor Luqui, su incorporación enriquece a esta Academia y nos honra al saldar una deuda hacia su persona y su obra, así como también hacia las ciencias jurídicas y sociales que conforman el objeto de nuestra Corporación. Al brindar el saludo oficial de recepción, ruego se compensen las deficiencias en que pude haber incurrido, con la alegría que experimentamos al darle la bienvenida.

EL ORDEN Y LA SEGURIDAD COMO VALORES DEL DERECHO

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI

Agradezco a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales la distinción que me confirió al designarme miembro titular de la institución, nombramiento que atribuyo a la generosidad con que fueron valorados mis trabajos en materia jurídica. A este honor se agrega otro que recibo por obra de la Providencia, y es ocupar el sitio que tiene como patrono a don José Manuel Estrada, un prócer de nuestra República a quien siempre admiré, a punto tal que de haber podido elegir un sitio, ese hubiese sido el que me fue asignado, porque Estrada constituyó un arquetipo de humanista, de educador y de hombre público.

Es difícil resumir en pocas palabras lo que representa la figura de José Manuel Estrada para los que compartimos sus principios y seguimos sus enseñanzas. Más aún, quienes no tuvieron los mismos ideales, igualmente reconocieron su talento y la ejemplaridad de su conducta. Fue un prócer indiscutido, que hizo de la libertad un verdadero apostolado. Autor de varios libros, entre los cuales se destacan “Catolicismo y democracia” —escrito cuando sólo tenía veinte años— “Ensayo histórico sobre la revolución de los Comuneros del Paraguay en el siglo XVIII”, “Lecciones de historia argentina”, “La Política Liberal bajo la tiranía de Rosas”, “Curso de derecho constitucional”, a los cuales se deben agregar una innumerable cantidad de artículos, lecciones, conferencias, además de los memorables debates parlamentarios que sostuvo, donde trató en ellos los temas más variados, pero, siempre tuvo como numen a la libertad, por la cual luchó con todas sus fuerzas y su talento.

(*) 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 8 de mayo de 2008.

Fue historiador, jurista, político y, sobre todo, maestro, el modelo de lo que debe ser un maestro, como lo prueba el hecho de haber despertado tanta admiración entre sus discípulos, que es el mejor patrón con que se pueden medir las cualidades de un educador. Pero, por sobre todas estas virtudes, que fueron muchas y muy valiosas, tuvo una que, a mi juicio, resalta aún más su personalidad: el coraje con que defendió sus ideales.

Luchador incansable y hombre de fe, enseñó no sólo con sabiduría, sino también con el ejemplo. No existió en él un solo sentimiento de especulación. Desdeñó los halagos y los oropeles mundanos que suelen seducir a los hombres. Cuando sus alumnos fueron a expresarle su solidaridad, luego de haber sido echado injustamente de todos los cargos que desempeñaba, les dijo: *“El sacrificio es fortísimo, porque engendra austeridad y habitúa a la pobreza: es decir, que hace invencibles a los hombres”*. Sabias palabras, pues, no existe fortaleza mayor que la del espíritu. Las ansias de poder, de dinero y de fama debilitan la moral, despiertan la codicia y muchas veces envilecen a las personas, por eso quienes las desprecian se convierten en seres invulnerables.

Estrada sólo conoció el esfuerzo. Fustigó siempre la pereza y el egoísmo. Decía que *“Dios nos da la vida para el trabajo; para el descanso nos dará la tumba”*. Nunca se doblegó ante la adversidad. Sabía que lo importante no es el triunfo temporal, sino la satisfacción de haber actuado de conformidad con los dictados de la conciencia. Por eso advirtió a sus discípulos: *“se nos pide luchar, no vencer”*, pensamiento coincidente con la idea de Goethe, de que *“lo que importa al hombre activo es obrar bien; que lo consiga o no, no debe preocuparle.”* (1).

Esta es una lección de vida. No se pueden quejar de sus desventuras quienes critican la decadencia cívica y social, las malas leyes, los actos de arbitrariedad estatal, la corrupción, y a la hora de enfrentarse con el poder o con los factores de poder se hacen los desentendidos y mantienen una pasividad total. Son igualmente merecedores de reproche los que abusan del poder, como los que consienten mansamente esos abusos, los que callan por conveniencia, los que no luchan. En este sentido reflexionaba Estrada: *“Una sociedad republicana necesita la preocupación constante de la cosa pública; necesita vigilar, hora por hora, instante por instante, la*

(1) GOETHE, Johann Wolfgang máxima 100, “Obras Completas”, Ed. Aguilar, Madrid, 1950, t. I, p. 307.

marcha de sus poderes, advertirles de su error, criticarlos, juzgarlos, rectificar su dirección y enderezar sus senderos”.

Estrada tenía una idea muy clara de lo que es una república y supo transmitirla en sus obras con gran precisión. Refutó la idea errónea de que la voluntad de la mayoría todo lo justifica. Jamás puso en duda el derecho que tiene la mayoría para gobernar, pero nunca aceptó que se le reconozca a un gobierno, ni siquiera a los que puedan exhibir la más transparente legitimidad de origen, el arbitrio para actuar sin límites ni controles. “*Todo gobierno de capricho—decía Estrada— es despótico, y si ultraja el derecho natural, tiránico. Los beneficiarios del despotismo pueden ser electivos, hereditarios o usurpadores; más esta diferencia de accidentes, poco afecta la sustancia de las cosas*”. “*El origen popular de una autoridad—agregaba— no garantiza que ella será ejercida de acuerdo con los principios que aseguran a todos los hombres el respeto de su libertad y de su derecho*”.

Las enseñanzas que dejó José Manuel Estrada en su paso por la vida fueron inversamente proporcionales a las recompensas que recibió. Extraña coincidencia, pues, como ocurrió con otros próceres, no conoció la gratitud que merecía. Pero, fue tal la grandeza de su alma, que opacó la importancia de los honores a los cuales era acreedor. Su figura estará siempre presente allí donde lo que se trate sea la libertad y donde queramos encontrar un ejemplo de coraje y de virtud. Como dijo López Olaciregui, *Estrada ha legado a los argentinos, sin distinción de credos, “su amor por la libertad y su valentía para vivir sus ideales y morir por ellos, para evitar que ellos mueran sin nosotros”,* pues tenía fibra de héroe y de santo, “*porque los héroes enaltecen la vida, y los santos no temen la muerte*”.

Quien me precedió en este sitio fue el doctor Federico Videla Escalada, un civilista de fuste, estudioso, docente ejemplar, formador de discípulos. Ocupó los cargos más destacados a que puede aspirar un abogado: presidente de esta Academia, profesor titular emérito de la Universidad de Buenos Aires y juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargos que honró con su excelente desempeño. Además, fue profesor titular de las universidades de La Plata y del Salvador, donde también ocupó el cargo de Decano de la Facultad de Derecho. Por su trayectoria recibió importantes premios, algunos de los cuales obtuvo ya desde su juventud. Aun cuando el derecho civil fue la disciplina jurídica que cultivó y enseñó en varias facultades, desde sus primeros años de docencia también dedicó su tiempo al derecho aeronáutico, especialidad en la cual se lo puede considerar como un visionario, un pionero de esta rama del derecho. Autor

de numerosos trabajos, entre los cuales podemos destacar los libros *El derecho aeronáutico*, *Las sociedades civiles*, *La causa final en el derecho civil*, *La interpretación de los contratos civiles*, *Manual de derecho aeronáutico*, *El derecho a nacer* y los numerosos opúsculos y artículos que publicó. Tuvo la virtud de haber enriquecido las enseñanzas que recibió en una Facultad de Derecho de profesores eminentes, y saber transmitir las a sus alumnos con sabiduría y humildad. Pero, si algo podemos agregar a su brillante trayectoria, fue el equilibrio que siempre lo caracterizó, su modestia, la natural bonhomía que lo hizo ser una persona querida y respetada.

El sitio que ocupó me impone el deber de honrar la memoria de su ilustre patrono. Por eso, aunque con mucha menos ciencia y elocuencia de la que él hubiese tenido en estas circunstancias, trataré —con espíritu crítico— un tema institucional de actualidad que, por su importancia, merece ser tenido especialmente en cuenta. Ignoro la razón por la cual pocos libros de derecho público lo tratan. Tal vez sea por considerar que su estudio corresponde a la filosofía del derecho o a la ciencia política, aun cuando en realidad atañe al concepto del derecho. A ello cabe agregar el equívoco en que se incurre a veces al suponerlo vinculado a una determinada ideología política, y por eso confundir el ejercicio de la autoridad, que es un deber inexcusable del Estado, con el autoritarismo, que es una forma patológica de ejercer la autoridad.

El tema de mi disertación es: “*El orden y la seguridad como valores del derecho*”. Lo elegí, porque considero que vivimos momentos en los cuales estos valores están siendo olvidados, circunstancia que puede conducirnos a situaciones de grave conmoción social. La historia nos enseña que las dictaduras más crueles surgieron como aparente solución al desorden político, social y económico que las precedieron. Y eso ocurrió hasta no hace mucho tiempo, en el siglo pasado, con gobiernos que accedieron al poder apoyados por una abrumadora mayoría, en países cultos, algunos de los cuales se destacan por ser los que hicieron mayores aportes a la civilización occidental. No fue en pueblos subdesarrollados que actuaron emocionalmente. Sus ciudadanos supieron muy bien lo que hacían, pues conocieron épocas de normalidad y hasta de esplendor. Sin embargo, agobiados por el desorden prefirieron seguir las promesas de los dictadores. Tal vez hubo ingenuidad, tal vez hastío, tal vez temor a la descomposición social. El desorden y la anarquía siempre desembocan en el autoritarismo, cuando no en situaciones más lamentables. Por eso decía Estrada: “*El uso de la libertad es, en el individuo la virtud, en los*

pueblos el orden; su abuso es en el hombre el crimen, en los pueblos la licencia, la anarquía, la demagogia". "La libertad sin freno, la libertad sin ley, es la insensatez pública, y la suma de las demencias". "El hombre desenfrenado y que en sus pasiones no encuentra valla ni en sus apetitos límites, no es para nosotros el hombre libre".

Lo que voy a decir no es una novedad. Muchos considerarán que es algo por demás sabido o sobreentendido. Tal vez, por suponerlo tan sabido no le prestaron la atención que merece, circunstancia que lo convirtió, involuntariamente, en un tema olvidado durante mucho tiempo. Por eso quiero ponerlo en relieve, en el lugar que le corresponde, para que todos podamos advertir mejor su importancia, especialmente por los efectos perniciosos para la vida social que se producen cuando el Estado no ejerce en la forma debida su autoridad.

La libertad, la justicia y la defensa de los derechos individuales, sobre todo frente al Estado, siempre ocuparon en mayor medida la atención de los juristas, pues, con razón, los consideran temas que atañen directamente a la dignidad humana, por los cuales han venido luchando los individuos desde tiempos remotos frente a los abusos del poder. Muchos siglos de monarquías absolutas, de gobiernos autoritarios, de Estados despóticos, hicieron que la preocupación principal de los hombres fuera el reconocimiento de sus derechos y de las garantías para asegurar que sean respetados. Como lo señaló Estrada en la primera página del Curso de derecho constitucional, "*Toda la ciencia política está contenida en la idea de la libertad*". Ésta es una verdad incuestionable, pero también es cierto que los derechos y garantías que conforman la idea de libertad sólo pueden hacerse efectivos si existe un cierto orden en el medio social donde se quieran ejercer y una autoridad que los respalde. Sin orden no hay derecho que funcione, ni Estado, ni sociedad, pues, como dice Legaz y Lacambra: "*la justicia no puede realizarse más que en el derecho, y el derecho es por naturaleza un orden.*" (2). De ahí la importancia que tiene el estudio, desde el punto de vista jurídico, de los modos para lograr lo que comúnmente llamamos "el buen gobierno," aquel que nos garantice una vida civilizada, un ámbito en el cual podamos desarrollar nuestras actividades, ejercer nuestros derechos, realizarnos como individuos.

Cuando hablo de orden y de seguridad no sólo me refiero a las situaciones de hecho, al orden material y a la seguridad física, lo cual es

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Filosofía del derecho", 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, p. 585 y s.

por demás obvio, pues, donde estos no existen y reina la inseguridad, impera la anarquía, que es la negación del Estado. Me refiero especialmente al orden social e institucional y a la seguridad jurídica, los cuales requieren de dos presupuestos *funcionales*: una razonable certeza sobre lo que establece el derecho, tanto en lo que respecta a su alcance y consecuencias, cuanto al ejercicio de las atribuciones por los órganos del Estado y, lo más importante, la seguridad de que esas consecuencias han de producirse de manera inexorable o, al menos, con la pretensión de que ello ocurra, porque hay una autoridad pública encargada de hacerlas cumplir, según los procedimientos establecidos por las normas, y dispuesta a ejercer esa función. No basta con conocer lo que dispone el derecho. Lo fundamental es que exista una organización que haga efectivas las consecuencias previstas por el derecho, y en caso de resistencia que el Estado aplique toda la fuerza atribuida por el orden jurídico para lograr que se cumplan dichas consecuencias. Como dice Radbruch, “*la segura ejecutividad del derecho establecido*”. (3).

El móvil por el cual los hombres crearon el derecho es, fundamentalmente, la seguridad, el deseo de certeza sobre la licitud o ilicitud de los actos, sobre el alcance y la estabilidad de sus derechos, saber que las convenciones que celebren van a ser respetadas, que los actos ilícitos van a ser sancionados, porque el Estado ha de hacer cumplir lo que dispone el derecho, si es necesario, de manera coactiva. El deseo de seguridad está en la naturaleza humana. Todo individuo quiere saber a que atenerse, planear su vida futura, claro está, siempre basado en pautas de justicia, que es el fin supremo. En este sentido dice Recaséns Siches: “*Sin un minimum de certeza y seguridad jurídica no podría reinar la justicia en la vida social. No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía. Sin orden, el cual implica alguna certeza y seguridad, tampoco se puede promover el bien común. La certeza y seguridad, aunque inferiores en rango a otros valores, como la justicia y el bien común, constituyen también valores. Y aunque esos valores sean de rango inferior, resulta que en alguna medida ellos condicionan la posibilidad de realización de valores más altos*”. (4).

(3) RADBRUCH, Gustav, “El hombre en el derecho”, trad. de Aníbal del Campo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 112.

(4) RECASÉNS SICHES, Luis, “Nueva filosofía de la interpretación del derecho”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 258.

Tanta es la importancia de la seguridad, que para preservarla el derecho sacrifica muchas veces el valor justicia. ¿Existe una institución más injusta que la prescripción, merced a la cual el usurpador pasa a ser propietario y al delincuente se lo exime de la pena, sólo por la inacción y el transcurso del tiempo? ¿Qué justificativo ético podemos hallar en el principio *ignorantia lex non excusat*, criticado vehementemente por Joaquín Costa, en virtud del cual las normas son obligatorias aun para los analfabetos, para los que jamás tuvieron la posibilidad de conocer sus disposiciones? Podemos dar infinidad de ejemplos de instituciones jurídicas que tienen como objetivo a la seguridad. La cosa juzgada, la perentoriedad de los plazos procesales, la caducidad, y hasta los requisitos formales que debemos cumplir en muchos actos, son recaudos cuyo fin es preservar la seguridad, pues la vida en sociedad sería caótica si nadie pudiera tener certeza de la estabilidad de sus derechos y del alcance que tienen los derechos de los terceros, de la situación jurídica en que cada uno se halla.

El derecho es, como dice Stammler, “*un modo especial de ordenar la convivencia humana*” (5), es un orden social coactivo, que establece el Estado en ejercicio de su poder de imperium. Lo hace por medio de normas, las cuales, en muchos casos son el resultado de conductas que fueron aceptadas pacíficamente por los individuos en el proceso de socialización, como ocurre con la mayoría de los preceptos del derecho dispositivo, en otros, son reglas conformadoras de conductas, dictadas para que los individuos ajusten a ellas su proceder, y en otros, leyes dirigidas a la organización y el funcionamiento del Estado, como son la mayoría de las normas de derecho público.

Pero, el derecho no es solamente un conjunto de normas, pues si sólo consistiera en ello, no pasaría de ser un simple enunciado de aspiraciones o de deseos sobre cómo se deben comportar los individuos en una sociedad determinada. El derecho está compuesto también por los mecanismos de funcionamiento, por las relaciones que genera, por las fuerzas que producen, modifican, aplican y garantizan las normas jurídicas. Por eso, Santi Romano lo concibe como organización, como entidad, como institución, y habla de un “ordenamiento jurídico”, que no es un simple conjunto de reglas de conducta. (6).

De ahí que para que funcione este mecanismo creado por los hombres con la finalidad última de alcanzar la justicia y el bien común, sean

(5) STAMMLER, Rudolf, “Tratado de Filosofía del Derecho”, trad. esp. de W. Roces, Ed. Reus, Madrid, 1930, p.69.

(6) SANTI ROMANO, “El ordenamiento jurídico”, trad. esp. de Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 111 y siguientes.

necesarios los dos presupuestos a los cuales hice referencia: un mínimo de certeza sobre el derecho vigente y una autoridad pública encargada de hacer cumplir ese derecho cuando no es acatado voluntariamente o cuando alguien lo transgrede, es decir, que el Estado asegure *la ejecutividad del derecho*, si es preciso, con el auxilio de la fuerza. Ambos presupuestos se deben dar en conjunto, pues si sólo tuviéramos la certeza del derecho que nos asiste o sobre cuáles son las acciones antijurídicas, pero no una autoridad encargada de hacerlo cumplir cuando se produce su violación, pasaría a convertirse en un simple enunciado, y obligaría a que nos hagamos justicia por mano propia, retrocediendo así a épocas de la autocomposición. Y en cuanto a la autoridad, no basta que ella exista como órgano, es necesario que actúe, que ejerza el poder que le confiere el derecho. Por eso dice Ihering que “*el Estado posee la autoridad y ordena la sumisión (subditus, sujeción); la impotencia, la debilidad del poder público, son la negación del Estado mismo, porque un poder público sin poder es cosa que no se comprende*”. (7)

Obviamente, estos presupuestos se cumplen con un alcance relativo, porque es impensable que tengan carácter absoluto. Ni siquiera en los países que cuentan con los sistemas más avanzados de información jurídica es posible conocer todo el derecho vigente. Y en punto a la seguridad de la realización del derecho, siempre se presentan situaciones en las cuales el Estado no puede lograr ese objetivo, aun cuando aplique toda la fuerza de que dispone. Lo que interesa son los márgenes de incerteza y el grado de eficacia de la acción estatal, que los primeros sean lo más estrecho posibles y el segundo lo más amplio que lo permitan las situaciones de hecho.

¿Podemos sostener que en nuestro país existe una razonable certeza sobre el derecho vigente? La respuesta no es afirmativa. Si bien tenemos un sistema de derecho escrito y al estatuirlo en normas suele conferírsele mayor certeza, es un efecto que no se produce por ese solo hecho, pues, aún cuándo el Boletín Oficial publica el texto auténtico de las normas, encontrar la que buscamos y saber si está vigente, resulta a veces una tarea ímproba, cuando no de imposible realización. Pese a los avances extraordinarios experimentados en materia informática, no tenemos una base de datos que contenga el texto auténtico de todas las leyes, decretos y resoluciones dictadas en nuestro país, ni sistemas de búsqueda eficientes, acordes con la importancia de la función que debe cumplir. Nuestro derecho no es conocible en la medida que debería, porque ni siquiera el propio Estado

(7) Von Ihering, Rudolf, “El fin del derecho”, ed. Atalaya, Buenos Aires, 1946, p. 155.

está en condiciones de informar con certeza absoluta cuáles son todas las normas vigentes. Aunque resulte paradójico, en la era de la cibernética continuamos utilizando la técnica ideada por Gutenberg.

Cuando tuve el honor de colaborar con el doctor Alberto Rodríguez Varela en el Ministerio de Justicia de la Nación me aboqué a desarrollar un sistema de informática jurídica, que actualmente funciona como Servicio Argentino de Informática Jurídica. La obra tuvo un comienzo promisorio y se concretaron trabajos de gran valor, pero, como ocurre con la mayoría de los proyectos cuyos resultados recién se pueden alcanzar con el tiempo, y por ello no dan rédito político, la mayoría de los gobiernos que se sucedieron no le prestaron el apoyo que necesitaba —situación que no sólo continúa, sino que se ha agravado—, y lo que en su momento fue un modelo de sistema informático, hoy subsiste gracias al esfuerzo de sus funcionarios y técnicos, que permanentemente deben luchar con los escasos recursos que reciben. De ahí que no se haya logrado formar la base de datos con el texto de todas las normas nacionales, a la cual la ley le confiera carácter auténtico, y tengan acceso gratuito todos los individuos, con sistemas de búsqueda eficientes, pues el hecho de que la ignorancia de la ley no impida los efectos legales de los actos lícitos, ni excuse la responsabilidad por los actos ilícitos (art. 923 del Código Civil), no puede servir de justificación para que el Estado no cumpla con el deber ético de proporcionar a los individuos, de la mejor forma posible, toda la información relativa a las normas jurídicas y su vigencia. La realidad es que la información jurídica está en manos de empresas privadas. Algunas, tienen bases de datos incompletas y métodos de búsqueda limitados, otras, publican colecciones de legislación con índices de escasa eficiencia, ninguna de las cuales son textos oficiales. En materia de jurisprudencia ocurre otro tanto, pues sólo se publican los fallos que seleccionan las empresas editoriales. Con estas fuentes de información se manejan jueces, funcionarios, legisladores, abogados y todo individuo que desee conocer el texto de una norma o cómo fue interpretada por la justicia.

Hace unos años, no sé a quién se le ocurrió la idea de dictar un “digesto jurídico”, una especie de código general comprensivo de todo el derecho, cuya finalidad no sería ordenadora, sino legisladora. Esta idea fue acogida por el Congreso Nacional y para ello se dictó la ley 24.947, la cual merece varias e importantes objeciones. La primera es el absurdo que implica en la era de la informática preocuparnos en hacer un digesto jurídico, para incorporar en él todas las leyes encasilladas por la materia que tratan. Cualquier abogado medianamente informado puede advertir que una de

las dificultades mayores que presentó el ordenamiento de la legislación antes de que aparecieran las procesadoras de textos fue encasillar las normas por materia, pues hay muchas leyes que regulan temas que pueden corresponder a materias diferentes. Los digestos jurídicos se justificaron cuando nos manejábamos con textos impresos, a los cuales solamente podíamos acceder por índices, también impresos, y siempre se planteó la dificultad apuntada. Pero hoy, con los sistemas informáticos para recuperar información, que permiten hacerlo por palabras libres o por temas o en forma conceptual (*thesaurus*) y la capacidad para almacenar textos prácticamente no tiene límite, hacer un digesto jurídico resulta un desperdicio. ¿Quién va a recurrir a encasillamientos y a índices, cuando tiene a su alcance métodos de búsqueda de información jurídica infinitamente más veloces, eficientes y seguros?

Pero, esta es una observación práctica. El digesto pergeñado merece otras mucho más importantes, como es, por ejemplo, pretender que sea una ley comprensiva de todas las normas vigentes, de cualquier materia o tema. Sólo pensar en cómo y con quiénes hacerlo es desconcertante. ¿Existe en nuestro país un conjunto de juristas, por inteligentes y talentosos que fueren, capaces de realizar esa tarea con los centenares de miles de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y demás normas que tratan los más diversos temas del derecho?, ¿qué jurista que se precie de ser una persona seria, podría asumir la responsabilidad de una tarea semejante, aun cuando esté circunscripta a una disciplina jurídica?, ¿quiénes van a revisar los proyectos que envíen los responsables del preparar el digesto para darles su aprobación antes de que se convierta en ley? ¿tiene el Congreso personal en las comisiones con capacidad y tiempo para esa tarea extraordinaria? Pero, aquí no termina la cosa, para saber si una vez concluido el trabajo de ordenamiento está bien o mal hecho, los diputados y senadores deberían realizar el mismo trabajo que hicieron los responsables de prepararlo, salvo que pretendan que se apruebe la ley a libro cerrado, como ocurrió con el Código Civil, pero, está de más señalarlo, existe una diferencia bastante grande entre Vélez Sarsfield y nuestros legisladores actuales.

Otra muestra de improvisación la tenemos en el artículo 15 de la ley 24.947, en cuanto establece que “*con la ley de aprobación del Digesto Jurídico Argentino se entenderán derogadas todas las normas que no se hubieren incorporado al mismo hasta la fecha de la consolidación como legislación nacional general vigente y su respectiva reglamentación*”. Si tenemos en cuenta la magnitud del universo normativo, las deficiencias

técnicas y metodológicas que caracterizan nuestra legislación, las delegaciones legislativas hechas al Poder Ejecutivo o a órganos inferiores, la existencia de decretos que legislaron sobre materias de competencia legislativa, de leyes que derogaron decretos, leyes cuyo contenido general poco tiene que ver con el tema regulado, derogar todo lo que no esté en el Digesto generaría una gran inseguridad para los derechos adquiridos al amparo de otras normas. Siempre se ha criticado que las leyes incluyan en su texto la expresión “queda derogada toda norma que se oponga a la presente”. Pues bien, el Digesto Jurídico Argentino derogaría, no sólo toda norma que se le oponga, sino también las que no formen parte de él. Me pregunto: si a ningún país se le ocurrió algo semejante, ¿por qué a nosotros sí? Por fortuna este desatino, si no murió, en eso anda.

Las deficiencias relativas a la certeza del derecho no se circunscriben a su aspecto cognoscitivo. La certeza del derecho exige que las leyes estén redactadas en forma clara, orgánica, coherente con el resto de las normas, de modo tal que cuando se apliquen puedan subsumirse los casos en principios de justicia objetiva. El espectro normativo tiene una dimensión enorme, pues, existe la idea errónea de suponer que los problemas que aquejan a nuestro país se solucionarán con el dictado de nuevas leyes o modificando las existentes, cuando las deficiencias están en los hombres, en nuestra sociedad, que continúa experimentando un deterioro ético y cívico alarmante. Además, las leyes están plagadas de derogaciones implícitas, de superposiciones y de contradicciones, el lenguaje empleado no es unívoco, y la técnica legislativa deja mucho que desear. Aun cuando el derecho deba ser estable, nuestras normas están expuestas a cambios frecuentes, la mayoría de las veces sin que haya razón para ello. Sobre este tema dice Carnelutti: “*Toda mutación de la ley representa una turbación de equilibrio, un trastorno de provisiones, una rémora de iniciativas. Peor aún, todo cambio que no se produzca en los límites normales de la mutabilidad, hace perder la confianza en la estabilidad de la ley, que es el estado de ánimo indispensable para la prosperidad social*”. (8).

Se ha dado el caso de gobernantes que en el afán de lograr sus objetivos políticos—a veces plausibles— expresaron su desagrado porque el derecho les impedía tomar ciertas decisiones. Entonces, para sortear ese “obstáculo”, como contaban con el aval incondicionado de la mayoría parlamentaria—circunstancia bastante común en los últimos tiempos— decidieron

(8) CARNELUTTI, Francesco, “Discorsi in torno al diritto”, Padova, 1937 p. 180.

directamente modificar las leyes, sin tener en cuenta que el orden jurídico es un complejo estructurado de normas vinculadas, tanto por relaciones de supremacía como de complementación e integración, en el cual se sustenta, precisamente, la autoridad de esos gobernantes. De esta manera mostraron no tenerle respeto al derecho e ignorar las palabras de Chiovenda que, aunque referidas al valor de las formas, son igualmente aplicables al derecho en general. Decía el ilustre maestro piamontés —tomando un ejemplo dado por Kant— que “*no habría mayor razón para quejarse de las formas que la que tendría la paloma para quejarse del aire que disminuye la velocidad de su vuelo, sin darse cuenta de que precisamente es aquel aire el que le permite volar*”. (9).

Lo dicho no descarta la posibilidad de cambio y de perfeccionamiento, circunstancia que nos lleva a admitir que si en todo sistema jurídico existe un cierto margen de incerteza, es porque resulta necesario para que se adapte a la realidad social, y para que pueda ir progresando en el sentido de un mayor acercamiento a las exigencias de la justicia.

Frente a este panorama habría que preguntarnos ¿para qué sirve tener un sistema de derecho escrito con estas características? ¿qué garantía representa para los individuos? ¿contribuye realmente a asegurar el orden social e institucional? El derecho inglés, que en su mayor parte no está legislado, logró, sin embargo, tanta o mayor seguridad que muchos sistemas de derecho escrito, pues, no obstante basarse en los pocos estatutos dictados por el Parlamento y en las reglas de diferente origen que aplican los tribunales y las hacen observar, se respetan los precedentes y existe un grado de previsibilidad que, en los hechos, confiere una certeza mayor.

Hasta aquí me he referido a las normas como objeto de conocimiento. Pero, la seguridad jurídica no se logra sólo con la cognoscibilidad del derecho. De ahí que no se deba confundir la certeza de las normas, con la certeza del derecho. La certeza del derecho tiene importancia si funciona como medio para alcanzar una justicia objetiva. Si se circunscribiera a la simple posibilidad de conocer lo que expresan las leyes, sería un tema de informática jurídica. La certeza que reclama la seguridad jurídica pasa por otro meridiano, que es el de *la realización del derecho*, al cual no le es indiferente cualquier orden.

(9) CHIOVENDA, Giuseppe, “Ensayos de derecho procesal civil”, trad. esp. de Sentís Melendo, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1949, t. II, p. 126.

Presupone, ante todo, que los órganos estatales ejerzan sus atribuciones de conformidad con lo que establecen las normas, que se respeten las competencias y los procedimientos, que existan órganos de control eficaces, que las decisiones estatales estén debidamente fundadas, con el menor grado de arbitrio, siempre ajustándose a la razonabilidad y a la ética. Y en lo que atañe a la justicia, estos presupuestos tienen mayor relevancia, porque los jueces son la garantía última de nuestros derechos. Las arbitrariedades en que pueda incurrir la Administración son reparables ante la justicia, pero no así las que cometan los jueces en sus fallos definitivos. De ahí la necesidad de que la justicia sea independiente y que los fallos se dicten en consonancia con los criterios sostenidos a lo largo de su desempeño, pues uno de los requisitos de la jurisdicción es el respeto de la igualdad.

La mayoría de las situaciones jurídicas comprendidas por las leyes no están expresadas de manera tan precisa como para que puedan ser aplicadas en forma automática. Por el contrario, las leyes distan mucho de prever todos los casos que se pueden generar en las relaciones humanas, de ahí que siempre sea necesario interpretarlas, pues cuanto mayor es la generalidad con que están redactadas, menores han de ser los márgenes de inadecuación o de injusticia, siempre, claro está, que al aplicarlas los jueces obren con probidad y de manera razonable. Decía Colmo que *“el verdadero derecho de un país no está en los códigos y leyes, sino en los hombres, magistrados, que hayan de hacerlos jugar y vivir”*.

Por eso, no obstante los cambios naturales que se producen en la sociedad y el deber de buscar soluciones actuales que satisfagan los fines supremos del derecho —que son la justicia y el bien común— es preciso que exista una razonable estabilidad en los criterios seguidos por los tribunales al dictar sus sentencias. De otra manera tendríamos un sistema normativo que cumple con las pautas de previsibilidad, pero las ignora cuando el derecho se realiza. La jurisprudencia debe ser estable, no sólo por lo que atañe a la certeza del derecho, sino porque con ello se respeta el principio de igualdad. Podrá sostenerse que nada impide a los jueces cambiar de opinión, y que sería una necedad obligarlos a persistir en los errores de fallos precedentes por el sólo hecho de haber sido resueltos determinados casos en una manera. Pero, este razonamiento sólo es válido para los temas opinables, cuando se trata de cuestiones de interpretación, formuladas sobre la base de presupuestos de hecho o de derecho que se modificaron, mas no a la hora de ajustarse a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la mayoría de los cuales tienen valor universal.

No ignoro, como dice Renard, que “*los tribunales comienzan por examinar los litigios en su realidad y en su moralidad; los juzgan primero en equidad y buscan después la forma técnica que sirva de envoltura a la solución del buen sentido y la equidad*” (10), pero esto es admisible siempre que se respeten los principios jurídicos fundamentales y, sobre todo, las formas, las reglas éticas y la razonabilidad. Si en lugar de analizar las cosas en su realidad y moralidad, lo hacemos teniendo en cuenta finalidades políticas o meras especulaciones utilitarias, si dejamos de lado la justicia para darle paso a la conveniencia, no estaremos realizando el derecho. Resulta lamentable la frecuencia con que podemos comprobar el acierto que tuvo Santiago Ramón y Cajal al señalar que “*es una pena reconocer cómo varían nuestras opiniones al compás de nuestros intereses y sentimientos*”.

¿Podemos sostener que en nuestro país está plenamente garantizada la aplicación de las consecuencias que prevé el derecho cuando se infringen sus normas? La respuesta tampoco es afirmativa. Cualquiera sea la ideología del sistema, el derecho presupone para su funcionamiento, *como hecho*, que han de cumplirse las consecuencias previstas por las normas, tanto en lo que concierne a la actuación de los órganos estatales, cuanto a las relaciones entre los sujetos —sean públicos o privados—, así como también en los casos de delitos y contravenciones. Supone que se harán efectivas las convenciones pactadas, los actos dictados por las autoridades estatales y las sentencias judiciales. De ahí que no baste que el orden jurídico le confiera al Estado atribuciones para que asegure su cumplimiento de manera coactiva. Es necesario, además, que los órganos estatales ejerzan debidamente sus funciones, que exista una justicia rápida, eficiente, que resuelva los pleitos en tiempos lógicos y no geológicos, que los delincuentes no queden en libertad por la lentitud de los procesos, los cuales culminan en muchos casos con la prescripción, o porque no se hacen efectivas las penas. Además, es imprescindible que el Estado cumpla con su deber de preservar el orden y la seguridad en el ámbito donde los individuos viven, desarrollan sus actividades y ejercen los demás atributos de la personalidad. Sólo bajo estas premisas será posible considerar que el derecho se puede *realizar*.

Nuestra legislación contiene una infinidad de normas reglamentarias de la convivencia social, dictadas con la finalidad directa de proteger a

(10) RENARD, Georges, “El derecho, la justicia, la voluntad”, trad. de Cunchinillos Manterota, Ed. Declée de Broker, Buenos Aires, 1947, p. 56.

la sociedad, aun cuando sus efectos se extiendan, indirectamente, a los individuos. También existe un número considerable de órganos administrativos encargados de ejercer las funciones que les atribuyen esas normas. Si bien están dotados de autoridad, no siempre tienen facultades para exigir el cumplimiento de sus decisiones de manera compulsiva, lo cual no les impide que ejerzan su competencia, dicten los actos correspondientes y, en caso de resistencia, soliciten el auxilio de la fuerza pública. El organismo al cual el orden jurídico le confiere competencia para ejercer la fuerza pública es la policía, debiendo ajustar su actuación a las instrucciones que impartan las autoridades competentes y a lo que establece la ley. No se concibe en un Estado de derecho que el organismo encargado de aplicar la fuerza pública actúe fuera de la ley pues, cuanto mayor sea su autoridad, mayor debe ser el deber de ajustarse al orden jurídico. No hay país que carezca de una policía. Sería como un Estado sin poder coactivo, un Estado sin autoridad.

Por lo general la policía actúa preventivamente, para lograr un efecto ordenador o disuasorio, pero, cuando las circunstancias lo determinan, ya sea por la gravedad de los hechos, como por la urgencia del caso que demanda una intervención efectiva, debe emplear los medios necesarios para evitar que se produzca un mal mayor, entre los cuales está *reprimir* a los autores de esos actos. Al hacerlo, la policía no impone una sanción; se limita a aplicar la fuerza para impedir la comisión de hechos que puedan afectar gravemente a la sociedad, sin descartar la posibilidad de que algunos de esos hechos lleguen a constituir delitos o contravenciones. Después, los responsables de esos comportamientos deberán ser juzgados y condenados si sus conductas son punibles, circunstancia que nada tendrá que ver con el acto administrativo no procedimental por el cual se dispuso la medida de acción directa. Esto es lo que ocurre en todos los países civilizados, cuyo nivel de desarrollo cultural y jurídico no se discute.

Actualmente la voz “represión” se ha convertido entre nosotros en una mala palabra, y se la identifica con la violencia ilegal. Muchas veces leemos o escuchamos que quienes usurparon lugares públicos fueron desalojados por la policía con “violencia”, o que se “reprimió violentamente” una manifestación que causó destrozos en bienes de propiedad pública o privada, con lo cual se pretenden descalificar los procedimientos policiales. Si la fuerza aplicada por el Estado para hacer efectivo el desalojo de un bien del dominio público o para impedir los desmanes es proporcional a

la gravedad del caso y se ejerce razonablemente, por drástica que sea, no será violencia. La violencia es la fuerza que se ejerce contra el natural modo de proceder o fuera de razón y justicia. Si en un Estado de derecho la policía debe ajustar su conducta a las normas que la reglamentan, sólo podríamos decir que lo hizo con violencia en el supuesto de haber actuado fuera del marco legal o de manera desproporcionada o irrazonable.

Para asegurar el orden, mal que le pese a algunos pseudos anarquistas que parecen haber resurgido en los últimos años, en todo Estado debe existir una organización dotada de la fuerza necesaria a fin de hacer efectiva la ejecutividad del derecho, y que la aplique con el vigor que corresponda. En este sentido dice Olivecrona, *“nada más absurdo que el clamor por la abolición de la fuerza. Sería más defendible sostener que podemos prescindir del pan”*, porque, como lo destaca este autor: *“La fuerza es tan peligrosa como el fuego. Es tan destructiva para él y sus medios de subsistencia como el fuego cuando obra libremente. Pero así como el fuego debe ser puesto al servicio del hombre si él ha de elevarse por encima del deber de los animales, también la fuerza debe estar a su servicio si es que él ha de alcanzar un grado más alto de civilización”*. (11).

Más aún, el solo hecho de saber que el Estado aplicará la fuerza cuando alguien se resista a acatar lo dispuesto por la autoridad para asegurar la eficacia de las normas, tiene un efecto coercitivo, que en muchos casos evitará recurrir a procedimientos compulsivos. Pero, si los individuos perciben que el Estado no aplicará la fuerza pública —ya sea por debilidad o por especulación—, la presencia policial carecerá de efecto disuasorio alguno, y así se producirán los actos más imprevisibles y nocivos para la convivencia social, propios de situaciones anárquicas. Y nada se diga si perciben, además, que ni siquiera van a ser sancionados por los actos ilícitos que cometan... Es lamentable comprobar el temor que genera en algunas personas el cumplimiento de los deberes que les imponen los cargos que ejercen o desempeñar el papel que les corresponde en la vida pública, cuando de ello puede derivar la pérdida de consenso o de popularidad.

El Estado tiene el monopolio de la fuerza y no puede existir ninguna fuerza más poderosa que la del Estado. Es un error suponer que sólo le está permitido por el derecho ejercer esa fuerza para hacer cumplir una

(11) OLIVECRONA, Karl, “El derecho como hecho”, trad. esp. de Cortés Funes, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 133.

decisión judicial, si es resistida. Aun cuando quien ejerce la fuerza pública sea el mismo organismo policial, puede actuar de dos maneras: una, como auxiliar de la justicia, para hacer efectivas las órdenes judiciales para colaborar con la acción de la justicia, que en algunos países se la llama “policía judicial”, y otra, en ejercicio de su propia competencia, que es la “policía administrativa”, subordinada a la autoridad administrativa correspondiente. Podría dar una infinidad de ejemplos en que la policía administrativa ejerce la coacción directa sin que intervenga la justicia. Cuando remueve un vehículo que está mal estacionado, cuando demuele una pared que amenaza ruina, cuando mata un animal peligroso, cuando clausura una casa de comidas por insalubre, cuando decomisa sustancias tóxicas, en ninguno de estos casos necesita del auxilio judicial, y actúa en ejercicio de una competencia legal incuestionable, que conlleva, obviamente, la responsabilidad por su actuación.

Por eso, no se debe confundir la sanción con la coacción. La sanción es, como dice Legaz y Lacambra, “*la consecuencia jurídica desfavorable para el sujeto que se aplica en caso de infracción*” (12), y sólo puede ser impuesta compulsivamente por el Estado en virtud de una sentencia judicial. La coacción es el poder legítimo que tiene el Estado para imponer el cumplimiento del derecho, tanto en el caso de una sentencia, cuanto para preservar el orden o para impedir comportamientos ilegales que pueden generar daños graves a la sociedad. Está de más señalar que sólo puede ejercer esta atribución dentro de los límites del derecho, pero ello no significa que siempre la aplicación de la fuerza se deba apoyar en una decisión judicial. Todo depende de la naturaleza del derecho de que se trate, pues algunos tienen una protección mayor que hace necesaria la intervención judicial previa. Sobre este tema reina una confusión bastante generalizada que ha instalado la idea de que la autoridad estatal es enemiga de la libertad y de los derechos individuales. La autoridad, ética y legalmente ejercida por el Estado, dista mucho de constituir un peligro para la libertad; por el contrario, es la mayor garantía de los derechos individuales.

Pongo en relieve estos conceptos para disipar un criterio de la policía que juzgo equivocado, al cual ha contribuido alguna doctrina. Todo Estado tiene la atribución de tomar las medidas que sean necesarias para proteger el orden y la seguridad pública, claro está, siempre que sean razonables,

(12) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, op. cit. p. 376.

proporcionadas con el fin perseguido y que se ajusten a lo que establece el orden jurídico. Como dice Fleiner, “*la policía no debe andar a cañonazos con los gorriones*” (13). El poder de policía, que en nuestro país es una atribución básicamente legislativa, está en la ley fundamental y ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables fallos. Por eso, entiéndase bien, no pretendo sostener la vigencia del concepto de policía que sirvió para definir otro tipo de Administración, ni volver a la época del Estado providencia, ni afirmar que el Estado, para preservar el orden público, tenga poderes suprajurídicos, cuestión que fue claramente explicada por Merkl, a quien se le hace decir lo que no dijo, pues en ninguna parte de su obra este autor sostuvo que la Administración carezca de competencia para preservar el orden, obviamente, ajustándose a la ley, como ocurre con toda potestad estatal. Éste es un principio del Estado de derecho por demás sabido, reconocido y admitido. Pero, como lo destaca Mayer, “*existe un deber general que incumbe a los individuos, frente a la sociedad y frente a la administración que defiende sus intereses, un deber que de antemano consideramos como existente e innato: es el deber de no perturbar el buen orden de la cosa pública, el deber de evitar cuidadosamente e impedir los trastornos que podría suscitar su propia existencia. Esto es evidentemente un mandato moral; pero hay más, no sólo se trata de un deber moral, sino de un deber de naturaleza jurídica*” (14). Por ello, cuando ese deber innato en toda sociedad organizada es violado por uno o varios sujetos, de modo tal que la perturbación del orden trastorna la convivencia, el Estado tiene no sólo el derecho, sino la obligación de actuar, de ejercer su autoridad, de restablecer el orden, aun cuando quienes lo perturban puedan esgrimir argumentos válidos para sus reclamos. Para hacer efectivo ese poder reglamentario de los derechos individuales en cuanto puedan afectar el orden social, está la policía como organismo administrativo, la cual como dije, ejerce la fuerza pública.

En nuestro país, los individuos tienen medios legales más que suficientes para canalizar sus protestas y efectuar todas las peticiones que deseen, sobre todo, después de la reforma constitucional de 1994, con la cual se introdujeron, entre otras cosas, varias cláusulas programáticas, la iniciativa popular para el tratamiento legislativo, y se reconocieron derechos de incidencia colectiva, si bien, en la mayoría de los casos, con bastante

(13) FLEINER, Fritz, “Instituciones de derecho administrativo”, trad. esp. a. S. Alvarez Gendín, Ed. Labor, Barcelona, 1933, p. 324.

(14) MAYER, Otto, “Derecho administrativo alemán”, trad. esp. de Heredia y Krotoschin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 11.

imprecisión y una deficiente técnica legislativa. Y, si estos no resultan suficientes, pueden modificar las cosas el día de las elecciones.

No obstante, debemos soportar diariamente las más variadas violaciones del deber de no perturbar el buen orden de la cosa pública, frente a las cuales el Estado mantiene una pasividad absoluta, con el argumento de “*no criminalizar las protestas*”. Parecería que existe el criterio de que las fuerzan del orden no deben actuar compulsivamente o que sólo pueden hacerlo cuando los desmanes ya se consumaron. El resultado de esa concepción errónea de lo que debe ser el ejercicio de la autoridad lo tenemos a la vista. Nuestros derechos a circular, a trabajar, a recibir las prestaciones de los servicios públicos, a enseñar y aprender, a la salud, y hasta nuestra propia seguridad personal, son menoscabados con demasiada frecuencia por individuos que pretenden ejercer una libertad sin límites para expresar sus reclamos. Y el Estado no hace nada. En lugar de ser custodio del orden, se ha transformado en custodio del desorden, porque la policía limita su acción a contemplar pasivamente lo que hacen esos grupos “de protesta”.

Si el Estado se resiste a ejercer su autoridad para aplicar las consecuencias que prevé el derecho cuando son infringidas sus normas, no sólo ignorará la ley, sino que, además, preparará el camino para la anarquía, porque eso es lo que ocurre cuando los individuos no se sienten protegidos por el derecho y pierden el respeto por las instituciones, con el agravante del desconcierto que invade a quienes están encargados de aplicar la fuerza pública, lo que es sumamente peligroso, pues no sabemos cuál será su reacción el día en que se les ordene actuar como corresponde. La autoridad, legalmente ejercida, lejos de ser enemiga de la libertad, constituye la mayor garantía para su ejercicio. Sin orden no habrá seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica jamás seremos hombres libres, porque no estaremos protegidos por el derecho.

Viene al caso el episodio que relató mi padre en un artículo, tomado de un escritor español, donde éste le pregunta a un parroquiano: “*dime, para tí, ¿qué es la libertad?*” y, luego de meditar unos instantes la respuesta, el parroquiano le contestó: “*pues hombre, para mí la libertad es el jaleo*”. Quiera Dios que esta no sea también la opinión de nuestros conciudadanos.

PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires hace pública la incorporación de don Fernando Barrancos y Vedia como miembro de número en el sitial Roberto Repetto.

Incorporación valiosa por ser un jurista de nota con renombre nacional e internacional pues es miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

Incorporación valiosa por su especialidad en el Derecho Constitucional de intensa gravitación en estos tiempos.

Incorporación valiosa por su versación en la doctrina constitucional norteamericana de obvia incidencia en nuestro derecho pues la Corte Suprema ha tenido siempre en cuenta la jurisprudencia de la Supreme Court aunque considerando las diferencias históricas.

Incorporación valiosa por su conocimiento del derecho privado societario norteamericano dada la actual repercusión de las reglas de la corporate governance en el régimen de las anónimas abiertas.

Sea usted doctor Fernando Barrancos y Vedia bienvenido a esta Casa en la que su ancestro Bartolomé Mitre es patrono de un sitial y quiera aceptar el diploma y la medalla correspondientes.

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Fernando N. Barrancos y Vedia, el 11 de setiembre de 2008.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

Señor Presidente

Señores Académicos

Es para mí muy grato recibir esta tarde al doctor Fernando Nicolás Barrancos y Vedia que se incorpora a nuestra Corporación como académico titular, y lo es porque tengo siempre presente las palabras de Carlos Pellegrini al recordarles a los graduados de 1892 de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, que la amistad nacida en las aulas es aliento y sostén ante las circunstancias y avatares que depara la vida. De la naturaleza y sentido de esa amistad ambos podemos dar fe.

El doctor Barrancos y Vedia ocupará el sillón denominado “Roberto Repetto”, nombre emblemático del jurista que por décadas integró y luego presidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación con solvencia y sapiencia; y sucede en el sitial a nuestro inolvidable y eminente colega, el profesor doctor Julio César Cueto Rúa.

Feliz designio del destino, porque pocos juristas como nuestro recipiendario pueden acreditar por su quehacer en la profesión, la función pública, la cátedra y la magistratura valores similares a los que revelaron los juristas antes nombrados, y continuar en nuestra Casa la estela espiritual e intelectual que motivó y alentó sus obras.

(*) Discurso de recepción del Académico Fernando N. Barrancos y Vedia, en la sesión pública del 11 de setiembre de 2008.

Y lo es porque don Fernando ha impuesto a su vida el hondo sentido moral que rige todos sus actos en el cumplimiento de las altas responsabilidades públicas que su país y sus circunstancias le depararon, todo ello no exento de templanza en el éxito o en la adversidad.

Esta condición que él honra le viene de lejos. Nació en un hogar tradicional. Sus bisabuelos, el General de División Don Julio de Vedia y el Brigadier General don Emilio Mitre, militaron desde el inicio de sus carreras, en la resistencia contra Juan Manuel de Rosas. Su acción es protagónica en el Sitio de Montevideo; más tarde y durante la Organización Nacional participaron en las batallas de Cepeda y de Pavón y consolidada constitucionalmente la República, lucharán en la Guerra de la Triple Alianza contra la República del Paraguay hasta su final. Cuando sus prestigios castrenses descollaban, el General Emilio Mitre que era además diputado al Congreso de la Nación y el General Julio de Vedia, Director del Colegio Militar, fueron dados de baja del ejército nacional, ante la posición que adoptaron en los sucesos originados en 1880 por la federalización de la ciudad de Buenos Aires.

Ambos consuegros sin medios de subsistencia, con la grandeza de quienes han servido a la Patria con total entrega, don Julio de Vedia saca patente de martillero para hacer frente a sus gastos y don Emilio Mitre no vacila en abrir una tienda de cigarros para cubrir los suyos.

Con la misma naturalidad con la que habían asumido tan singulares tareas, las abandonan al ser reincorporados al ejército, don Julio de Vedia ascendido a General de División y tras diversas funciones reasume en 1887 la dirección del Colegio Militar de la Nación, para integrar en 1892, año en el que muere, la Junta Superior de Guerra. El Brigadier General don Emilio Mitre volvió a ocupar sucesivos cargos de alta jerarquía para ser nombrado Jefe de Estado Mayor en 1893, y al hacer frente a la revolución estallada ese año muere por una infección contraída en servicio.

Alberto Rodríguez Varela ha juzgado estos hechos con las siguientes palabras: "... tan plausible austeridad no llamaba entonces la atención. Porque en el país todavía prevalecían el honor sobre las conveniencias, el servicio antes que los beneficios, y en todos los niveles del sector público predominaba una transparencia que estaba fuera de toda controversia. Algo hemos cambiado para mal". (*Acad. de C. M. y Políticas, Anales Tomo XXVIII – 1999 – Buenos Aires, 2000, pág. 192*).

Esa reciedumbre que recibió de sus ancestros, de la que jamás hizo alarde, ese orgullo de ser y sentirse argentino, esa alta cultura del espíritu, que para José María Ramos Mejía es “elemento fundamental del alma nacional”, sustentan su pensamiento original y creativo, su firmeza de carácter en la toma de decisiones y una permanente inquietud intelectual que ya se vislumbraba en épocas de estudiante.

No olvido de esos tiempos, el entusiasmo con que memorializaba poemas de Francisco Luis Bernardez, los versos en inglés y en español de la “Balada de la cárcel de Reading” de Oscar Wilde, traducidos por nuestro admirado y recordado maestro, el académico doctor Mariano de Vedia y Mitre, tío y amigo de don Fernando así como también las versiones, —traducciones libres— del doctor Julio A. Roca, de Shelley, Lord Byron y Rupert Brooke.

Pero sobrevinieron otros tiempos. Recibido de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, trabaja durante toda su carrera en la Asesoría Jurídica del Banco Hipotecario Nacional. Ya graduado se le requirió, en 1951, su adhesión ante inminentes elecciones, a una candidatura presidencial cuya posición política no compartía. Negó su firma, y fue dejado de inmediato cesante.

Convencido que esa circunstancia y la persecución política existente eran un obstáculo para su trabajo profesional, optó por pasar al exilio. Gestionó y obtuvo una beca en el Law Institute of the Americas, Southern Methodist University School of Law, Dallas, Texas, Estados Unidos. Cumplidos los cursos pertinentes el 1° de junio de 1954 recibió el título de Master of Laws in Comparative Law.

Y entonces, es en el plano de la interdisciplinaria donde don Fernando inició y aplicó en sus investigaciones, estudios, artículos, libros y traducciones la rigurosidad metodológica que lo caracterizó, y caracteriza y que dan a su prosa, claridad y elegancia, aun en los más intrincados temas jurídicos.

Reserch Assistant in Conmparative Law en el Law Institute of the Americas, SMU, Dallas, Texas, entre el 1° de junio de 1954 y el 31 de mayo de 1956, integró el grupo de trabajo del doctor Cueto Rúa, e inició la amistad personal e intelectual, a que me he referido, que continuará de por vida.

La naturaleza de los estudios que lleva a cabo en aquella Universidad y su inquietud científica, agudiza su interés en la Teoría General del Dere-

cho y la Filosofía del Derecho. Lo motiva dos figuras descollantes, Wendell Holmes y Roscoe Pound y traducirá más tarde en Buenos Aires dos libros fundamentales, *The Common Law* de Holmes y la *Introducción a la Filosofía del Derecho* de Pound.

En el prefacio de su traducción de “*The Common Law*” de Oliver Wendell Holmes, primera que se hizo en nuestro idioma, Barrancos y Vedia señala que el autor “... llena toda una época en la historia del Derecho de los Estados Unidos, su pensamiento de jurista y filósofo, así como la doctrina que fluye de sus votos como miembro de la Corte Suprema, sus conferencias, escritos y ensayos ejercieron una influencia decisiva en el desarrollo de las instituciones jurídicas de su país”.

El pensamiento de Holmes que rechaza la lógica como único sustento del Derecho se repite en todas sus afirmaciones. “La vida del Derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia”, o cuando dijo “La vida del Derecho se funda en la experiencia y no en la lógica” prueban para don Fernando que este libro escrito en 1881, “Tenía por objeto presentar una visión general the common law” y es la tesis que mantiene luego Holmes en su larga carrera de jurista y magistrado frente al apego a la lógica para explicar el desarrollo del Derecho.

Esta traducción tiene una enorme importancia, exigió un gran esfuerzo para vertir a nuestra lengua locuciones referentes a la historia del “common law” que no pueden ser vertidas al español en una sola palabra. De ahí la riqueza de las notas que incorporó a esta edición y la investigación que le llevó.

En cuanto a la obra de Pound, máximo maestro de la “Jurisprudencia sociológica americana”, advierte en su prefacio que en nuestro medio Wenceslao Escalante, profesor de Filosofía del Derecho, en sus “Lecciones” publicado en 1895 difundió su pensamiento que consideraba al Derecho como fenómeno social vivo y tangible que forma parte de la evolución íntegra de la sociedad y que “la Filosofía del Derecho era una parte especializada de la Sociología General”. En un estudio posterior Barrancos y Vedia desarrollará la posición de este maestro en un artículo que titula “La noción de justicia en la jurisprudencia sociológica americana”, que trasunta una vez más su solvencia en la materia.

En 1956 regresa al país.

Designado abogado en la Procuración del Tesoro de la Nación recibe, del doctor Julio César Cueto Rúa la invitación a integrar su cátedra de

Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Se presenta a concurso y es designado profesor adjunto. Inicia su brillante carrera docente y en esta materia se desempeñará entre 1957 y 1987.

El 6 de noviembre de 1968 obtiene el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires cuya tesis doctoral fue calificada de sobresaliente y recomendada al Premio Facultad. En 1970 obtiene por concurso el nombramiento de profesor adjunto de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, cátedra que desempeñará hasta 1982 en que es nominado profesor titular de la misma, que ejercerá hasta 1988, año en el que es distinguido como profesor consulto.

Miembro titular del Consejo Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, por votación de sus profesores ordinarios en los períodos 1971 – 1973 y 1982 – 1983, elegido en su primera integración, vicedecano. Se debe ahora recordar, por el nivel de sus desempeños, la jerarquía del decano que lo presidió, el doctor Alberto Rodríguez Varela y del vicedecano, nuestro presentado y por la armonía, idoneidad y eficiencia con que la secundaron los consejeros que lo integraban.

Aquiles Guaglianone y Mario Justo López, maestros que se fueron antes, y los miembros de nuestra Corporación, doctores Eduardo Aguirre Obarrío, Hugo Caminos, nuestro ex presidente José Domingo Ray, Víctor Tau Anzoátegui y el profesor doctor Carlos A. Decurgez, con los secretarios profesor doctor Alfredo de las Carreras y el académico de Ciencias Morales y Políticas doctor Gerardo Ancarola, son sus nombres. Al finalizar su mandato presentaron un acabado plan de estudios del más alto nivel para la carrera de abogacía, desafortunadamente ignorado por las autoridades que les sucedieron en la Facultad.

En su carácter de profesor consulto, el doctor Barrancos y Vedia asumirá la Subdirección del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires desde 1986 a mayo de 1989 y el de Director de ese Departamento desde 1989 hasta junio de 1995.

Profesor titular de la Universidad de Belgrano (1986 – 1996) su actividad docente en esa Institución es intensa, a través de cursos, conferencias y jornadas como también con la publicación de sus libros por su editorial

“Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, año 1992; “El debido proceso en el constitucionalismo argentino”, 1993; “El Poder Judicial en el estado de derecho” en el mismo año y “El diseño de políticas públicas por las sentencias de la Corte Suprema”.

El 28 de abril de 1999 es designado miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y en el año 2000 Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, España. El 18 de noviembre de 2005 se lo distingue Miembro Correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales – Instituto de Chile.

Simultáneamente con su situación docente el doctor Barrancos y Vedia desarrollará una labor trascendente en el Poder Judicial Federal que inicia en 1960 al ser designado Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los valores de su personalidad, señalados al principio lo acompañan en su gestión, con el brillo propio de su capacidad intelectual y de su integridad moral.

Su conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación unido a la de su homólogo Tribunal de los Estados Unidos de América, sustentado por su condición de constitucionalista, y por sus estudios e investigaciones anteriores en ese país, le confirieron a su trabajo singular prestigio y respeto.

Designado más tarde Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial en 1963 – 1964 se desempeñará entre 1973 y 1974 y 1976 y 1985 como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Tribunal que presidirá en distintos momentos con su reconocido equilibrio y autoridad. El 1° de marzo de 1984 el Senado de la Nación le otorgó el pertinente acuerdo constitucional.

Como publicista el doctor Barrancos y Vedia es autor de libros, artículos y ensayos de singular gravitación en nuestra doctrina jurídica, por la inteligencia de su enfoque, la originalidad en el desarrollo de sus temas y particularmente por su fundamentación.

Su obra “Recurso Extraordinario y gravedad institucional”, que en su primera versión fue su tesis doctoral recomendada al Premio Facultad, es

editada en 1969, y posteriormente ampliada en una segunda de 1991, ha devenido en un clásico del derecho argentino.

En su prólogo el doctor Genaro Carrió señala que la Corte Suprema de Justicia como intérprete último de la Constitución Nacional, al examinar por vía del Recurso Extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48 no actúa como tribunal de tercera instancia, actúa como un tribunal extraordinario que cumple una función extraordinaria. No le compete revisar puntualmente la resolución recurrida para pronunciarse o atenerse a los puntos recurridos. Su función —para Carrió— es velar en forma exclusiva por la supremacía de la Constitución; y así como la Corte ha flexibilizado la interpretación del caso federal para admitirlo, en los supuestos de arbitrariedad, también extendió esa flexibilidad para aquellos en los que no concurrieron las exigencias procesales del Recurso Extraordinario, pero que la gravedad o el interés institucional del caso hacen inexcusable su intervención por vía del propio Recurso Extraordinario.

En esa inteligencia, el desarrollo y análisis de esta doctrina llevada a cabo por Barrancos y Vedia desde su inicio a través de múltiples casos, que motivaron —más tarde— el pronunciamiento de la Corte en sus diversas composiciones admite para Carrió que “el mejor elogio que puede hacerse al libro es destacar su fidelidad a los hechos y la investigación exhaustiva que se advierte tras de él”.

Y es así, por la autenticidad intelectual que lo caracteriza, que no deja de señalar los riesgos que la doctrina judicial de la gravedad institucional puede originar en el marco de la libre subjetividad de los jueces, de modo tal que afecte los límites del Recurso Extraordinario.

La vigencia de esta obra, inalterable en la consulta profesional y en la investigación jurídica permanente a través de los años, reafirma la presencia de Barrancos y Vedia entre los más destacados juristas argentinos.

Esa senda se mantiene luego con la aparición de otra obra señera, al publicar en 1999 la “Sentencia arbitraria”, fundamental en la bibliografía por el desarrollo de la doctrina que presenta desde el primer caso “Rey contra Rocha” en 1909 en el que la Corte por primera vez dijo que las “... sentencias arbitrarias eran aquellas desprovistas de todo apoyo legal y fundada tan solo en la voluntad de los jueces, y que no lo eran arbitrarias, si el vicio resultaba de una interpretación errónea de las leyes hasta la doctrina que el propio supremo tribunal, cimentó —lo advierte Barrancos

y Vedia— en la introducción de la obra que mencionamos, en el caso “Storani de Boidanich”.

El desarrollo del libro comprende asimismo el tema de la arbitrariedad y la aplicación en nuestro medio del *certiorari*, y los problemas que el mismo suscita en la interpretación de los jueces del tribunal, en el sentido —son palabras de Barrancos y Vedia— que en numerosas ocasiones declararon la inadmisibilidad del Recurso Extraordinario con la sola invocación del artículo 280 del Código Procesal, mientras otros jueces dejan sin efecto la sentencia apelada por la aplicación de la arbitrariedad; señala asimismo Barrancos y Vedia, la situación inversa, cuando una mayoría de jueces descalifica el pronunciamiento apelado por vicio de arbitrariedad, mientras que una minoría declara la inadmisibilidad del Recurso Extraordinario del referido artículo 280.

El libro ofrece una evaluación de la doctrina de la arbitrariedad y sugiere una profunda modificación del artículo 14 de la ley 48 como también en el trabajo interno del Alto Tribunal para lo que se le faculte emitir reglamentos complementarios de las leyes procesales —atribución que si bien hoy existe— puede presentar colisión con normas reglamentarias del Consejo de la Magistratura y afectar la finalidad de hacer más ágil su funcionamiento.

Todo ello es materia del capítulo VII con el análisis de las reformas introducidas por la ley 23.774 de los artículos 280 y 285, del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, y la incorporación en nuestro derecho de la jurisdicción discrecional de la Corte Suprema que constituyen lo que se ha denominada el *certiorari* argentino.

Para el doctor Barrancos y Vedia este aporte de la ley 23.774 es similar al *writ certiorari* del derecho de los Estados Unidos, solo en ese carácter discrecional pues sus planteos y funcionamiento, advierte, son muy diferentes.

A los diez años de la vigencia de la ley 23.774 el doctor Barrancos y Vedia manifiesta que no ha pretendido en esta obra formular una teoría de la sentencia arbitraria —que por lo demás es un concepto prácticamente inasible como lo ha destacado la doctrina— y que sólo ha pretendido revisar la historia de esa doctrina y sugerir algunas vías para solucionar los problemas existentes.

Como maestro transmitió a sus discípulos el imperativo que reclamaba para sí, “el estar al día”.

Nunca transigió con el “quedantismo intelectual” y eso lo revela, en los artículos y comunicaciones académicas recientes.

Ya con anterioridad (1992) criticó acerbamente a quienes, en vista a una posible reforma constitucional, preconizaban el cambio de sistema político establecido en nuestra Constitución Histórica, por “un sistema parlamentario, o sino semiparlamentario o semipresidencialista” y afirmó “que en nuestro país no existió nunca un sistema de gobierno parlamentario ni tampoco semiparlamentario o semipresidencialista”, establecerlo dice “sería una improvisación o una apuesta, algo así como para ver que pasa” y lo recuerda a José Manuel Estrada cuando afirmó: “las fantasías políticas las pagan los pueblos”.

Lejos estaba entonces de pensar, en el híbrido artículo 100, insertado por la reforma a la Constitución de la Nación de 1994, cuya vigencia no es del caso ahora valorar.

En otro momento, agosto de 2003, en una comunicación en la Ac. N. de C. M. y P., que tituló “Legitimidad del control judicial de la constitucionalidad”, frente a una peregrina doctrina que pretende derivar ese control a un “adecuado proceso de reflexión colectiva” y agregaba “que una discusión pública resulta una herramienta privilegiada” Barrancos y Vedia la rechaza y trae a colación (Fallos 137:47) en el caso “Horta c. Harguindeguy” de la Corte Suprema de Justicia dijo “la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los Poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución”.

Más tarde en octubre de 2005 presenta un pormenorizado estudio sobre el “Juicio por jurados” y destaca las causantes de que a pesar de ser una institución prevista en la Constitución Histórica de 1853/1860 y mantenida en la reforma de 1994 nunca se lo instaló.

Destaca Barrancos y Vedia que las tres cláusulas constitucionales referidas al juicio por jurados fueron materia de honda preocupación para los convencionales constituyentes de 1853. Observa que el artículo 24 de la Constitución alude al futuro “*El Congreso proveerá*”, el actual artículo 75 inciso 12 reza “*Que al Congreso corresponde dictar leyes generales para toda la Nación que requiera el establecimiento de juicios por jurados*”, y el 118 señala “*Que los juicios criminales ordinarios terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución*”.

A ello agrega que la Corte Suprema decidió reiteradamente, sobre el particular, que las apuntadas normas constitucionales; “no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados y no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación”. Referencias todas que llevan para el futuro sin plazo.

Al no ajustarse a la idiosincrasia de nuestro pueblo, ni a sus tradiciones, posición sostenida por distinguidos juristas y que esa opinión mayoritaria se ha mantenido a través de diez generaciones, y a pesar de los múltiples proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación para ser regulado, lo llevan a Barrancos y Vedia a preguntarse “si resulta viable establecer el juicio por jurados sin tradición alguna en nuestro país”.

Ratifica su posición contraria y reafirma en todos sus términos la declaración de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 23 de julio de 1998 que consideró (entre otras causales) que “la implantación del juicio por jurados sería inoportuno e inconveniente, además de aumentar los costos de la justicia”.

En tiempos recientes la posición de doctrinarios y juristas que auspician la creación de un Tribunal Constitucional, único y centralizado que reemplace nuestro sistema de control judicial difuso de constitucionalidad, motiva ahora en nuestro presentado un manifiesto y total disenso, y así lo plantea en un trabajo cuyo título es un interrogante “¿Un Tribunal Constitucional para la Argentina?”.

Apela a Alberdi cuando dijo: “La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene poder de legislar: *derogar es legislar*. Declarada inconstitucional la ley sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga”.

Advierte que esa pretensión de instalar un modelo europeo que repugna a nuestro “control vigente desde hace 125 años, ni desbordes ni temores de vernos sometidos, —como lo señaló Carrió—, a un gobierno de los jueces y se pregunta: ¿por qué se pretende modificar sustancialmente un sistema que ha funcionado perfectamente?”.

Califica aquella posición de “esnobismo constitucional” y lo reputa, “análogo a la introducción en el articulado de nuestra Constitución del Consejo de la Magistratura, organismo éste cuyo desprestigio es paralelo a su creciente politización”. Y observa, que esa creación quebrará definitiva-

mente el sistema tripartito de poderes creado por nuestra Constitución Histórica, siempre respetado a través de las contingencias sucedidas a lo largo de 150 años.

Palabras proféticas expresadas con la claridad y valentía con que expone su pensamiento, sustentado por su autoridad moral y su reputado valor científico.

Señoras y señores

El académico Barrancos y Vedia nos hablará esta tarde “Acerca del equilibrio y control entre los Poderes del Estado”, tema de rigurosa actualidad entre nosotros por los momentos críticos que los afecta.

Su nivel y altura intelectual le dará a su disertación el valor de un singular aporte y a nosotros gran expectativa al recibirla.

Al celebrar su incorporación, no puedo menos que asociar a este acto a la señora María Inés Ungaro de Barrancos y Vedia, abogada y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el aliciente que le presta a su trabajo y la fina calidad y distinción con que lo acompaña.

Doctor Barrancos y Vedia:

Sus pares al recibirlo están seguros del valor de su participación protagónica en la consecución de la actividad de la Corporación.

ACERCA DEL EQUILIBRIO Y CONTROL ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO

POR FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Julio C. Otaegui.

Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Dr. Gregorio Badeni.

Señores Académicos

Señoras y Señores:

Agradezco profundamente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la distinción que me ha conferido al designarme miembro de número de la más alta corporación jurídica de nuestro país.

Habré de ocupar el sitio número 4, consagrado a la memoria del Dr. Roberto Repetto, ilustre magistrado y jurista, que fue sucesivamente Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1923 y luego Presidente, entre 1932 y 1946, a quien le tocó presidir el Alto Tribunal en circunstancias políticas cambiantes, demostrando en todo momento sus altas calidades de Juez y ciudadano ejemplar, obsesionado por el fiel cumplimiento de la ley y el imperio de la Justicia.

(*) 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 11 de setiembre de 2008.

Asimismo, habré de reemplazar en el sitial que me corresponde, al Dr. Julio César Cueto Rua, a quien me unió una larga y firme amistad, iniciada en 1953 en la Southern Methodist University, de Dallas, Texas, Estados Unidos, y mantenida en todo momento, hasta su fallecimiento el 30 de mayo de 2007. Colaboré con el Dr. Cueto Rua en su Cátedra de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante largos años.

Cueto Rua fue un auténtico pensador y filósofo del Derecho, Presidente del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Subdirector del “Law Institute of the Americas”, Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, Profesor Emérito de las Universidades de Buenos Aires y de La Plata, Profesor en las Universidades Norteamericanas de: Louisiana State, Southern Methodist University y Southwestern Law School, entre muchas otras actividades de su extensa carrera académica.

Pero ello no le impidió el ejercicio activo de la política partidaria, pues fue Presidente de la Federación Nacional de Partidos de Centro de nuestro país. Publicó en 1957 “*El Common Law*”, libro pionero sobre el tema en el mundo jurídico de habla española; asimismo publicó en 1981 “*Judicial Methods of Interpretation of the Law*”, Louisiana State University, y en 1999 “*Una visión realista del Derecho. Los Jueces y los Abogados*”. Su pensamiento iusfilosófico estuvo influido por Carlos Cossio, entre nosotros, y por los juristas y filósofos norteamericanos Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo y Karl Llewellyn. Cueto Rua aportó al tema de la interpretación judicial del Derecho una teoría general de los valores jurídicos, tema este último que fue de su especial consideración.

Cabe recordar, asimismo, que Cueto Rua sucedió en 1981 en el sitial N° 4 de esta Academia al Dr. Sebastián Soler, de quien al asumir la función dijo que “*fue un formidable ejemplo del poderío de la razón aplicada a la interpretación y al desarrollo del derecho, para hacer de él un sistema coherente*”. Con toda justicia puede aplicarse al mismo Dr. Cueto Rua ese certero concepto, pues su preocupación por hacer del Derecho un sistema vital y racional al mismo tiempo, fue central en toda su obra.

Por último, me tomo la licencia de recordar en este acto a una persona que fue muy importante en mi formación intelectual y jurídica, y que por espacio de más de treinta años –desde el 9 de noviembre de 1927, ocupó el sitial N° 7 (Bartolomé Mitre), de esta Academia. Me refiero al Dr. Mariano

de Vedia y Mitre –hermano de mi madre-, a quien quiero además rendir un recuerdo a su memoria, cuando se cumplen cincuenta años de su fallecimiento.

En el funcionamiento real y actual de las instituciones y órganos de gobierno establecidos por nuestra Constitución Nacional se ha producido un claro desequilibrio funcional, específicamente y en primer lugar entre el Ejecutivo y el Legislativo, lo cual ha conducido en determinadas situaciones a un estado de bloqueo o parálisis, y otras veces (que en verdad han sido muchas en nuestra historia política e institucional), el desequilibrio en el funcionamiento armónico del Ejecutivo y el Legislativo previsto por el texto constitucional ha llevado a consolidar en los hechos una clara supremacía y preeminencia del Ejecutivo, distorsionándose el papel que la Constitución adjudicó a cada uno de ellos.

Es de tener presente que en la Ley N° 24.309 de “Declaración de la necesidad de reformar parcialmente la Constitución Nacional” (publicada en el B.O. del 31-12-93), se indicaba expresamente en el llamado “Núcleo de coincidencias básicas”, art. 2, punto A, entre las finalidades, sentido y alcances de la entonces proyectada reforma constitucional, la de “Atenuación del sistema presidencialista”, para lo cual se preveía la creación de un “Jefe de Gabinete de Ministros”, pero al mismo tiempo se acordaba “la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia” (punto G). Lo cierto y en los hechos, es que esa mentada “atenuación del sistema presidencialista”, a catorce años de sancionada la reforma de 1994, demostró su más completa y absoluta inoperatividad, pudiendo afirmarse que en definitiva se logró lo contrario de lo que ampulosamente se anunciaba como una de las finalidades de la reforma, pues el Poder Ejecutivo aumentó enormemente sus atribuciones y su fortaleza.

Múltiples son, por cierto, las causas que han contribuido a tal situación, algunas derivadas de la propia estructura interna y funcionamiento de los órganos legislativo y ejecutivo y otras provenientes de causas externas de diversa índole, históricas y políticas, principalmente.

En nuestro país, las funciones mutuas de control no han funcionado debidamente, pudiendo hacerse notar el subdesarrollo político de la sociedad argentina, caracterizada por la ignorancia y el desprecio a la ley, así como la presencia de fuertes connotaciones de “paternalismo”. Como un duro ejemplo de tal situación, al ser interrogado el jefe del bloque mayoritario del Senado de la Nación por parte de una periodista, acerca de si

tenía en agenda temas para impulsar en el 2008, contestó de manera insólita: “*En principio no. Hay temas que van a ir llegando desde el Poder Ejecutivo ...*”, y a la pregunta: “*Vendrán reformas estructurales?*”, contestó: “*Las reformas las tiene que plantear el Poder Ejecutivo. Nosotros vamos a hacer un acompañamiento de sus políticas: nuestra tarea es la tarea de respaldar firmemente el diseño de la política. No estamos para andar sancionando leyes al libre albedrío, sino más bien para dar una posición de cohesión con la política del gobierno nacional*” (conf. diario La Nación del viernes 11 de enero de 2008).

Para más datos cabe agregar que el Senador que así contestó es, además, abogado. El citado Senador ignora —o, peor aún, no quiere cumplir— la clara y categórica norma del art. 77 de la Constitución Nacional: “*Las leyes podrán tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece la Constitución*”.

Nuestra Constitución Nacional de 1853/1860 previó, siguiendo las enseñanzas de Alberdi, la instauración de un Poder Ejecutivo fuerte, continuando con ello nuestra nutrida experiencia histórica de una autoridad ejecutiva personal y vigorosa para traer paz y tranquilidad a las provincias y al país unificado. Alberdi sostenía que hay que dar al Ejecutivo todo el poder, pero a través de una Constitución, es decir, se trataba en definitiva de un poder controlado. La separación de poderes establecida en el texto constitucional, siguiendo la doctrina clásica en la materia, significó distribuir las funciones del poder en diversos órganos, estableciendo entre ellos controles mutuos, frenos y equilibrios o contrapesos. Sabemos que la doctrina tenía un fin último: sostener y defender la existencia de los derechos personales frente al Estado, siendo para ello un medio directo y eficaz esa división y distribución del poder entre diversos órganos que se controlaran y compensaran mutua y recíprocamente.

Cabe recordar que en uno de sus primeros fallos, la Corte Suprema de Justicia reconoció a la división de poderes como “un principio fundamental de nuestro sistema político” (Fallos: 1:32).

Ahora bien, es cierto que la doctrina de la separación de poderes fue objeto a lo largo del siglo XX de críticas, comentarios y observaciones que, en última instancia, llevaron a su reformulación. Así, Loewenstein expuso una nueva división: “*la decisión política conformadora y fundamental*” (*policy determination*); la “*ejecución de la decisión*” (*policy execution*); y

el “*control político*” (*policy control*). Por otra parte, es asimismo de recordar que ya en “El Federalista” - 51, Madison había sostenido que era preciso idear la estructura interna del gobierno de modo tal que sus diversas partes constitutivas pudieran, en virtud de sus relaciones mutuas, ser el medio para mantener a cada una de las otras dentro de sus límites, idea que Montesquieu había expuesto sintetizada en la afirmación de que “*es necesario que el poder detenga al poder*”.

El control político persigue el claro objetivo de impedir que el poder se use de manera abusiva o arbitraria. La distribución de poder entre diversos órganos implica así establecer para cada uno de ellos un freno o limitación, como también la posibilidad de ejercer control sobre los otros, lo cual en el derecho constitucional de los Estados Unidos se llama el sistema de “*frenos y contrapesos*” (*checks and balances*).

Nuestra Constitución histórica previó el juego armónico y equilibrado de los tres grandes poderes del Estado, estableciendo controles mutuos para que cada uno se mantenga estrictamente dentro de los límites que la propia Constitución le determina, pues como heredera del sistema constitucional de los Estados Unidos, descansa en “la cuidadosa interacción y coordinación mutua de los poderes” (conf. Manuel José García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, “*Las fuentes de la Constitución Nacional – Los principios fundamentales del derecho público argentino*”, ed. Lexis Nexis 2006, pág. 237).

La extensión del poder presidencial a que se ha llegado hoy en los hechos y la consiguiente disminución del poder político del Congreso obedece a causas de variada índole que son deformaciones estructurales o funcionales, provenientes muchas veces de la enérgica toma de posiciones por parte de otros medios o instituciones y el reconocimiento o aceptación legislativa de esa situación.

Loewenstein sostenía que dicha doctrina significa el “*reconocimiento que el Estado tiene que cumplir determinadas funciones y que los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes, en realidad, distribución de determinadas funciones estatales en diferentes órganos del Estado*” (“Teoría de la Constitución”, pág. 55). La concepción de “control” debe reemplazar a la de “separación” o “división”, a los fines de la consolidación del Estado de Derecho: controles intra-órganos y controles inter-órganos.

El mismo Congreso de la Nación ha declinado muchas veces el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como ser, mediante las amplias y frecuentes delegaciones al Poder Ejecutivo; el Poder Judicial ha sido objeto de sucesivos “vaciamientos” y designaciones efectuadas con un claro fin político partidario, con lo cual se desvanece su más importante función cual es la de actuar como “guardián de los derechos y garantías personales” (especialmente los de las minorías), así como custodio del sistema político de la Constitución.

En el año 1983, hace ya 25 años, se restableció el orden total de la Constitución Nacional. Los argentinos pensamos que por fin el país habría de encaminarse al cumplimiento estricto de los derechos y garantías consagrados por la Constitución, así como que el funcionamiento de los poderes públicos se ajustaría a los principios y reglas del ordenamiento superior del Estado. Pero a partir de la reforma constitucional de 1994, y especialmente durante los últimos años se ha producido un verdadero quiebre en el funcionamiento constitucional de los tres poderes del Estado. Esta situación, en nuestra opinión, es demostrativa de una clara desconstitucionalización por acción de los mismos órganos del Estado, que han afirmado constante y voluntariamente medidas y normas al margen —o directamente en contra— del texto constitucional, que tienen la obligación de aplicar y defender.

Como dijimos antes, con la ley 24.309, se declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, y de conformidad con los artículos 6 y 7, “*serían nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2, y 3 de la ley*”, así como “*la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Unico de la primera parte de la Constitución Nacional*”.

Asimismo, es de tener presente que los objetivos de la reforma de 1994 eran “*generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del Poder del Estado*”, con la finalidad de lograr “*la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, y la mayor independencia del Poder Judicial*” (Sesión del 27 de julio de 1994, diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, págs. 2210/2211).

Debe aquí consignarse que muy a pesar de tales objetivos, como ya lo hemos indicado, se han producido consecuencias contrarias a las allí se-

ñaladas. En efecto, la realidad actual nos demuestra que se ha fortalecido el sistema presidencialista, se ha atenuado el rol del Congreso (casi hasta su desaparición), y el Poder Judicial —por obra y gracia del Consejo de la Magistratura, especialmente—, ha visto restringida la verdadera independencia funcional de la Corte Suprema como órgano superior de uno de los poderes del Estado.

Por la ley 26.080 (del 24-02-06) (Adla, LXVI-B, 1355) se modificó la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, se alteró el “equilibrio” entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal” (art. 114, Const. Nac.), pues los representantes políticos ahora son siete sobre trece miembros. Cabe recordar que la anterior ley (N° 24.937) (t.o. 1999) (Adla, LIX-C, 2797) fijaba en veinte la totalidad de sus miembros: nueve representantes políticos, cinco jueces, cuatro abogados, y dos representantes académicos. De tal manera, entendemos que ahora se ha buscado el predominio del sector político en la integración del Consejo, y ello se ha manifestado clara y públicamente en la actuación posterior del Consejo, cuando la Constitución Nacional lo que buscaba era que ningún sector fuera dominante en su funcionamiento.

Asimismo, en estos momentos se pretende modificar el reglamento de Concursos, para darle más celeridad, eliminando los exámenes anónimos de los concursantes y aumentar la discrecionalidad en la selección, con base en que la designación de un juez es una cuestión “técnica, pero política”. Con ello, todo el aparato del Consejo de la Magistratura da un giro acercándose al sistema de designación de jueces anterior a la creación de tal organismo. Asimismo, es de tener presente que en abril de 2008, debido a la lentitud de los trámites, el Consejo tenía 128 vacantes por cubrir y un alto porcentaje de concursos con los plazos vencidos.

Igualmente, el Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, en declaraciones públicas, afirmó que la propuesta de reformar el sistema de selección para la designación de jueces, busca “sojuzgar el Poder Judicial a los intereses políticos, legalizando la discrecionalidad política”, agregando que “hoy no están dadas las condiciones para procesar a un funcionario en actividad, sin perjuicio de que existen muchísimos jueces que tendrían la valentía de hacerlo, pero puede ser a costa de su puesto. El juez superhéroe no es lo razonable. Las presiones no son sólo del Gobierno, también están las condenas mediáticas” (cnf. Diario La Nación, lunes 21-04-08, págs. 1 y 8).

Más grave aún es lo que decidió la ley 26.122, del 27 de julio de 2006, la cual doce años después de la reforma constitucional de 1994, que estableció el “Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes”, creando la integración, competencia y funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente prevista en los arts. 99, inc. 3°, y 100, inc. 12° y 13°, de la Constitución reformada en 1994.

La ley 26.122 tiene por objeto “regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo”. Cabe recordar que el art. 99, inc. 3°, establece en su segundo párrafo que *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*, para seguidamente limitar tal enfática declaración, consignando que *“... solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros, que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros”*.

Esta ley N° 26.122 (Adla, LXVI-D, 3619) incurre en dos graves fallas constitucionales que han privado a la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia de toda entidad. Pensamos que esas gruesas fallas constitucionales fueron voluntariamente decididas por los legisladores, en una demostración cabal y categórica del camino de la desconstitucionalización fundada en el desprecio de las normas constitucionales, o en su ignorancia consciente, abdicando de atribuciones propias para cedérselas al Poder Ejecutivo.

En primer lugar, la ley no determina un plazo para que se expidan las Cámaras del Congreso, y en segundo lugar, establece que el rechazo por parte de una sola de las Cámaras es insuficiente para derogar el decreto de necesidad y urgencia. O sea que el mero rechazo por una de las Cámaras, o el silencio de ambas, permite mantener la vigencia del decreto presidencial según la terminología de la ley (art. 24). Ello es opuesto a la lógica constitucional y a lo que establecen en el punto las Constituciones de España y de Italia, así como también el Estatuto Organizativo de las Instituciones de la ciudad de Buenos Aires (art. 91).

Asimismo, la no determinación de un plazo para que se expidan ambas Cámaras del Congreso, es contraria al uso actual y lógico de la institución.

Lo racional (y constitucional) es que en caso de silencio durante un lapso determinado, se opere la caducidad de los actos legislativos del órgano ejecutivo de gobierno. Como también lo racional (y constitucional) es que el rechazo de una sola de las Cámaras opere la pérdida de vigencia del decreto de necesidad y urgencia. Las leyes comunes se sancionan por el voto afirmativo de ambas Cámaras.

Como con acertada exégesis lo manifestaba el Dr. Gregorio Badeni (“Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”, publicado en LA LEY, 2006-D, 1229) “... *la incorporación de instituciones propias de un sistema parlamentario en un régimen presidencialista puede conducirnos a la antesala del autoritarismo por obra de la desconstitucionalización*”, así como que “... *lo que debía ser excepcional se transformó en usual debido a la deliberada inoperatividad del Congreso en el ejercicio de sus facultades de control*”, e igualmente que la separación de las funciones gubernamentales entre órganos independientes tiene por objetivo “evitar la concentración del poder político con su secuela inevitable: el cercenamiento de los derechos y libertades que procura apuntalar un sistema democrático constitucional”, desde que “la división de poderes es un instrumento de lucha contra el absolutismo y la consolidación de un tipo histórico de forma política vigente en las naciones políticamente civilizadas, para garantizar la libertad y seguridad de las personas”.

Según informes muy recientes, en los últimos cuatro años, durante el gobierno anterior el Poder Ejecutivo firmó 249 decretos de necesidad y urgencia, todos convalidados por la Comisión Bicameral Permanente (que tiene mayoría de legisladores del grupo mayoritario), así como en los primeros seis meses de funcionamiento se habían ratificado 164 de tales instrumentos. Es de tener presente que quienes formaron el sector minoritario de tal Comisión Bicameral, expresaron su oposición, en virtud de que ellos no revestían el carácter de “necesidad” ni de “urgencia”.

Ahora bien, la norma quizá de inconstitucionalidad más severa de las hasta aquí examinadas, fue la ley 26.124, del 7 de agosto de 2006, que se limitó a modificar un solo artículo de ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (Adla, LII-D, 4002), el artículo 37, estableciendo la nueva redacción, en su tercer párrafo, en el sentido que “*El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las*

modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades”.

En virtud de esta ley, el propio Congreso Nacional, una vez más, abdicó de facultades propias. De acuerdo con normas claras y expresas de la Constitución Nacional, es atribución del Jefe de Gabinete “... *enviar al Congreso el proyecto de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo*”, y “... *hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional*” (Art. 100, inc. 6 y 7, C.N.). Por su parte, corresponde al Congreso de la Nación “*fixar anualmente ... el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión*” (art. 75, inc. 8, C.N.).

O sea que el Jefe de Gabinete envía al Congreso el proyecto de ley de presupuesto, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo, pero corresponde al Congreso fijar (establecer o aprobar) el presupuesto general de gastos y recursos de la Administración Nacional, y en última instancia, el Jefe de Gabinete “*ejecuta la ley de presupuesto nacional*”. Pero de ninguna manera el Jefe de Gabinete puede constitucionalmente disponer reestructuraciones presupuestarias de carácter permanente que considere necesarias, como ahora lo establece la ley 26.124.

Es cierto que en ocasiones mediante decretos de necesidad y urgencia se dispusieron modificaciones transitorias y parciales al presupuesto general de la Nación. Pero nunca antes se autorizó a favor del Poder Ejecutivo una reestructuración permanente, sin necesidad de emergencia, lo cual significa que el propio Congreso se desprende de una facultad propia e indelegable, renunciando a su función de control. Esa facultad de reasignar partidas presupuestarias no está sujeta a control alguno. Es decir, que con esa norma se ha consumado un gravísimo agravio al necesario equilibrio y control entre el Legislativo y el Ejecutivo. Así se ha dicho que estos superpoderes sumados a la “reglamentación” de la Comisión Bicameral Permanente, han convertido en inexistente al Congreso.

Ahora bien, es de considerar que muy recientemente y con el fin de dar “mayor institucionalidad” a la Administración Nacional, se informó que se estudia la posibilidad de que la titular del Poder Ejecutivo envíe al Congreso un proyecto de ley para volver a modificar el art. 37 de la ley de

administración financiera, o sino que el Poder Ejecutivo no haga uso de decisiones administrativas como herramientas del Jefe de Gabinete para redistribuir partidas presupuestarias, si bien la ley 26.124 se mantendría, en ese caso, en su redacción de 2006. Es de tener presente que en los primeros ocho meses del mandato de la actual titular del Poder Ejecutivo, se reasignaron partidas presupuestarias por 3.500 millones de pesos (conf. “La Nación” del 26 de agosto de 2008, pág. 5).

Por nuestra parte pensamos que si bien ese proyecto es loable “en el camino tendiente a la recuperación de las instituciones”, lamentamos que no sea el propio Congreso de la Nación quien por su iniciativa promueva la supresión de esa delegación inconstitucional.

También en mayo del año 2007 se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto suscripto por los entonces presidente y vicepresidente del cuerpo, el presidente del bloque mayoritario, y el presidente de la Comisión Mixta Revisora de Cuentas del Congreso, que disminuía de manera ostensible la “autonomía funcional” que el art. 85 de la C.N. acuerda expresamente a la Auditoría General de la Nación, pretendiendo establecer que la Comisión Mixta Revisora de Cuentas del Congreso pudiera “*instruir a la Auditoría General sobre cuestiones de su incumbencia*”. Pero a último momento se decidió retirar el proyecto, por razones políticas circunstanciales.

Asimismo, otro marcado desprecio por el control entre los poderes Legislativo y Ejecutivo resulta del incumplimiento voluntario y reiterado por parte del Jefe de Gabinete de su obligación constitucional de “*concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente, a cada una de las Cámaras, para informar de la marcha del gobierno*” (art. 101, C.N.).

Ahora examinaremos una cuestión de máxima gravedad y trascendencia institucional. Se trata nada menos que analizar la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en aquellas importantes decisiones dictadas entre 2004 y 2007, en las que se puso en juego la aplicabilidad de algunas normas de tratados internacionales de derechos humanos o del llamado derecho internacional consuetudinario, en colisión con cláusulas y principios fundamentales de nuestra Constitución Nacional. Es de tener presente ante todo que los jueces de la Corte Suprema han jurado “*desempeñar sus obligaciones administrando justicia bien y legalmente, y de conformidad a lo que prescribe la Constitución*” (art. 112, C.N., anteriormente era el art. 98, no modificado en 1994).

Es cierto que el art. 75, inc. 22, C.N., dispone que los tratados internacionales que allí se enumeran “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”. La redacción de esta cláusula ha suscitado grandes dudas, pero cabe interpretarla en el sentido de que los tratados internacionales sobre derechos humanos aludidos, si bien tienen “jerarquía constitucional”, están subordinados al texto correspondiente de la C.N., pues completan o complementan los derechos y garantías allí expresos, sin modificar ninguna cláusula o artículo de la primera parte (como los arts. 18 y 27) que, por otra parte, no podrían modificar, bajo pena de nulidad absoluta e insanable (Conf. Arts. 6 y 7, ley 24.309).

Los tratados internacionales de derechos humanos, si bien tienen jerarquía constitucional, no integran la Constitución, sino que la complementan, siendo así accesorios de lo complementado; asimismo, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden desconocer los derechos y garantías expresos en la primera parte de la Constitución Nacional (conf. art. 7, ley N° 24.309—Adla, LIV-A, 89—, y art. 75, inc. 22, de la reforma de 1994). En consecuencia, como lo han sostenido distinguidos juristas como Gregorio Badeni (“El caso Simon y la supremacía constitucional”, pub. en LA LEY, 2005-D, 639/657), Jorge R. Vanossi y Alberto R. Dalla Via (“Régimen constitucional de los tratados”, 2da. ed. Lexis Nexis, 2000, pág. 325), y Manuel José García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, (“Las fuentes de la Constitución Nacional – Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino”, ed. Lexis Nexis, 2006, págs. 220/224), los tratados internacionales, sean o no de derechos humanos, tienen carácter supralegal, pero infraconstitucional.

Esta es una cuestión que ha motivado comentarios y análisis por parte de distinguidos juristas, e incluso esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que hoy me recibe, expidió una declaración analizando críticamente el caso “Arancibia Clavel”, del 24 de agosto de 2004, y cabe agregar que la compartimos en todos sus términos.

En “Arancibia Clavel” cinco jueces del Alto Tribunal realizaron una interpretación inconstitucional de la Constitución Nacional recayendo así en lo que calificada doctrina llama “*la consolidación jurídica de la desconstitucionalización*”. En definitiva, el voto mayoritario sostuvo, en contradicción con las normas de los arts. 18 y 27 de la Constitución Nacional—que habían jurado cumplir— la aplicación retroactiva de un tratado in-

ternacional en materia penal, en tanto los principios de legalidad y de irretroactividad son innegablemente de derecho público. El derecho internacional consuetudinario no puede crear delitos ni penas.

No es mi intención en esta oportunidad efectuar un detenido análisis crítico de la doctrina mayoritaria del caso “Arancibia Clavel”, que como dijimos anteriormente, ya fue realizado por la más importante doctrina jurídica de nuestro país. Cabe sí agregar que si bien el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados dice que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, a su vez el art. 28 señala que “*las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte*”, así como el art. 46 establece que “*el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno*”. No cabe duda que los arts. 18 y 27 de la C.N. son de “importancia fundamental” en nuestro derecho.

El 14 de junio de 2005, la Corte Suprema dictó sentencia en autos “Julio H Simón...” en el cual, la opinión de los jueces que constituyeron la mayoría, significó un claro ejemplo de incumplimiento de cláusulas y principios constitucionales. En este caso se subordinó la Constitución Nacional al derecho internacional, cuando el art. 27 de la C.N. dispone que los Tratados Internacionales se deben adecuar a los principios de derecho público de la Constitución Nacional, y no al revés; el voto mayoritario llega al extremo de desconocer la Constitución Nacional cuando aquella integración resulta inviable (como sostenía el Dr. Badeni en su trabajo “*El caso Simón y la supremacía constitucional*”, pub. en LA LEY, 2005-D, 639).

Además, es de tener presente que el art. 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), sostiene expresamente los principios de legalidad y de irretroactividad penal, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobada en nuestro país por la ley 23.313, del año 1986), con una reserva en el sentido de que la aplicación del apartado segundo del art. 15, “deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra C.N.”.

Ahora bien, cabe recordar que mediante las leyes 23.492 del año 1986 (llamada de “punto final”) y 23.521 del año 1987 (llamada de “obediencia debida”) (Adla, XLVII-A, 192; XLVII-B, 1548), el Congreso Nacional había sancionado una verdadera amnistía. Pero esas leyes fueron derogadas en 1998 por la ley 24.952, y luego, cinco años más tarde, por la ley 25.779, del año 2003 (Adla, LXIII-E, 3843), se declaró la nulidad de ambas leyes, ya derogadas anteriormente. El Congreso no puede declarar la derogación y luego la nulidad de leyes dictadas con anterioridad, con efecto retroactivo, pues ello implica la más absoluta inseguridad jurídica con grave desconocimiento de garantías fundamentales de la Constitución Nacional.

Es de reconocer asimismo, que el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dice categóricamente que “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte” (naturalmente alude a la Corte Interamericana de Derechos Humanos). De tal manera, las decisiones de ese Tribunal no son obligatorias para los Estados que no han sido parte en el caso.

Luego, el 13 de julio de 2007, en autos “Julio L Mazzeo”, la opinión mayoritaria de la Corte Suprema decidió que: existe imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad, y el instituto de la cosa juzgada y el de *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de los delitos contra la humanidad.

Por su lado, el voto disidente del Dr. Fayt sostuvo que no existe norma alguna en nuestro sistema constitucional que permita realizar un tratamiento diferente al instituto del indulto si éste recayere sobre delitos de lesa humanidad, así como si se sobreesió a una persona imputada de un delito, no hay manera de disponer la reapertura del proceso, sin vulnerar el principio de la cosa juzgada y la garantía en contra de la múltiple persecución. Cabe agregar que en este caso la jueza Dra. Argibay sostuvo que ni la Corte Suprema puede eludir los efectos de la cosa juzgada.

En la convención reformadora de 1994 no se aprobó una propuesta presentada por una convencional, consistente en incorporar al texto del art. 75, inc. 22, una cláusula por la cual “*en relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán*

ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto, serán imprescriptibles". "Asimismo, diversos convencionales propusieron excluir expresamente a los llamados crímenes de lesa humanidad de los beneficio del indulto y amnistías, pero ninguno fue aprobado" (conf. Alfredo M. Vítole, "La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad" —nota 47, donde cita la lista de proyectos presentados en tal sentido—).

Igualmente ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como tampoco la Convención Europea de Derechos Humanos, ni la Convención Americana hacen referencia expresa a la existencia de delitos excluidos de la posibilidad de que se les aplique la amnistía o el indulto. No obstante, diversas cláusulas de estos tratados nos permiten sostener que tampoco ellos prohíben tales medidas. Por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica establece que no puede impedirse a un condenado a muerte solicitar la amnistía o el indulto —art. 4, inc. 6—. El mismo principio se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que va mas allá aún, ya que estipula enfáticamente que la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos —art. 6, inc. 4—. Si consideramos que ambos tratados estipulan que la pena de muerte sólo podrá establecerse para los crímenes "más graves" (Pacto de San José de Costa Rica, art. 4, inc. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, inc. 2), y que los crímenes de lesa humanidad revisten precisamente esa condición, no cabe otra interpretación más que admitir la validez de las amnistías o indultos para este tipo de delitos.

Por último, ratificando el voto de la disidencia en cuanto a la inmutabilidad de la cosa juzgada, es de observar que la sentencia anterior en el caso a favor del acusado (dictada por la propia Corte Suprema), no había sido obtenida fraudulentamente, y por ende, sus efectos son irrevocables (de los votos de los Dres. Fayt y Argibay). El art. 8, inc. 4, de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, el art. 14, inc. 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 20, inc. 1, del Estatuto de Roma, sostienen rotundamente la inmutabilidad de la cosa juzgada. Nuestra Corte Suprema, en fallos anteriores, había sostenido que la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional.

Los votos de la mayoría de los jueces integrantes de la Corte Suprema en esta materia incurren en corrupción del orden constitucional, lo cual se manifiesta en reiteradas decisiones que subvierten el orden jerárquico de las normas jurídicas de nuestro país. La Corte Suprema debe cumplir una

tarea educativa, como así también el titular del Poder Ejecutivo, los ministros y los legisladores. Al ignorar, burlar o despreciar las normas básicas del ordenamiento jurídico-constitucional, se ejerce una función deletérea en el arduo camino de la educación social, fomentando la destrucción o la inutilidad de los fundamentos mismos de la comunidad argentina, que se organizó en 1853. Fuera de la Constitución, sólo cabe la anarquía o la tiranía.

Por otro lado, la Corte, con posterioridad al dictado de sus fallos en casos “Arancibia Clavel” (LA LEY, 2004-E, 827), “Lariz Iriondo” (LA LEY, 2005-C, 583) y “Julio H. Simon”, afirmó en “Barreto c/ Provincia de Buenos Aires”, del 21 de marzo de 2006 (LA LEY, 2006-B, 598), *“la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema”*, aludiendo seguidamente a *“la impostergable necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional correspondiente a esta Corte”*. Lástima grande que la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema en los fallos antes citados no había seguido tales principios, y en la posterior sentencia de “Julio L. Mazzeo” ignoró totalmente esa *“impostergable necesidad”*.

En razón de esos fallos, la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema incurrió o avaló estas herejías constitucionales: aplicó los tratados internacionales de derechos humanos como superiores jerárquicos a la Constitución Nacional, sostuvo la aplicación retroactiva de esos tratados, sostuvo a la llamada costumbre internacional (o derecho internacional consuetudinario) como fuente de delitos penales en nuestro país, lo cual, por cierto, nunca siquiera intentó demostrar, ignoró los principios constitucionales de legalidad penal y de cosa juzgada, y decidió incluso en contra de normas expresas de esos tratados, cuando la solución sería opuesta a su intencionalidad político-ideológica. Estamos ante supuestos de aplicación del llamado derecho penal del enemigo, como lo vislumbraba el Dr. Fayt en sus votos en disidencia en los casos “Simon” y “Mazzeo”? Así, sostuvo el Dr. Fayt en su voto del caso “Simon”, considerandos 95 y 96: *“... que pese al indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa, sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho. Tal como se señaló en el precedente Arancibia Clavel, los preceptos liberales de la Constitución Ar-*

gentina deben ser defendidos férreamente ... a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso y artificioso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllas ... lo contrario implicaría que ... los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas (Estado) ... consagrándose así un derecho penal del enemigo ... El principio de legalidad es así visto como un impedimento que el legislador procura eludir conscientemente en atención a las complejidades derivadas del mandato de determinación que dicho principio conlleva ... En un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre “amigos” y “enemigos” en la clásica distinción de Carl Schmitt ... Por el contrario, en un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre “ciudadanos” y “enemigos” como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos ... En efecto, los derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad) y procesal penal, son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho ...”

Análogos conceptos expresó el Dr. Fayt en su voto disidente del caso “Mazzeo” (considerando 34), agregando que “... no existe un derecho constitucional a la pena. En efecto, la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal ... La persecución penal, sin respeto a las garantías del individuo, invertiría la función que los derechos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto, esta vez so pretexto del sugerente -aunque artificioso- argumento de protección a las víctimas”.

Cabe agregar que teóricos de la materia han sustentado su opinión a favor de la abrogación del llamado derecho penal del enemigo, sobre la base de opinar que “al individuo anti-sistema también debe tratárselo con respuestas intra-sistémicas, puesto que ello es precisamente lo que nos diferencia de ellos: el apego a las normas” (conf. “Origen del derecho penal del enemigo”, por Juan María del Sel, pub. en LA LEY, 2008-A, 355).

Asimismo cabe recordar que reiterada jurisprudencia del más alto Tribunal del país, tiene establecido que es arbitraria la sentencia judicial que

no es aplicación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa. Ese preciso concepto le cabe totalmente a las decisiones citadas de la Corte Suprema en supuestos de interpretación de los llamados tratados internacionales de derechos humanos, pues como resulta del cúmulo de circunstancias valoradas, la Corte Suprema, por mayoría, en conclusiones cabalmente aberrantes, omitió nada menos que la vigencia plena de la Constitución Nacional y de sus principios fundantes.

Es de reconocer, sin embargo, que cuando no estaban en juego tratados internacionales de derechos humanos, la Corte, por unanimidad (o por mayoría), aplicó —como es su deber constitucional— las normas y principios expresos de nuestro texto superior. Así, por ejemplo, en el caso “Bardaro c. ANSES”, del 8 de agosto de 2006, referente a la movilidad de las prestaciones jubilatorias establecidas en el art. 14 bis, de la C.N., se resolvió “*exhortar a las autoridades responsables a fin de que examinen esa problemática*”, considerando que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica “*el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional*”. Pero quince meses después, el 26 de noviembre de 2007, ante el incumplimiento por parte de la demandada de las pautas de actualización fijadas, la Corte debió dictar un nuevo fallo ordenando a la demandada que abone las retroactividades en el plazo previsto con más los intereses.

Esta situación nos trae a la memoria una anécdota que cuenta Loewenstein en su célebre libro “Teoría de la Constitución”, págs. 225, ed. 1982: “... *el presidente Jackson, tras la sentencia “Cherokee Nation vs. Georgia”, dijo: “John Marshall ha dictado su fallo; y ahora también tendrá que ejecutarlo”*”.

En un libro reciente del Dr. Carlos S. Fayt (“El efectivo cumplimiento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La fuerza imperativa de sus pronunciamientos”, Ed. La Ley, noviembre de 2007), sostiene el autor que “... *el incumplimiento y la desobediencia de las sentencias dictadas por el Poder Judicial y en particular de la Corte Suprema vulneran el sistema republicano y el orden constitucional ... pueden citarse ejemplos de conflicto institucional, donde el Alto Tribunal, mediante el ejercicio de su función jurisdiccional debió afirmar sus potestades en miras al efectivo acatamiento de sus decisiones ...*”, agregando que ello asimismo “*resulta aplicable a todas las partes en un proceso, ya sean autoridades nacionales, de los otros poderes del Estado, autoridades provincia-*

les e incluso instancias judiciales inferiores, nacionales o locales”, añadiendo más adelante que “*la figura de las astreintes, si bien resulta eficiente en diversas circunstancias, puede no revestir entidad suficiente cuando lo que se procura es garantizar el cumplimiento de una decisión judicial por otro Poder del Estado, o bien por un tribunal inferior. Ello así, debido a su contenido pecuniario, que afectaría las arcas públicas*”. El Dr. Fayt cita en las págs. 73/74 un caso en que el Alto Tribunal debió “*apercibir al cuerpo legislativo de la provincia de San Juan, para que guarde acatamiento a las decisiones de esta Corte*”, e impuso al vicepresidente primero de ese cuerpo el mínimo de la multa prevista por el art. 18 del Decreto-Ley 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587), según texto ley 21.708 (Adla, XXXVIII-A, 44).

El incumplimiento por parte de un órgano de uno de los poderes del Estado, de una decisión final adoptada por algún órgano de otro de los poderes del Estado, en ejercicio de sus facultades y de su competencia, es un tema de la máxima gravedad institucional, al punto de que si ello se generalizara, la Constitución Nacional dejaría, simplemente, de existir.

Otro caso importante, al cual haré una breve referencia, es el dictado, el 5 de septiembre de 1997, en auto “Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén”, donde por el voto de cuatro de sus integrantes, se dispuso que la distribución de la publicidad oficial no puede ser utilizada arbitrariamente con criterios irrazonables, obstruyendo de manera indirecta la libertad de expresión y de prensa amparada por los arts. 14 y 32 de la C.N. La minoría entendió que no se había probado un deterioro económico financiero.

Asimismo, es de hacer alusión a un caso que tuvo gran impacto político, como también fuertes connotaciones institucionales; me refiero al caso “Luis A. Patti”, del 8 de abril de 2008, resuelto a favor del accionante por la estricta mayoría de cuatro votos contra tres votos. La mayoría, integrada por los jueces Lorenzetti, Fayt, Argibay y Zaffaroni, sostuvo que el Congreso Nacional no está constitucionalmente habilitado para impedir que Patti ocupe la banca de Diputado Nacional —para la cual había sido electo en elecciones libres del año 2005—, alegando que Patti carecía de “idoneidad moral” para desempeñar el cargo, por supuestos actos anteriores a su elección, y por los cuales había sido procesado, pero no condenado; ello con fundamento en el art. 64 de la C.N. Cabe recordar que la Cámara Nacional Electoral ya había sostenido el mismo criterio mayoritario de la Corte Suprema. Pero la Cámara de Diputados no le tomo el juramento prescripto por el art. 67 de la Constitución Nacional, es decir, se negó a

incorporar a Patti al cuerpo, o sea desconoció lo resuelto por el fallo de la Corte, y por mayoría de dos tercios de sus integrantes, resolvió el desafuero de Patti (los diputados gozan de inmunidad de arresto desde el día de su elección, —art. 69, C.N.—). Pero de acuerdo con el art. 70 de la Constitución Nacional resulta que el “desafuero implica suspender en sus funciones al acusado”, lo cual es reiterado por el art. 1 de la ley 25.320 (reglamentaria de las inmunidades de legisladores, magistrados y funcionarios) (Adla, LX-E, 5417), lo que implica claramente que el desaforado debe estar en funciones en el cargo.

Al conocerse esta sentencia, el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, manifestó lo siguiente: “... *el fallo es una invasión innecesaria y absolutamente inconstitucional de facultades que son propias del Congreso*...” (conf. Diario “La Nación” del 9 de abril de 2008, pág. 6). Y a su vez el Ministro de Justicia de la Nación, en declaraciones públicas, dijo que “... *la Cámara de Diputados ya decidió rechazar el ingreso de Patti, y la Corte no tiene imperium para obligar a otro poder a que asuma Patti*” (conf. Diario “La Nación”, del 22 de abril de 2008). O sea que el Ministro de Justicia preconizó públicamente el incumplimiento de un fallo definitivo de la Corte Suprema de Justicia.

Hemos tratado de analizar el funcionamiento de los órganos detentadores del poder en nuestro país, y la conclusión del examen, como resulta con claridad, es francamente decepcionante, poniéndose de relieve no sólo el incumplimiento del necesario equilibrio y control entre ellos, sino además —lo que es más grave aún—, se advierte una marcada despreocupación o ignorancia, o voluntad consciente de incumplir algunas normas supremas del ordenamiento constitucional argentino, cuando ellas resultan molestas para la intencionalidad política.

Sin embargo, cabe tener presente que con motivo del prolongado conflicto con el campo, a los cinco meses de su duración, el Poder Ejecutivo resolvió por fin enviar la consideración de la Resolución 125, referida a las retenciones móviles a las exportaciones agrícolas, al Poder Legislativo, quien así despertó de su letargo. Es de apreciar que el Poder Ejecutivo, confiado en la mayoría numérica de sus seguidores en ambas Cámaras del Congreso preveía su inmediata aprobación legislativa. Pero en un suceso histórico, donde en la Cámara de Diputados se aprobó dicha resolución por sólo siete votos de diferencia, y en Senadores se llegó a un empate (36 votos a favor y 36 votos en contra), debiendo desempatar el Vicepresidente de la Nación en su carácter de Presidente del Senado

(conf. Art. 57, C.N.), éste expuso su voto “no positivo”, con lo cual la mentada resolución 125 no fue aprobada por el Poder Legislativo.

Con posterioridad a tan importante actuación del Vicepresidente y titular nato del Senado de la Nación, se siguió sin adoptar medidas concretas que solucionaran la grave cuestión planteada.

Para todos quienes estamos formados en los principios de legalidad, en la afirmación del Estado de Derecho, en la defensa de los derechos personales, en la limitación del Poder, en el equilibrio y control entre los órganos del Estado, y en el imperio de la Constitución Nacional, sólo nos cabe la defensa irrestricta de tales principios en todos los órdenes de la actividad. Como sostenía con firmeza el gran jurista Rudolf von Ihering, solamente luchando alcanzaremos nuestro derecho y el pleno imperio del Estado de Derecho. Tarea ésta que en nuestro país, es, por cierto, ineludible y urgente.

PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

Queda abierta la sesión pública del 27 de noviembre de 2008.

En la misma el señor académico de número Mariano Gagliardo designado por unanimidad en la sesión privada del 22 de mayo de este año, para ocupar el sitial Juan A. Bibiloni vacante por fallecimiento del señor académico Antonio Vázquez Vialard, recibirá el diploma acreditante de su designación y la respectiva medalla recordatoria.

Tras ello se referirá a la persona y a la obra del señor académico recipiendario en el discurso de recepción el señor académico Alberto Rodríguez Galán.

Finalmente el señor académico Mariano Gagliardo lucirá su versación disertando sobre un tema de particular complejidad “La interpretación de la Ley Societaria”.

Tema de particular complejidad porque hace tanto a la libertad contractual como a la preservación del interés público.

Tema de particular complejidad porque hace tanto al crédito como a la empresa.

El motivo de la pública presentación del señor académico Mariano Gagliardo, tal como se ha hecho con todos los anteriores señores académicos

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Mariano Gagliardo, el 27 de noviembre de 2008.

cos tanto de número como correspondientes, finca en que la Academia no sólo es una corporación de actividad interna aplicada al estudio del derecho y las ciencias sociales.

La Academia además despliega una actividad externa orientada al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal y cuando las circunstancias lo requieren se pronuncia públicamente.

La voz de la Academia es la voz de sus miembros y por lo tanto los mismos deben ser públicamente conocidos.

No abundaré sobre la personalidad y obra de Mariano Gagliardo, lo que será abordado en el discurso de recepción pero no puedo dejar de señalar mi muy especial afecto y respeto.

Quiera señor académico Mariano Gagliardo aceptar el diploma y la respectiva medalla recordatoria.

Como se dijo en la sesión privada al ser designado sea usted muy bienvenido a esta casa.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

Señores

Conocí al nuevo académico en 1967, como alumno de mi curso de Derecho Político, cuando la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica se encontraba instalada en una casa de la calle Juncal y Libertad. El edificio no era suficientemente amplio para albergar una Facultad pero sus reducidas dimensiones se compensaban con el alto nivel de exigencia que le fijaron el Rector Derisi, las demás autoridades académicas y el claustro docente de los años fundacionales. Los cursantes sabían que a la UCA se concurría a estudiar en forma intensa, con escolaridad obligatoria, exámenes parciales y finales, y un curriculum que abarcaba aproximadamente cuarenta materias distribuidas en seis años de duro esfuerzo estudiantil.

Mariano Gagliardo venía de recibir una sólida formación en el Colegio San Pablo, fundado y dirigido por el Padre Etcheverry Boneo. Sus discípulos —y entre ellos nuestro nuevo académico— adquirirían una férrea disciplina intelectual que les llevó frecuentemente a descollar en sus estudios universitarios y en la actividad profesional.

Recuerdo que en el examen final de Derecho Político calificué a Gagliardo con nota sobresaliente. Siguió después su trajinar estudiantil hasta graduarse como abogado y alcanzar posteriormente el título de Doctor en Derecho, con una tesis sobre la responsabilidad de los directores de la

(*) Discurso de recepción del Académico Mariano Gagliardo, en la sesión pública del 27 de noviembre de 2008.

sociedad anónima que también fue calificada sobresaliente y felicitada por el tribunal examinador.

Consciente de que sus títulos universitarios lo habilitaban, por sobre todo, para continuar estudiando, al tiempo que se iniciaba en la actividad profesional comenzó a profundizar sus conocimientos en Derecho Civil y Comercial. Simultáneamente, a poco de graduarse como abogado, exteriorizó su vocación de publicista con un primer artículo publicado en 1972 en el tomo 43 de EL DERECHO. Tenía sólo veinticinco años. Desde entonces hasta nuestros días aparecieron otros doscientos cincuenta trabajos, que vieron la luz en diversas revistas científicas, en los que abordó complejos temas de Derecho Civil y Comercial y, especialmente, cuestiones vinculadas con las sociedades mercantiles. Sus colaboraciones fueron también recogidas por prestigiosos órganos jurídicos de Europa y América.

Participó, asimismo, en diversas obras escritas en colaboración, como el volumen de homenaje a nuestro inolvidable Académico Jorge Bustamante Alsina y los libros dedicados a la memoria de grandes juristas como Héctor Cámara, Carlos Espinosa, Carlos Suarez Anzorena, Juan Carlos Morandi y Raymundo Fernández.

Las inquietudes intelectuales de Mariano Gagliardo no se circunscribieron al abordaje de temas estrictamente civiles y comerciales. Escribió también numerosos artículos sobre cuestiones de derecho público y variados temas históricos, políticos y de actualidad en “La Nueva Provincia” de Bahía Blanca, “El Diario” de Paraná, “El Liberal” de Santiago del Estero, “El Litoral” de Santa Fé. “La Opinión” de Rafaela y “La Prensa” de Buenos Aires

Nuestro beneficiario desarrolló, asimismo, una amplia actividad en ámbitos universitarios. En la Universidad del Museo Social Argentino fue Profesor de Derecho Civil III (Contratos), Director y Profesor Ordinario en la Licenciatura en Administración de Empresas y Profesor Titular Ordinario en el doctorado en derecho.

En la Pontificia Universidad Católica Argentina se desempeñó como Profesor de Derecho Comercial I y Profesor del Curso de Post Grado en Sociedades Comerciales.

En la Universidad de Buenos Aires fue Profesor en el Curso de Post Grado en Derecho Societario, y en la Universidad Austral ha sido Profesor en el Master de Derecho Empresario.

Ha pronunciado disertaciones públicas en Argentina y en el extranjero y ha participado de innumerables jornadas y congresos.

Empero, pienso que los once títulos de sus libros son los que mejor reflejan la hondura y extensión de su labor intelectual. El primero fue un estudio monográfico sobre “La mora en el Derecho Civil”, publicado en 1979. Le siguió “Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas”, una obra fundamental que, a través de sucesivas ediciones, su autor fue enriqueciendo y ampliando. La última edición, del año 2004, se extiende a lo largo de dos volúmenes y 1225 páginas. Es hoy una obra de consulta para jueces y abogados.

El tercer libro, que complementa al anterior, fue “El Directorio en la Sociedad Anónima”. Apareció después el grueso volumen titulado “Sociedades Anónimas”, con dos ediciones en 1990 y 1998. Su prologuista, Héctor Cámara, Profesor Emérito de la Universidad de Córdoba y Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho de esa Provincia, calificó a Mariano Gagliardo como una “figura consagrada en el derecho mercantil” y consideró al volumen como un “meduloso trabajo”, en el que “el autor vuelca su gran bagaje intelectual”, configurando “un instrumento indispensable para profesores, magistrados, abogados y estudiantes”.

El libro siguiente, publicado en 1992 con motivo de cumplirse veinte años desde la sanción de la ley 19.550, reúne una selección de distintos estudios relacionados con la sociedad anónima destinados a facilitar la labor de los intérpretes de ese ordenamiento comercial.

Posteriormente, en 1993, publicó un volumen titulado “Toma de Control Societario y Medidas Defensivas”, dedicado a la memoria de ese gran abogado que fue Marcelo Aranda, con quien el autor se inició como joven letrado en el Estudio Beccar Varela. La obra examina complejas cuestiones derivadas de la concentración de sociedades, en particular las fusiones y adquisiciones de sociedades mediante métodos hostiles o inamistosos, con sus múltiples connotaciones políticas, sociales, económicas, financieras y jurídicas.

“Sociedades en el Mercosur” es una obra que Gagliardo dedica a la memoria de Alejandro Correa Luna, otro eximio abogado del Estudio Beccar Varela, en la que examina diversas cuestiones suscitadas a partir de la ratificación del Tratado de Asunción.

En 1999 publicó “Sociedades de Familia y Cuestiones Patrimoniales” con el objeto de desarrollar los distintos aspectos que conciernen a las sociedades anónimas conformadas por ascendientes y descendientes, con un tinte personalista, cuyos miembros actúan entre sí como socios colectivos y aspiran a ser accionistas anónimos, aunque en la práctica frecuentemente tengan una gestión y una administración concentrada en el fundador. La segunda edición, actualizada, apareció en 2006.

En fechas más recientes publicó en 2005 un volumen sobre “Cuestiones Societarias” y en 2007 otro sobre “Administración y representación de sociedades comerciales”.

Finalmente, en este año 2008, apareció su último libro titulado “Simulación Jurídica”, con prólogo de nuestro Académico, Héctor Alegría. Lo dedicó a sus hijos Josefina —que vive en España— y Mariano —brillante abogado que sigue los pasos de su padre—.

Debo agregar que ha recibido numerosas distinciones, figurando entre ellas el premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales que esta corporación le discernió en 1989.

Señoras y señores: He procurado sintetizar, aún a riesgo de ser tedioso, el perfil intelectual de Mariano Gagliardo. No se si lo he logrado. Empero, como decía Enrique Larreta citando a su maestro, Pedro Goyena, a veces un breve segmento de una línea curva nos permite avizorar la magnitud de la circunferencia. Sirvan, pues, los títulos, antecedentes y trabajos que he reseñado como un botón de muestra de lo mucho que Mariano Gagliardo ha trabajado en los últimos cuarenta años.

Hay, finalmente, otra faceta que quiero destacar. Me refiero a su generosidad para declinar alternativas profesionales cuando su conciencia le indicó que debía prestar un servicio a la República. Siendo como es, por sobre todo, un abogado inteligente y batallador, no vaciló en aceptar funciones públicas en tiempos difíciles para desempeñarse como Subinspector General de Personas Jurídicas o Secretario de la Universidad de Buenos Aires, con el único propósito de servir a su país, aún al precio de resignar actividades menos comprometidas y más lucrativas.

El acto de hoy es la merecida culminación de un camino que recorrió desde sus años juveniles, ejercitando con empeño su firme voluntad en interminables vigili-
as de estudio y trabajo.

Llega así a esta ceremonia en la plenitud de sus 62 años, cuando todavía tiene mucha tarea por delante, de la que todos esperamos maduros frutos intelectuales.

Doctor Mariano Gagliardo: en nombre de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales le doy con estas breves palabras la más cordial bienvenida.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY SOCIETARIA

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

I. Hay oportunidades en nuestra vida que asumen un hondo significado. Situaciones que por su trascendencia remarcan los sentimientos de afecto y gratitud. Hoy me toca vivir una de ellas. Grande es mi reconocimiento para con los señores Miembros de esta célebre Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires por recibirme en su ámbito. Todos y cada uno en distintas etapas de mi carrera universitaria y de mi vida, han sido mis profesores y maestros. He aprendido de ellos lo bueno con mayúscula, el ejemplo del estudio y, además, el grado de compromiso con los elevados principios del Derecho y la Justicia. También, mi agradecimiento por la ocurrencia de proponer mi nombre para integrar esta Corporación. Pertenecer a ella es el mayor de los títulos a que puede aspirar un abogado.

Realmente confraternizar, entre diálogos y lecturas, con hombres de pensamiento y acción que han logrado un merecido sitio sirviendo al Derecho desde el foro, la magistratura, la docencia o el gobierno, es un cabal privilegio.

II. Doctor Otaegui: acaba usted de presentarme con cálidas y benévolas palabras de bienvenida, colmadas de afecto y generosas en el elogio.

Cruzar el umbral de esta Academia, recibido por quien fuera mi primer profesor de Derecho Comercial -asignatura que he abrazado en mi profesión, en la docencia y en mis investigaciones- es realmente un cuadro de honor.

(*) 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 27 de noviembre de 2008.

Sumo a ello que usted integró, hace muchos años, mi tribunal de tesis doctoral, todo lo que es muy grato a mi persona, ante tan ilustre jurisconsulto con el señorío que distingue a un caballero de verdad.

III. Mi presentante, el académico Rodríguez Varela, demuestra con sus palabras, una vez más, su generosidad hacia mí y traduce lo que es una antigua relación que se remonta a más de cuatro (4) décadas cuando -ambos muy jóvenes por cierto- yo recibía en la Universidad sus enseñanzas de Derecho Político. En su asignatura y con el tiempo, nos acostumbré a enfrentarnos con los problemas de interés sin temor y con coraje, aunque también sin jactancia. Desde muy jóvenes, puso ante nosotros el ejemplo vivo de un investigador austero e incansable, de fino expositor lleno de claridad, marido incondicional, caballero austero y cristiano comprometido. Además, supo demostrarnos con su conducta, que el trabajo más valioso, aunque tal vez no el más agradecido, es el que no se hace para el día, sino para un mañana remoto con esfuerzo silencioso. Ambos enfrentamos momentos aciagos de la vida y del país y los superamos con el temple y esfuerzo que con su ejemplo nos inculcó.

Vaya también mi profundo agradecimiento a todos los míos —en particular, mujer e hijos— quienes de manera paciente y silenciosa posibilitan desarrollar mi vocación por el Derecho, apoyándome con afecto y estimulándome en la persistencia.

Por fin, mi gratitud a los que aquí —amigos y colegas— o desde la eternidad están conmigo; a todos y cada uno, de manera agradecida y emocionada, los retengo y llevo en mi memoria.

IV. Es tradición no escrita de esta Academia que en el acto de incorporación, el beneficiario evoque al titular del sillón y los merecimientos de aquel que lo ha precedido en el mismo sillón. En este caso, los doctores Juan Antonio Bibiloni y Antonio Vázquez Vialard, respectivamente.

V. El patrono de mi sillón, es el antiguo académico Bibiloni, quien nació aquí en Buenos Aires en 1860. Cursó sus primeros estudios en el país y en Europa. A los 21 años egresó de la Facultad de Derecho con medalla de oro, corolario de obtener la máxima calificación en todas las asignaturas. Su tesis doctoral, digna del mayor elogio, trató sobre “La naturaleza y efectos de la subrogación personal”.

Desempeñó fugazmente la función pública, mas su verdadera pasión y tribuna fue la labor jurídica y docente, ya que fue designado profesor titular de Derecho civil a los 34 años. Sus maestros y amigos dicen de la estatura moral de Bibiloni. Fue alumno dilecto de José María Moreno, José Manuel Estrada y recibió la estima de Lucio V. López. Fueron sus amigos personas ilustres como Aristóbulo del Valle y Roberto Repetto, entre otros.

Catedrático emérito, abogado notable y miembro de esta Corporación en 1925, fue redactor del monumental Anteproyecto de Reformas al Código Civil que, en siete tomos, actualizan a la altura de las circunstancias la tarea de Vélez Sarsfield.

Siempre trabajó con tenacidad y no resignó su labor aun cuando la salud, a raíz de su invalidez, no lo acompañó en sus últimos años.

Familiares directos del Dr. Roberto Repetto que nos acompañan, a quienes me une una mistad ancestral que viene de mis mayores, a través de anécdotas notables, me han esclarecido sobre la vida y versación del jurista Bibiloni, quien pese a su invalidez no cedía espacio para la pluma y el estudio.

Y hasta el final de sus días, más allá de sus padecimientos físicos, fue un preocupado por el país.

Poco antes de su muerte, en carta dirigida el 28 de noviembre de 1932, a la viuda del Dr. Repetto, Sra. Martina Britos de Repetto, expresaba su “amargura indecible” (textual) ante “la irremediable decadencia que nos envuelve y comprometerá la existencia de nuestro país”.

Notable del Derecho y varón ejemplar son los rasgos que se necesitan para restaurar las esencias de la república.

VI. Sucedo en mi sitio al doctor Antonio Vázquez Vialard, eminente jurista, juez probo y laborioso, destacado docente, cristiano comprometido y un hombre de bien.

Muy joven obtuvo su diploma de abogado y presentó su tesis doctoral sobre “Relaciones Humanas en el Mundo del Trabajo”, la que fue recomendada al premio Facultad y laureada con el premio Unsaint al mejor trabajo de Derecho Laboral.

Desempeñó su carrera docente en Universidades privadas nacionales y extranjeras y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ejerció la función de Profesor Titular por concurso de antecedentes.

Ejerció la profesión de abogado hasta su ingreso en el Poder judicial.

Magistrado ejemplar, integró la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo desde 1976 hasta su renuncia, obligado por la imposibilidad física de cumplir con su tarea y responsabilidad. La ética y el conocimiento profundo de las ciencias jurídicas con que siempre se pronunció demuestran las condiciones de ciencia y conciencia que debe tener todo juez.

Su labor como publicista fue amplia y profunda, pues no limitó sólo sus investigaciones a la materia estrictamente laboral, sino que se extendió al Derecho Procesal Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Economía, Educación y Filosofía Social.

Fue, en suma, un jurista infatigable.

Elegido académico titular de esta Corporación en 1990, se incorporó a ella en el año 1991.

La elevada dimensión científica del doctor Vázquez Vialard en esta Academia está plasmada en los trabajos publicados en los Anales respectivos, los que resultan un testimonio de sus agudas reflexiones y conocimientos fundados en las materias que abordaba. El grado de compromiso con su fe se tradujo, asimismo, en su activa participación en instituciones de bien común como Caritas y la Comisión de Justicia y Paz del Episcopado Argentino.

Quienes tuvimos el privilegio de conocerlo y compartir momentos de reflexión jurídica y personal, sabemos bien que su modelo de persona digna de imitar trasciende. Porque las personas excepcionales, nunca mueren del todo e imprimen en su obrar una suerte de sello indeleble que pervive por siempre.

VII. Nos proponemos en la tarde de hoy, delinear un panorama que se relaciona con uno de los capítulos más delicados de la ciencia jurídica: la interpretación de la ley, referida específicamente al régimen societario argentino. De allí que el título de estas reflexiones sea: "Interpretación de la ley societaria".

La ley de sociedades es un instrumento legal técnico, muy preciso, que en el lapso que lleva vigente ha dado muestras de resistencia y sobrada adaptación a las nuevas realidades.

Como segunda cuestión, tenemos muy en cuenta para nuestro propósito central, la advertencia de Aurelio Menéndez (1). En su estudio sobre la moderna escuela española de Derecho Mercantil, *al decir* que el mercantilista ha de cobrar conciencia de que cada vez más es o se está convirtiendo en lo que se denomina “legislador intersticial”, es decir, un creador del Derecho de los intersticios del sistema. Por eso, habrá de equipararse con nuevos saberes técnicos —en especial, de teoría económica— que le ayudarán a crear una nueva ciencia del Derecho mercantil, siendo el futuro de dicha ciencia interdisciplinaria.

Hasta aquí, pautas de orden general si bien vinculadas con la esfera societaria.

Un orden jurídico es siempre un índice de relevancia para enjuiciar a una comunidad. Es una creación cultural y un claro reflejo de idiosincrasia y caracteres imperantes en un momento dado en una sociedad civil. Es una creencia arraigada que el Derecho no es un fin en sí mismo, sino tan sólo, el orden indispensable para que sea posible la actividad humana y su progreso, y que, en caso de no ser observado, es impuesto de modo coercitivo por los órganos de la comunidad.

A principios del siglo XX —año 1902— escribía con su consabido talento Geny (2) acerca de un concepto sociológico de la ley caracterizándola como “la expresión del modo de ser de una sociedad en un momento determinado”. De allí parece resultar, fundada sobre su misma naturaleza, una movilidad esencial, susceptible de traducirse prácticamente en la posición cronológica tomada por el intérprete, que debe adaptarla a los hechos.

Saber cómo son y cómo se hacen las leyes, qué grado de respeto tienen las gentes hacia ellas, cómo vive y se aplica el Derecho, es en gran medida conocer la identidad nacional. Hay en este sentido, un verdadero “estilo jurídico nacional”, como puede haber un estilo artístico, cultural o un estilo de vida.

(1) Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil, Civitas, Barcelona, 1993, p.51.

(2) GENY, Francisco, “Métodos de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo”, prólogo de Raimundo Salelles, Madrid, Reus, 1902, p. 237.

Bucear en la sustancia de un Derecho es, por tanto, ahondar en los estratos más íntimos del alma nacional. Y si del Derecho Comercial se trata, en su versión del orden jurídico-societario, diremos que todos sus coautores, acorde a la exigencia de Alberdi, de “conocer bien el Derecho para hacer buenas leyes”, lo han demostrado de manera harto cabal.

Lo mismo cabe decir del texto de reformas proyectado en el año 2002, trámite injustificadamente demorado, uno de cuyos coautores es el eminente académico Anaya, trabajando, asimismo, durante un lapso el académico Otaegui.

Y es tan veraz la afirmación efectuada, que la técnica legislativa nacional y muchos institutos legales adoptados, —nos consta— han sido fuente de inspiración y elogio en materia societaria comparada en países de avanzada.

Teniendo en cuenta que desde antiguo se habla del Derecho Comercial como un “derecho de excepción”, cabe, asimismo, destacar un aspecto no menor en la difícil tarea de interpretar la ley societaria: todos sus coautores tienen importantes aportes doctrinarios escritos sobre preceptos del régimen legal en el que intervinieron. Dichas tareas como ninguna otra tienen una honda significación jurídica. Estudios todos que, al incorporarse al historial del Derecho Societario, se corresponden con obras autorales, aunque no, necesariamente, encuadren en las sistematizaciones o clasificaciones practicadas acerca de la interpretación de la ley.

De más está decir que estos constantes trabajos efectuados y que persisten-, resultan criterios o pautas que deben servir de guía en el proceso lógico de investigación de la ley. Queremos señalar que tal investigación no es resultado de una serie de reglas hermenéuticas, sino que están presentes en dichos aportes, una clara intuición del fenómeno jurídico, un profundo conocimiento de todo el organismo del Derecho, de la historia de las instituciones y de las condiciones de vida en que las relaciones jurídicas se han producido, según su grado de evolución. Es este un arte que no cabe encerrarlo en los estrechos límites de las clásicas sistematizaciones acerca de la interpretación de la ley (3).

(3) Cfr. DE RUGGIERO, Roberto, “Instituciones de Derecho Civil”, Reus, Madrid, 1979, tomo I, p. 137.

¿Qué es interpretar una ley? Quien nos responde de manera clara y concreta es el académico Horacio A. García Belsunce: (al decir) “interpretar una norma jurídica significa establecer su verdadero sentido y alcance para determinar la comprensión y extensión de los conceptos de su letra, en función del fin que la inspiró y de las circunstancias del tiempo y el lugar en que debe aplicarse, así como para regular a aquellos supuestos que no parecen comprendidos en la norma” (4). Fin de la cita.

Es que dentro del conjunto de actividades que deben desenvolverse en el marco de lo que se ha dado en llamar la aplicación del derecho, interpretar constituye la operación jurídica básica.

Toda interpretación jurídica conduce al intérprete a una serie de variantes o de opciones. Distinguir las es siempre una decisión. Cuando existen puntos de vista unánimes o mayoritariamente aceptados es esa unanimidad o esta mayoría lo que da la pauta.

Hace dos siglos decía Laurent (5) que la interpretación de la ley es una tarea de intelección, donde el cometido es captar el sentido en un caso particular, a fin de reconstruir el pensamiento del legislador, para decir lo que el quiere en el caso suscitado, porque la norma jurídica es una convicción declarada por la autoridad, conforme a ciertos recaudos procedimentales. El precepto legal es, pues, un pensamiento o idea de Derecho expresados en forma imperativa: no nos hacemos plenamente consocios y sabedores de las normas, sino penetrando a ellas a través de la fórmula expresada hasta el pensamiento contenido en ellas.

No hay que ver en el Derecho una noción superior del espíritu. No es más que un medio de realizar la justicia y esta está subordinada al bien.

Ahora bien: la consideración instrumental de las normas presupone que interpretarlas tiene función mediadora entre la justicia -captada esta de manera realista, observando la naturaleza de las cosas, o bien idealmente, partiendo de los valores, del concepto de derecho o de los principios ra-

(4) “Temas de Derecho Tributario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 134.

(5) “Principes de Droit Civil français”, Bruylent-Christofert, Bruselas, 1887, p. 342.

cionales, obtenidos-, y el hecho concreto respecto del que se trata de configurar la cosa justa (6).

Repárese, además, que, en función de interpretar la ley societaria, existen matices que no son iguales en el Derecho privado y en el Derecho público, dada la diversidad de fines que ambos tienen. En efecto, la interpretación analógica que se admite como regla general, no es aplicable al Derecho penal; la interpretación evolutiva, a la que se debe el Derecho comercial, es inadmisibles en el Derecho procesal, donde las formas que en él imperan no consienten interpretaciones de avanzada.

Y en esta tarea de interpretación de la ley societaria, se advierten en el contexto del citado ordenamiento, rasgos que al no ser menores, tienen marcada entidad, significación y proyecciones legales, cuando no fácticas: los autores de los respectivos proyectos -luego leyes- en muchos de los preceptos que aparecen cristalizados en textos legales vigentes, proceden por un proceso de decantación, generalización o abstracción de experiencias jurídicas más concretas que, en ciertos supuestos, en su día fueron decisiones de casos judiciales o bien resoluciones administrativas del organismo de contralor societario.

Así, puede sostenerse que la labor de un legislador -confeccionador de reglas asume un papel muy parecido a la labor judicial, en cuanto comporta el fijar los criterios para decidir los casos que han sido tenidos en cuenta, como precedentes reales.

De manera que todo precepto jurídico-societario, encuentra así una delimitación, que es doble: una, expresada en lo que ella describe en el caso o grupo de casos que trata de resolver y otra, más profunda, implícita, larvada si se quiere que es el conjunto de circunstancias que servirían de base a los casos cuando fueron real o hipotéticamente decididos.

Y frente al legislador de nuestro tema, se ubica ese jurista aludido por ciertos filósofos, especialmente perceptible, que cultiva nuestra disciplina societaria, que lucha, se ocupa y preocupa por lograr un espacio de merecimiento. Aludimos a ese jurista "buscador del Derecho", a ese jurista que se reconoce más como colaborador y crítico de la tarea legislativa.

(6) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "BmS, Panorama General de la Interpretación Jurídica", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995, p. 51.

Porque se dirá —y se dirá con razón— que el ejercicio de la abogacía, a raíz de ciertas circunstancias, permite llegar al conocimiento real de la estructura jurídica de las instituciones. Y es en este plano donde se desarrolla una real actividad de interpretación que configura la llamada un tanto impropia “jurisprudencia cautelar”, donde no se trata de decidir conflictos que ya se han planteado en los hechos o adquieren incipientes exteriorizaciones, sino de prevenir o de evitar aquellos que, tal vez pudieran plantearse en el futuro. Cumplen esta función todas aquellas personas que asumen un papel de asesoramiento —abogados, consultores, etc.—. Cuando redactamos un contrato o resolvemos una consulta o damos un consejo, estamos tratando de impedir que el conflicto llegue a plantearse, previendo de manera hipotética cuál deberá ser su solución.

Y en dicha tarea de interpretación, debe existir el convencimiento personal de que los conceptos jurídicos, sólo desde y a través de los problemas, pueden ser adecuadamente entendidos. Porque cualquier reflexión interpretativa sobre el Derecho societario, no es un acto abstracto y puramente culturista que no tiene nada que ver con la vida real, sino que aquellas meditaciones son un aspecto de la compleja vida circundante donde gravitan valores humanos. Por eso y sobre todo, el intérprete no debe prescindir o desatender los presupuestos básicos e implícitos que toda norma conlleva.

Es un dato de la realidad que el concepto y procedimiento de interpretación de la ley ha variado mucho de un tiempo a esta parte. Son muy distintas las ideas cardinales y los principios que, desarrollándola, han de servir de guía al intérprete en su función, y darán origen a los variados sistemas o métodos interpretativos. Señalamos algo que en cualquier perspectiva no cabe desear. Las reglas de interpretación no configuran jamás un sistema completo e infalible de normas, cuya mecánica aplicación dé lugar casi automáticamente al descubrimiento del verdadero sentido de la ley. No nos detendremos en ellos, los que de manera destacada han sido profundizados y esquemáticos, en distintas oportunidades y en varios tratados escritos por los prestigiosos académicos constitucionalistas que integran esta Corporación. Sólo diremos, como manifestación indiscutible, que el progreso de la ciencia jurídica ha sido posible por las sistematizaciones y clasificaciones.

Y si lo antes dicho, es decir, los métodos clásicos y sus divisiones, tuviéramos que confrontarlos con la interpretación de la ley societaria a que aludimos, se advertirán ciertas disparidades conceptuales, derivadas precisamente de todas las circunstancias particulares que rodean la vigencia de nuestro actual régimen de sociedades.

Lo dicho no desconoce que cualquier actividad, desde la más simple hasta la más compleja, constituida por el conjunto de todas las actividades de los hombres, exige la observancia de un método (7).

En primer lugar, se encuentra la investigación histórica de un precepto jurídico que es vital. Es realmente relevante, la importancia que tiene conocer el conjunto de circunstancias dentro de las cuales nació una ley o los matices de cualquier índole que confluyeron en su origen.

La tradición histórica debe ser ponderada por el intérprete y valorada en todas sus épocas; no olvidemos que tiene suma trascendencia, no sólo lo que del Derecho preexistente ha pasado al Derecho nuevo, sino también lo que ha quedado fuera de él.

En segundo término, se encuentra como medio de interpretación, aquel que procede del pensamiento humano.

Esta opción constituye un ejercicio intelectual que en la mayor parte de los supuestos se presenta por un elemento literal o filológico que es la letra o tenor del texto en el cual se encuentra encerrada la norma jurídica.

La palabra utilizada en la ley actúa como una herramienta del pensamiento de quien redactó el texto.

El método citado revela el pensamiento de quien legisla, toda vez que la intención legislativa actual no es sino desenvolvimiento y elaboración del entendimiento de ayer; además, casi no existe institución que no esté enraizada con las legislaciones anteriores y no encuentre en estas sus gérmenes, orígenes o antecedentes.

En atención a que la norma jurídica es un pensamiento de Derecho expresada de manera imperativa, la interpretación consistirá en penetrar hasta el pensamiento en el precepto contenido.

Por último, nos encontramos con el elemento sociológico-económico, ya que la vida social se transforma y desenvuelve constantemente a ins-

(7) MALLIEUX, Fernand, "Doctrine de l'idéalisme juridique. Introduction a la philosophie du droit", Paris, 1934, p. 57.

tancias de una serie de factores diversos: sentimiento ético, conciencia jurídica general, etc., factores sociales a ponderar, reveladores de tendencias o actitudes de la comunidad.

A esta altura de nuestra exposición, planteamos otro interrogante: ¿toda ley por clara y precisa que fuere, debe ser interpretada? Hipótesis esta que ha sido respondida, precisamente, por el académico Ray (8) para quien la interpretación de un instituto, de un problema o de una cuestión determinada, siempre impone analizar los fundamentos y las consecuencias que derivarán de la solución que propugne o a que se llegue, como forma de aportar un juicio crítico a la que juzga equivocada o disvaliosa, o de apoyar a la que -estima- es más conveniente para la comunidad.

La claridad exterior de un precepto no significa desatender su interpretación (9) pues la claridad es un concepto relativo: la norma que fuere clara puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone y una ley que no dio nunca lugar a dudas puede ser más tarde controvertida por efecto del incesante devenir de nuevas relaciones, que pueden suscitar incertidumbres.

Señoras y Señores:

Muy lejos me han llevado estas reflexiones a las que ya pongo punto final.

Todo precepto legal es una reducción de conceptos y cuanto más resumida es una ley, más general debe ser su lenguaje y mayor, por tanto, la necesidad, y también la dificultad, en la interpretación del respectivo texto normativo.

En estas breves palabras, dejamos planteado en un tema general - interpretación de la ley-, un capítulo especial, el marco societario, remarcando la extrema delicadeza y complejidad que toma la función interpretativa.

(8) "Distintas corrientes en la interpretación jurídica", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Epoca, año XXIX, p. 206.

(9) ORGAZ, Alfredo, "Estudios de Derecho Civil", Tea, Buenos Aires, 1948, p. 71.

Al asumir en la tarde de hoy este galardón que se presenta en mi vida, ruego a Dios me ilumine para buscar modelo e imitación en mis predecesores y me dé vigor y temple para acompañar en el futuro a mis ilustres colegas de esta Corporación marcada por el prestigio y honrada por los años.

Muchas Gracias.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

EL REALISMO JURÍDICO EN EL PENSAMIENTO DEL DOCTOR JULIO CÉSAR CUETO RÚA

POR AUGUSTO M. MORELLO (*)

SUMARIO: I. Indicaciones previas. — II. Algunos hitos decisivos. — III. Señales de orientación. — IV. Correspondencia de ese enfoque de la realidad con la experiencia litigiosa. — V. Los valores. — VI. Otros aspectos. — VII. Terminación.

*A mis compañeros (**) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, por sus enseñanzas no sólo sobre el Derecho.*

I. Indicaciones previas

El eje de las reflexiones que compondrán esta comunicación se bifurca en dos polos referenciales que el inolvidable y queridísimo amigo Dr. Julio César CUETO RÚA, centró como brújulas de su fértil e inteligente pensamiento y que fueron verdaderas coordenadas de una trayectoria ética ejemplar que orientaron su proficua y honda labor.

El primero, '*el abogado que no conoce de la vida no puede conocer del Derecho*', el segundo que diseñara con rasgos más abarcativos, siempre ocupó la parte axial de sus reflexiones y reflejó en estos trazos:

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 10 de abril de 2008.

(**) Utilizó el término compañeros en el sentido que le asignó el maestro Luis Jiménez de Asúa: integrantes de una corporación científica.

“En la Argentina, en las Facultades de Derecho, en los tribunales de justicia, en las instituciones académicas, ha prevalecido de manera notoria el criterio de considerar al Derecho como un sistema de normas.

Las normas eran estudiadas como entes lógicos que relacionaban ciertos antecedentes con ciertas consecuencias consideradas como debidas. Si no se las cumplía, tal incumplimiento era condición de aplicación de una pena o sanción.

En las Constituciones, en los Códigos y en las recopilaciones legislativas se encontraban las normas jurídicas. Jueces y abogados las extraían de los digestos y repertorios jurisprudenciales presentándolas como proposiciones imputativas. De esta manera se soslayaba la función clave cumplida por ellos en la creación y aplicación del Derecho.

Hace ya algo más de un siglo que Oliver Wendell HOLMES aconsejó a sus alumnos dirigir sus esfuerzos cognoscitivos hacia el comportamiento de los jueces y los abogados. Propuso la adopción del punto de vista del *bad man*. Dijo HOLMES: “Si usted desea conocer el Derecho y nada más, debe mirarlo como lo mira el *bad man* (hombre malo) quien se preocupa solamente por las consecuencias materiales que tal conocimiento le autoriza predecir”.

El *bad man* pide a su abogado la predicción del probable comportamiento del juez ante una determinada acción de aquél. Para estar en condiciones de efectuar tal predicción el abogado debe efectuar un estudio concreto y pormenorizado, en cierto lugar y tiempo, de aquellos factores que determinan una conducta. Para decirlo con las propias palabras de HOLMES: “La profecía de lo que los tribunales harán en realidad y no otra cosa de mayor pretensión, es lo que yo significo por Derecho” (*).

Por eso en su libro (*Una visión realista del Derecho. Los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, 2000) se ocupa de jueces y abogados siguiendo la centenaria sugerencia de HOLMES, a saber: concentrar el interés teórico de los estudiosos del Derecho en la realidad del comportamiento de jueces y abogados”.

II. Algunos hitos decisivos

Julio César, por dos veces, fue profesor de Derecho en Universidades estadounidenses. La primera en Dallas y la segunda en Lousiana. Quedó enamorado del common law sobre el cual escribió una obra notable y vanguardista. La primera exposición suya fue cortada por el profesor de la Casa que le expresó que no quería escuchar teorías ni doctrinas generales o

(*) En el pensamiento filosófico me valgo de propias exteriorizaciones del Dr. CUETO RÚA para ser más fiel a sus conceptos.

dogmáticas, si no que se manifestara sobre los hechos relevantes, de qué manera habían actuado el juez y los abogados y qué intereses estaban en juego, qué precedentes tenían afinidad o podrían aplicarse y qué valores debían ser protegidos. Lo importante es describir la realidad por donde discurre el derecho vivido y el juego decisivo de los precedentes, que fue objeto de una bella comunicación en esta Academia el 11 de julio de 2002.

Su relación afectiva y discipular con Carlos COSSIO fue otra calificada fuente de formación filosófica en la que el discípulo supo desarrollar y profundizar la concepción y las enseñanzas del maestro. Al tiempo de fallecer no desmayaba de organizar un libro en su homenaje.

En tercer lugar asombra la coincidencia con la lectura de la Filosofía y de la razón vital de ORTEGA Y GASSET. Ideas y creencias, los valores, la interpretación abierta y diversa, el saber que la Vida es todo, la hora de las delicias y la hora del naufragio, “que la teoría no es más que la teoría de la práctica, así como la práctica no es otra cosa que la praxis de la teoría. Es más, el profesor de Madrid, desde la mocedad, supo afirmar que lo vital por definición es lo concreto, lo único. La vida es la condición humana.

El propio Julio hizo un resumen muy ilustrativo:

“Ustedes han vivido la experiencia de la obtención del título de abogado, y luego de la práctica de la profesión ¿se acuerdan del shock de los primeros meses de práctica de la profesión? ¿Recuerdan la diferencia entre lo leído y lo estudiado en los tratados y los ensayos, por un lado, y lo experimentado por el abogado en su práctica profesional? Entramos en contacto con la vida diaria del tribunal, con los jueces, los secretarios, los fiscales, los defensores, los oficiales con sus manías, sus rutinas, sus prejuicios, sus excesos, sus hallazgos, sus grandezas y sus pequeñeces, el secretario tratando de abrirse camino, el oficial primero, manteniendo los expedientes, los empleados de Mesa de Entradas con su hábitos y su paciencia. Sobre poco de este mundo nos han hablado en la Facultad.

Los abogados comienzan a conocer ese mundo cuando se asoman al tribunal, “hacen cola”, hablan con el oficial primero o los empleados de Secretaría. Así van descubriendo un mundo cuya existencia no fue analizada en la Facultad. Muchos de esos abogados caminan unas cuantas cuadras y van a la Casa de Estudios pero allí no descubren o ignoran la experiencia de los tribunales, la experiencia de jueces, abogados, empleados y clientes. En lugar de estudiar la experiencia debemos estudiar teorías abstractas, “naturalezas jurídicas”, concepciones doctrinarias extranjeras de dudosa aplicación en nuestros tribunales. ¿Para qué me sirven esas abstracciones? ¿Cuántas cosas hemos estudiado carentes de interés práctico? En cambio, desdeñamos el comportamiento espontáneo, pacífi-

co, de los miembros de la comunidad, sus costumbres, sus preferencias, sus valores, sus diferentes métodos de conocimiento y aplicación del derecho. Cuando hay resistencias, desajustes, divorcio entre las normaciones generales, ponemos nuestro interés teórico en el plano de las palabras legislativas, de las doctrinas elaboradas para exponerlas de una manera consistente. Organizada, la realidad social queda relegada a un segundo plano o es despachada al ámbito de la sociología.

“Ya tengo 78 años de edad, dijo en una oportunidad, siempre alenté la esperanza de contemplar una generalizada toma de conciencia por los abogados argentinos acerca de la honda realidad en la que el derecho echa sus raíces, de la prioridad que se debe reconocer al mundo de los comportamientos humanos, con sus necesidades, sus pretensiones, sus carencias y limitaciones. Aliento la esperanza de escuchar las voces de nuevas generaciones de jueces y abogados argentinos dedicados a meditar acerca de la experiencia, es decir, acerca de lo intuible, lo perceptible por los sentidos y lo comprensible por lo valioso.

Deseo llamar la atención sobre la necesidad de utilizar conceptos para iluminar y aclarar la experiencia, no para dejarla de lado o, peor, descalificarla porque no coincide con nuestras expectativas”.

III. Señales de orientación

1) En 1997 nos ilustró con un magistral desarrollo de los factores axiológicos en el proceso de interpretación y de selección de los métodos jurídicos:

“Los conceptos se refieren a los propios actos humanos como la confección de instrumentos, la ejecución musical, la redacción o la lectura de libros, la ejecución de obras o la prestación de servicios. Los conceptos transmitidos a través de las palabras utilizadas por los legisladores y jueces en la creación de normas o en la adjudicación de pleitos, *describen comportamiento humano*. Se puede sostener con propiedad que el contenido y objeto de cualquier expresión legislativa o judicial se refiere siempre a comportamiento humano. Hay muchas maneras de describir conducta humana y muchas de éstas son utilizadas tanto por los legisladores como por los jueces y abogados.

Como el comportamiento humano es un fenómeno de la realidad que tiene lugar en determinado tiempo y espacio, cualquier descripción de la conducta humana requiere ya en forma explícita o implícita, su referencia al sitio en que ocurre, dónde está ocurriendo o dónde podría ocurrir; y el tiempo y el espacio exigen el uso de expresiones matemáticas como unidades de duración, de movimiento; la identificación de fechas, el empleo de unidades de medida para los espacios, o de líneas o de formas geométricas para ubicar y definir áreas de terreno. La conducta es acción, la ac-

ción de personas (1). Como hay distintas clases de personas, como hombres y mujeres, menores y mayores, capaces e incapaces, nacionales o extranjeros, parientes o no parientes, ausentes y no ausentes; cualquier descripción adecuada del comportamiento humano requiere una alusión explícita o implícita a la clase de personas a las que se refiere. La acción humana se vincula a una multiplicidad de áreas de la realidad social. En derecho, cualquier referencia abstracta a una acción sin especificar referencias al tiempo, al lugar, al contenido y a la acción carece de sentido para legisladores, jueces o abogados.

Las palabras utilizadas en las normas generales dictadas por el legislador, o extraídas por los jueces de las costumbres o de los precedentes judiciales, remiten a conceptos que aluden a diferentes clases de objetos, como objetos naturales, o culturales, o ideales. Esos variados objetos plantean problemas metodológicos. En otras palabras, surgen cuestiones de comprensión y de método por la presencia de elementos temporales, espaciales, materiales y personales en la experiencia jurídica.

Por ello para un entendimiento apropiado de una norma legal puede ser necesaria la asistencia de expertos de otras disciplinas. Por ejemplo, un científico con conocimientos en ciencias naturales puede ser consultado para determinar el alcance de expresiones como 'epidemia', 'riesgo de radiación', 'ciénaga', 'lecho del río', o 'costa'. O, en el campo de la cultura, podría sentirse la necesidad de consultar a un experto para elucidar el concepto de 'invención', 'plagio', 'concierto'. Para concluir con los ejemplos, en las ciencias formales, tales como la matemática y la lógica, la opinión del experto podría ser requerida para explicar el significado de 'exclusión', 'inclusión', 'alternativa', 'divisible', 'unidad', o 'totalidad'.

Sin embargo, la identificación del tipo de comportamiento involucrado es solamente el principio de la tarea del juez. Desde el punto de vista jurídico, lo que importa es el descubrimiento y la evaluación del *sentido* de dicho comportamiento. El juez está llamado a administrar el derecho, a tratar con justicia a los contendientes y a fortalecer los valores básicos sustentados por la comunidad. Para cumplir con estos requerimientos de su función, el juez debe dirimir el conflicto que se le presenta aplicando una norma general. En algunas oportunidades, el juez descubre con facilidad el sentido de la regla aplicable a través de la utilización de técnicas elementales de gramática y semántica. Este suele ser el caso del juez frente a un comportamiento conflictivo común o frecuente. En otras ocasiones, el juez puede tropezar con dificultades, ya porque los hechos se presentan como inusuales o ambiguos o porque las reglas legales que en principio

(1) Sostiene CARDOZO. "Mi análisis del proceso judicial llega a esto y poco más; la lógica, la historia y las costumbres y la utilidad y los estándares aceptados de la conducta debida son las fuerzas que independientemente o en forma combinada dan forma al programa de esas fuerzas y dominará en cualquier caso".

aparecían como aplicables al caso pierden claridad u ocasionan consecuencias no previstas.

El juez puede hallar sentidos diferentes para la misma norma legal, dependiendo del método de interpretación utilizado”.

2) El numen de su torso formativo lo vertió con delicioso rigor y persuasión para mostrarnos las aperturas y concurrentes interacciones de técnicas y criterios de interpretación y selección del derecho y de los métodos para su acceso.

Escuchémoslo: “Existe una tendencia a asumir sin la debida actitud crítica que una sola norma, o unas pocas, se refieren a cada caso, y que cada una de esas normas tiene un solo y verdadero significado, y que sólo existe un método apropiado de interpretación y que ese método elegido conduce a una y a solo una conclusión lógica. Todas esas creencias son erróneas. El sistema jurídico como un todo, incluyendo principios, estándares y conceptos básicos, como 'buena fe', 'orden público', 'buenas costumbres', 'diligencia debida' y 'hombre razonable', se encuentran en juego.

Cada norma jurídica puede adquirir sentidos diferentes en virtud de la relación dialéctica existente entre las normas y los hechos. Es decir, las acciones sociales o intersubjetivas y los hechos naturales presentes en el caso. Varios métodos se encuentran disponibles para la interpretación de las normas jurídicas. No hay lógica inexorable alguna para elegir un método en particular y descartar los otros como inútiles o inadecuados.

El análisis emprendido en este trabajo muestra la existencia de un vínculo inescindible entre el sentido otorgado a la norma jurídica por la aplicación de un método de interpretación en particular y el sentido atribuido a los hechos relevantes del caso. El juez elige una norma jurídica porque ella, tal cual fue interpretada a la luz de un determinado método de interpretación, otorga el fundamento normativo requerido para *la justa solución del conflicto* (2). Consecuentemente, es equivocado suponer que el juez primero elige las normas jurídicas mediante un proceso lógico, caso mecánico, y que luego sólo las interpreta si no son *claras*. En realidad el proceso es el inverso. El juez elige una norma para aplicar al caso, porque su interpretación previa de ella le indicó que el sentido de la misma es consistente con el sentido de los hechos relevantes del caso y porque ese sentido que les atribuye conduce a la decisión justa del caso. Entonces, aparece como deci-

(2) También MERCADER, en La Plata al igual que RECASENS-SICHES nos decía: “La mente del jurista opera de la siguiente forma: primero busca la decisión *más justa y más apropiada*; y después intenta encontrar un método de entre los que tradicionalmente son admitidos, para armar la sentencia de tal forma que la decisión parezca la conclusión lógica *extraída* de la norma jurídica”. (*Lógica razonable*, p. 219).

Véase PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 187.

siva para la solución del diferendo la elección de un método de interpretación. Sin embargo, en muchas circunstancias el juez no tiene problemas en la elección del método de interpretación. Frecuentemente, métodos de interpretación diferentes conducirán a la misma conclusión, lo que no presentará un problema de selección metódica, porque los sentidos similares atribuidos a la misma norma serán el resultado de la aplicación de distintos métodos de interpretación. En otros casos, el sentido de los hechos del caso es tan claro, que resulta suficiente seguir el sentido gramatical de las palabras de la norma para producir una decisión justa del caso.

Situaciones anormales o excepcionales, sucesos inesperados, cambios infrecuentes en las creencias básicas de las partes al momento de su acuerdo, pueden generar serios problemas de interpretación tanto sobre los hechos del caso como sobre las normas aplicables a ellos.

La experiencia y el entrenamiento profesional le permiten al juez clasificar el conflicto que se le presenta para resolver y concentrar la búsqueda de respuesta en áreas bien definidas del ordenamiento jurídico.

IV. Correspondencia de ese enfoque de la realidad con la experiencia litigiosa

a) Esa visión realista de los jueces y los abogados —los grandes y continuos hacedores del Derecho con el trasfondo de lo incorporado en su visión en el país del Norte— se manifiesta en múltiples vivencias específicas, *la prueba*, el arbitraje, el comportamiento previsible de los jueces, la importancia del precedente.

Respecto, por caso, a la prueba relevante, pertinente, de máxima gravitación Julio César reconoció su decisiva significación como lo hace en el presente la mejor doctrina procesal italiana (COMOGLIO, CARPI, TARUFFO).

1) Que la prueba es una de las fases fundamentales del proceso justo, no está fuera del tiempo ni de la realidad, no se halla en discusión; como el proceso todo, no ha podido huir al pasado y acantonarse en un inmovilismo acaso explicable en las sociedades agrarias, pero carentes de razonabilidad en las exigencias dinámicas y arrolladoras del siglo XXI, que buscan, montadas en el factor determinante del tiempo respuestas útiles, valiosas, en la *oportunidad debida, tampoco irrazonables que le resten calidad de resultados y oportuna manifestación resolutoria*.

El proceso —y el acto cumbre, la sentencia— busca arribar a la verdad jurídica objetiva de los hechos controvertidos y que inciden en el resultado del litigio.

2) La filosofía no es la ciencia que busca la verdad sino la que trata de *averiguarla* (inquirir la verdad, tratando de descubrirla), éste debió ser el

nombre perdurable de la filosofía. Demostrar la verdad para, gracias a ello, poder vivir auténticamente (ORTEGA Y GASSET, "Origen y epílogo de la filosofía", *Meditación de pueblo joven*, O.C. Rev. de Occidente, VIII.316).

Hay todo un universo intelectual que no puede ni podrá ser nunca popular: esto es el universo donde pacen severamente los rebaños cándidos de las verdades. La verdad es, esencialmente, impopular, porque dígame lo que se quiera, la verdad es sutil y difícil, más aún, es enferma; yo no creo que nadie haya pagado nunca una certidumbre científica con menos soldada que su salud. Y los ánimos populares suelen ser sanos, fornidos, robustos (ídem, *Escritos políticos*, "El Faro", 10/8/1908).

No las verdades, sino el hombre es el que cambia y porque cambia, va recorriendo la serie de aquéllas y va seleccionando los que le son afines, cegándose para todas las demás (Ibídem, *Qué es la filosofía*, VII-284).

3) Como cada generación parte de supuestos más o menos distintos, quiere decirse que el sistema de verdades, y el de los valores éticos, estéticos, religiosos, políticos, tienen inexorablemente una dimensión histórica, son relativos a cierta cronología vital humana; valen para ciertos hombres, nada más (igual autoría, *Qué es la filosofía*, VII-301).

Finalmente, las partes y el juez viven el proceso y lo protagonizan desde los hechos, los objetos y las cosas que en él se van registrando desde las alegaciones o afirmaciones; se ocupan de ello atravesando su propio volumen o espesor íntimo como el rayo de sol por el cristal, sin parar en él, sino dándole alcance jurídico desde el prisma o fin buscado de la verdad, aunque sólo llegue a la certeza o a la verosimilitud (ídem, "El descubrimiento de la verdad", en *Así es la filosofía*, VII-284).

V. Los valores

Porfíó siempre (CUETO RÚA) por la Justicia el valor positivo fundante que opera como el sabio y sólido arbotante de la catedral de la libertad ordenada. Y toda la existencia —idealista y ensoñadora de cosas y sentimientos buenos, que descansaban en la confianza y la esperanza que le dignaban las generaciones jóvenes—, estuvieron abonadas por lo que hacían, lo que debían hacer los jueces y abogados. Según la evolución, cada vez más rica y nutriente de sus bases y proyecciones nos unen en las comunicaciones en esta entrañable Academia y el libro de síntesis orgánicas de sus grandes diagonales ideológicas. Así la información y el conocimiento otorgan certeza y el anticipar riesgos y hacen posible el vaticinio del comportamiento humano y el cálculo de las congruencias preserva la seguridad jurídica (3).

(3) *Una visión realista del Derecho. Los jueces y los abogados*, cit., Abeledo-Perrot, 2000. Ver además *Seguridad jurídica*, L. L. 1994-A-742, Augusto M. Morello. *El principio de la seguridad jurídica*, J.A. 1992-IV-886.

La justicia juega una función central, equilibrante como ya lo había destacado Platón, en el Libro IV, n° 443 a, de la *República*. El hombre justo era, según Platón, el que armonizaba y equilibraba sus partes componentes: los sentidos, la voluntad, la inteligencia y sus respectivas virtudes: la templanza, el valor y la sabiduría.

La justicia preside la dinámica de los valores jurídicos, el juego de los tres ejes axiológicos, los correspondientes al componente *mundanal* del ser humano, el componente *existencial* del ser humano y el componente coexistencial del ser humano. Justos son los comportamientos cuyos sentidos los constituyen el orden y la seguridad (componente mundanal) la paz y el poder (componente existencial) y la solidaridad y la cooperación (componente coexistencial). Todos deben darse, pero no todos ocupan el primer plano axiológico, porque no todos los actos traducen y expresan un sentido similar. Uno es el alcance y la gravitación del orden si está en juego el movimiento de un navío en un puerto y otro si está de por medio la asistencia alimentaria debida por el esposo a una esposa desvalida y gravemente enferma.

No se trata, pues, de que los valores compitan los unos con los otros, como si estuvieran enfrentados o como si la vigencia de uno significara la postergación o el desconocimiento de otro. Se trata de que cada una de las instituciones jurídicas exhiba su propio sentido axiológico, su peculiar perfil valorativo. En el comportamiento justo, todos los valores jurídicos están presentes, pero no todos lo están en el mismo plano, ni de la misma manera. Siempre será indispensable la vigencia del orden, así sea de una manera mínima. Y lo mismo es postulable de los demás valores jurídicos. La justicia requiere en toda relación de interferencia intersubjetiva de los comportamientos un cierto orden, una cierta seguridad, un cierto poder, una cierta paz, una cierta cooperación y una cierta solidaridad.

Sin embargo, roces, fricciones y controversias hacen surgir las crisis de los valores jurídicos.

Esas crisis, agregaba, son, principalmente, manifestaciones de crecientes tensiones de la justicia aristotélica (la justicia como racionalidad, como igualdad y como proporcionalidad) y de los valores jurídicos de mayor fuerza, los valores de heteronomía (el orden, el poder y la cooperación). El orden, el poder y la cooperación pueden abrir el camino a la realización de los valores más dignos de cada par (la seguridad, la paz, la solidaridad) sólo en la medida en que el orden es justo, el poder es justo y la cooperación es justa. Cuando dejan de serlo, ya no se plantea un problema de incompatibilidad axiológica que obligue a elegir entre el orden y la justicia, o entre la cooperación y la justicia. La Justicia domina axiológicamente y suministra nuevos sentidos.

El orden se ha transformado en desorden o ritualismo, el poder en anarquía u opresión, y la cooperación en aislamiento o masificación.

Son éstos los casos en los que los grandes jueces intuyen con claridad las exigencias de racionalidad y equilibrio y penetran en el futuro para descubrir los elementos axiológicos negativos todavía ocultos en el orden, el poder y la cooperación vigentes, para relegarlos a un segundo plano y hacer lugar a la justicia.

Penosamente, padeciendo marchas y contramarchas, la historia de la humanidad acusa los difíciles procesos de recuperación de los valores más dignos mediante el soporte que les prestan los más fuertes, en el marco equilibrado suministrado por la justicia como armonía (4).

VI. Otros aspectos

A) Julio César se ocupó de numerosas cuestiones del máximo interés para los amantes de la Abogacía. Ya hemos visto el Derecho y la Realidad y su pensar sobre el Derecho como expresión, pero fue además un atento observador del funcionamiento del Sistema de Justicia. Atraído por el juez de primera instancia y la modernización de sus órganos, racionalizando la dinámica de su obrar con la supresión del Secretario letrado; insistió dando criteriosas razones respaldadas en estadísticas y el ajetreo del duro oficio de reformar de punta las prácticas procesales en la Justicia nacional —con originalidad y rescatables con las nuevas realidades y exigencias de 2008—. Le preocupaba el juez distante y como en las trascendentes reformas procesales de Gran Bretaña y Alemania (1999-2002) no consentía al juez 'ausente', sino el que cara a cara en audiencias concentradas y bien dirigidas le ganaba etapas al informal tiempo del litigio, que vacía las finalidades del *proceso justo constitucional*. Su agudeza lo hizo examinar la actitud necesaria del juez como testigo del testigo y, por cierto, no dejó de ponderar a la cabeza del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación como Poder del Estado, sobre todo mostró la finura y complejidad de la fundamentación o motivación sentencial. La importancia de las razones del juez tanto desde el punto lógico, como histórico, de utilidad, las razones múltiples y la razón de justicia. De una resolución acotada en la precisión de los hechos relevantes probados y en el marco en que los mismos fueron alojados, sin arbitrariedad ni exceso ritual.

B) Tampoco podía omitir sesudas páginas en rededor del buen abogado litigante: que debe conocer muchas cosas y no sólo el Derecho, refiriéndose a la Economía, a la Cultura en general, a las ideas de su tiempo y a su capacidad imaginativa, señalando que debe reconocerse que el letrado es la primera espada que abre el camino (el amparo, la revisión contractual, la acción de inconstitucionalidad, las soluciones de equidad, el sacrificio compartido, etc.).

(4) Op. cit., pp. 31/33.

Y como también que el abogado es auxiliar de la Justicia y agente de comprensión y racionalidad, le aconsejaba que no todo conflicto o tensión debía necesariamente desembocar en los tribunales, que el arbitraje y los medios alternativos muestran también eficacia y el nivel cultural jurídico que guía el quehacer del letrado.

Pero todo ello tiene un punto de partida insoslayable que no es otro —como paradigmáticamente lo fue Julio César— *que el buen profesor de Derecho.*

Las pautas orientadoras las agrupó en tres puntos fuertes: Pensar como abogado; promoción y estímulo al alumno y la enseñanza del Derecho como anticipación del proceso.

C) Fue de los primeros en encumbrar a la costumbre, a la experiencia consuetudinaria. Los usos sociales en la sociedad del riesgo (Ulrich BECK) con novedades, medios, conquistas científicas y técnicas arrolladoras, nos dicen a los abogados que encontremos recursos, explicaciones, y modos renovados para movidas y adaptaciones a las inevitables diferencias y a los problemas interpretativos que genera un cambio inesperado de la realidad (las nuevas 'familias', no la familia clásica, la fuga del lenguaje jurídico de la voz 'concubino', reemplazado por el de pareja, la precisión anticipatoria de la Corte en asuntos trascendentes caso "Sejean" (1986 — LA LEY, 1986-E, 648—), etc. es decir, otra manera de vivir. Los abogados, afirmaba Julio, somos expertos en encontrar nuevas significaciones para las palabras mediante las cuales se enuncian las normas jurídicas generales. Ante mudanzas en la realidad surgen los interrogantes: ¿Qué significa esta nueva realidad? ¿cómo la describo? ¿qué palabra utilizo? ¿qué alcance doy ahora a conceptos cuyo sentido se ha hecho problemático? Y ¿de qué modo frente al art. 17 del Cód. Civ., juegan y pesan los nuevos hábitos, usos y costumbres?

D) Por último, su espíritu de iniciativa y de avanzada le llevó a instalar un tema de enorme significación en los métodos compositivos de conflictos en el espejo actual de novedades que emergen en el derecho estadounidense. Desde el pequeño asunto de bagatela (*juris ministerial*), el juicio privado (*private trial*), el arbitraje como anexo judicial; el juicio sumario por jurado, el agente neutral (*neutral listener*), las determinaciones del experto neutral (*neutral expert factifinding*), las decisiones obligatorias - vinculantes que está generalizando en algunas respuestas de objeto similar (jubilaciones), nuestra Corte Suprema, algunos de los cuales ocuparon la directa atención de otro académico inolvidable, el recordado Lino E. PALACIO, con dos magníficas exposiciones. Las perspectivas de estos procedimientos alternativos seguirán la senda de una renovada formación cultural frente a los angustiantes desafíos de la gente y el fin de procedimientos que están agotados.

VII. Terminación

Teníamos necesidad espiritual de recordar al Dr. Julio César CUETO RÚA. Lo queríamos entrañablemente desde lejanos días en la ciudad de Dardo Rocha y en la Universidad de Joaquín V. GONZÁLEZ. Culto, generoso, oportuno y sagaz, siempre supo poner su solidaria mano en el hombro de su interlocutor que lo escuchaba con deleite por sus ordenados y pensantes mensajes. El nos propuso para integrar —sin merecerlo— esta entrañable Academia y siempre aprendimos algo que acuñó en esta síntesis: “La historia del Derecho puede ser vista como la historia del prolongado esfuerzo de la humanidad en busca de la justicia para hacer del Derecho, es decir, de la convivencia de los hombres, una realidad digna de ser vivida, una realidad en la que, poco a poco, los pueblos del mundo han ido venciendo el desorden, la inseguridad, la anarquía, la discordia, el aislamiento, el extrañamiento, la masificación, el ritualismo, la opresión y la injusticia, para abrir las puertas a la presencia de la justicia, que es la presencia del orden y la seguridad, el poder y la paz, y la cooperación y la solidaridad.”

Bien sabía Julio, en palabras de ORTEGA Y GASSET 1º “que la vida es permanente encrucijada y constante perplejidad; 2º *que la vida de cada cual es lo único que, para cada cual, hoy es la realidad radical, y por lo mismo, inexorablemente sería* (V, 83; y, por fin, 3º) Que vivir es sentirse disparado hacia el futuro (V, 94) (5). Algo parecido le ocurre al proceso judicial (6).

Muchas gracias.

(5) ORTEGA Y GASSET, José, *En torno de Galileo*, en *Obras Completas*, Madrid, 6ª ed., 1964, pp. 83 y 89: *idem*, *El hombre y la gente*. “II. *La vida personal*”, en *Obras Completas*, Revista de Occidente, Madrid, 2ª ed., 1964, t. VII, p. 104.

(6) MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en el sistema político*, Platense, LexisNexis, 2006, caps. 6 a 12.

LA COMUNICACIÓN Y EL DERECHO

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

SUMARIO: I. Conceptos generales. — 2. Lenguaje y comunicación. — 3. Distintos tipos de comunicación. — 4. Codificadores y decodificadores. — 5. Redundancia. — 6. Ruido. — 7. Contexto y referente. — 8. Lenguaje e interferencias. — 9. La persuasión. — 10. Cuestiones complejas de la comunicación.

1. Conceptos generales

No obstante que el tema de la comunicación puede buscarse en Grecia, la teoría de la comunicación actual se debe a los trabajos de mediados del siglo XX, del ingeniero C.E. Shannon y el matemático W.Weaver, ambos de Estados Unidos de América, que propusieran la teoría matemática de la información -o de la comunicación- (Teoría de la Información- TI), cuyo objetivo es explícitamente instrumental: lograr la máxima economía de tiempo, energía y dinero en el diseño de señales y canales técnicos de transmisión. En este esquema los significados de los mensajes, no son, pues, objeto de la TI.

Los lingüistas tomaron estos conceptos con otro alcance fijando las ideas desde el punto de vista antropomórfico. Allí se admitieron cinco elementos básicos para la comunicación: emisor, receptor, canal, código y mensaje. Este modelo puede requerir codificadores y decodificadores. A ellos se han agregado aspectos relacionados con el contexto y el referente, y luego se incluyeron aspectos complementarios como la persuasión. Sin perjuicio de ello, en todo estudio sobre la comunicación desde el punto de vista social,

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 24 de abril de 2008.

se trata de aclarar quiénes son los emisores y los receptores, cuál es la naturaleza del canal y cual el repertorio de signos. Así desde este punto de vista, el carácter antropomórfico del emisor y del receptor aparecen como esenciales y se asocian con seres humanos. En la comunicación, lo que se trasmite son signos que emite la fuente, consecuencia de vivencias (experiencias y estímulos) e ideas del emisor y no una realidad tal cual pudiera captarla el receptor.

2. Lenguaje y comunicación

El lenguaje está compuesto de palabras. Las palabras son piezas que juntamos unas con otras, según ciertas reglas de juego, para componer nuestros mensajes, con los cuales establecemos comunicación con otros humanos. El lenguaje es -conforme el tradicional esquema de Saussure- una manifestación humana, pero generalizada y abstracta, compuesta por la lengua y el habla. La lengua es un producto social de la facultad del lenguaje, algo que el hombre puede construir como un sistema de signos distintos que corresponden a ideas distintas. El habla, en cambio es un acto volitivo y de inteligencia del individuo que contribuye a incrementar la lengua. Para que la cuestión tenga sentido y no quede al margen de la realidad social, al aspecto individual hay que sumarle una “masa hablante” para que haya una lengua. La comunicación, entre los seres humanos se realiza por vía del lenguaje. Y este lenguaje puede ser oral, escrito o gestual. El oral precedió largamente al escrito, aunque ahora, en el campo del derecho ha cedido su lugar a éste, ya que en definitiva aún los actos orales se registran por escrito. Los vestigio del lenguaje oral como fuente del derecho aparecen en la costumbre. Finalmente el lenguaje gestual, que acompaña al oral, es fundamental para integrar la comunicación oral, e incluso para determinar el verdadero alcance de la misma, su verdad o falsedad. En cualquiera caso ya sea escrito u oral el lenguaje debe hallarse registrado.

a) Emisor y receptor. En el lenguaje social, la fuente de donde parte la comunicación se llama emisor. El emisor puede realizar su emisión con destino a una persona o un grupo de personas determinadas presentes o ausentes (charla, carta, conferencia, comunicación telefónica, etc.), o a personas indeterminadas (libro, diario, radio, televisión, etc.). Incluso puede realizar una emisión para si mismo o sin dirigirse a ninguna otra persona (pensamiento, soliloquio). En algunos casos se usa “enunciador”, que es el sujeto de la “enunciación”, es decir el emisor del “enunciado”. Éste, cuando la comunicación es oral, se denomina sujeto hablante

(la persona física que articula oralmente el enunciado) y se opone al oyente (quien lo escucha). Aunque el emisor podría hablar consigo mismo (soliloquio), o escribir para sí (diario íntimo), el proceso de comunicación en sentido propio, requiere, como se habrá apreciado, un destino distinto del emisor. Este destino es el receptor, destinatario buscado o casual de la emisión, que es quien recibe la misma. Sin embargo el hecho de emitir y recibir, por sí sólo no conforman la comunicación. La recepción es también una actividad de construcción del sentido análoga a la que requiere la producción del mensaje. Las actividades emisiva y receptiva son interdependientes, se condicionan entre sí: al producir un mensaje o texto, el “emisor” normalmente ha de anticipar la interpretación- respuesta de su “receptor”, al interpretarlo, el receptor normalmente propone ciertas hipótesis sobre los propósitos del emisor, sobre la forma textual y el contexto

b) El canal. Para que emisor y receptor puedan tener una primera aproximación y constituyan elementos válidos de la comunicación la emisión tiene que poder llegar al receptor. Es decir que tiene que haber un canal, una vía, un camino, por el cual la emisión transite con destino a su objetivo, la recepción. Esto significa, como ya dijimos que emisor y receptor no están aislados. Este canal permitirá excitar, estimular al receptor frente a la emisión. El canal podrá ser visual o auditivo, táctil, gustativo u olfativo, o también cenestésico (conjunto de sensaciones que dan conciencia al individuo de su cuerpo y estado corporal), etc. Asimismo podemos distinguir los canales en dos tipos: naturales (un hombre que hace señas a otro, un hombre que habla a otro que se halla próximo, etc.) o artificiales, es decir aquellos que se apoyan en un sistema técnico (carta, telecomunicación, teléfono, etc.). En cualquiera de los casos es necesario que emisor y receptor tengan contacto con el mismo canal.

c) Código. Sin embargo tampoco el contacto por sí mismo entre emisor y receptor a través de un canal nos será totalmente útil en todos los casos. Si una persona me habla en japonés (idioma que desconozco) la comunicación no será posible. En el sistema procesal se prevé especialmente esta situación designando a un traductor o intérprete. Es necesario que ambas personas compartan algo en común, una serie de reglas propias y conocidas y aceptadas por ambas: un mismo código, es decir una correspondencia biunívoca de entendimiento.

d) Mensaje. Por último y no obstante que el emisor excite al receptor y ambos tengan un código común, falta un elemento último y esencial. ¿Qué

es lo que quiero transmitir? ¿Una serie de palabras sin sentido, aunque correspondan al código del mismo idioma? o: ¿una idea, un concepto, una vivencia, algo para transferir al otro o a los otros que parte dentro de mí con sentido completo? Esto último es lo que quiero transmitir y que hace a la comunicación: El mensaje. El mensaje se produce, no por la suma de los fonemas que constituyen las palabras, sino por la combinación de los 'contenidos' que los hablantes han convenido en atribuir a cada una de las palabras mensajeras unidas en conjuntos de sentido completo (oraciones). El contenido de una palabra tiene una capa exterior, que es su categoría gramatical (sustantivo, verbo, conjunción, etc.), la cual le permite estar en la oración y desempeñar en ella determinadas funciones (núcleo del sujeto o del predicado, complemento, etc.) y la excluye de otras. Debajo de esa capa transparente está el significado que es la capacidad que la palabra tiene de 'representar' un concepto que está dentro de mi cerebro, de tal manera que el mismo concepto se reproduzca en el cerebro del que me está escuchando. El estudio de los significados lo realiza una disciplina llamada Semántica.

e) Errores a que da lugar la mala interpretación de los conceptos. Véase los errores a que puede llevar la incorrecta interpretación o comunicación. Recordamos todos que uno de los medios de interpretación de la norma se dice que es el gramatical. Esto nos llevaría sólo al examen técnico de la oración, pero no a su sentido. En realidad lo que quiso decirse fue que uno de los medios de interpretación del Derecho es el semántico. Pero en la época en que se pronunció la regla, todavía la semántica no estaba desarrollada.

3. Distintos tipos de comunicación

Lo expresado en el párrafo anterior no impide recordar varias distinciones que nos ayudarán a la explicación de diversos interrogantes. Las distintas variantes de la comunicación han sido consideradas en algunas oportunidades por el derecho para tratar de explicar las diversas situaciones jurídicas resultantes. Claro que muchas de ellas se entremezclan en los distintos momentos en que se realizan.

a) Comunicación próxima y distante. La próxima es aquella en que las esferas personales de emisor y receptor están contiguas y se interfieren por vía de los sentidos (hablar, escuchar, tocarse, hacer señas). La segunda significa que entre emisor y receptor existe necesariamente un canal artificial por el cual ambos se comunican (teléfono, carta de negocios, etc.), que puede transferirla en el tiempo.

Cada uno de estas variantes de la comunicación ha tenido importancia en el derecho. La próxima de manera oral tiene fuerte importancia en los argumentos que significan la oralidad en el proceso. La distante ha tenido y tiene significados importantes para el derecho especialmente en la distinción de actos entre presentes y entre ausentes. En este aspecto, los artículos 915 y siguientes del Código Civil han receptado la materia al decir el primero: “La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley”. En lo que hace en particular a la oralidad, recientemente, de manera experimental, la Justicia Nacional en lo Civil dictó la Acordada N° 1068 —del 11 de septiembre de 2007— para la ejecución del Plan Piloto sobre juicios orales filmados, con respecto al instructivo programado para la implementación de proceso de oralidad filmada, aunque desde hace mucho la oralidad es patrimonio del proceso laboral en las provincias y del proceso penal.

b) La comunicación puede ser bidireccional o unidireccional. La bidireccional es aquella en la cual emisor y receptor intercambian alternativamente sus papeles (tal el caso de la entrevista, conversación, etc.). En la unidireccional, emisor y receptor mantienen sus roles en todo momento y los mensajes circulan en una sola dirección (radio, televisión, conferencia). La comunicación bidireccional, o mejor multidireccional, aparece en los actos jurídicos bilaterales o multilaterales (como los contratos plurilaterales de organización) y la unidireccional en la manifestación unilateral de la voluntad.

c) La comunicación interindividual y de difusión. La comunicación también puede ser interindividual de persona a persona como sucede en una conversación entre una o varias personas, en una conversación telefónica o a través de una carta, o puede ser de difusión cuando un individuo habla simultáneamente a gran número de receptores. La difusión está íntimamente ligada en la actualidad con la mass media (medios de comunicación masiva). La interindividual se presenta como un elemento esencial en muchos aspectos, como por ejemplo el acuerdo en los tribunales colegiados; los cambios de opiniones en los directorios de sociedades, en las asambleas, etc. La de difusión tiene especial atención en los medios de comunicación y la prensa.

d) La comunicación registrada y no registrada. Por último tenemos que distinguir si la comunicación es registrada o no registrada. Cuando se habla de registro, generalmente se refiere a registro objetal, el registro más corriente e importante es el establecido en un soporte (actualmente en la mayoría papel, pero que tiende a ser sustituido en gran parte por el

sistema electrónico). El conocimiento humano en su totalidad está registrado en soportes. Aquello que no ha sido registrado se recuerda poco, mal y se tergiversa.

4. Codificadores y decodificadores

El emisor tiene en su mente el mensaje que desea transmitir, esa idea debe elaborarse tomando signos de un determinado repertorio y ordenándolos de determinada manera. Una vez hallados esos signos deben introducirse en el canal por el método adecuado (por ejemplo las palabras que usaremos: ¿las escribiremos o las expresaremos oralmente? ¿y si en lugar de palabras queremos usar signos binarios o de otro tipo? ¿cómo los expresaremos?). Berlo hace notar que el emisor debe tener habilidades encodificadoras, hablar o escribir y de modo adecuado y pertinente. Así el primer problema que se presenta es la transferencia de la idea mensaje a una serie de signos convencionales, que usaremos.

Una vez que el mensaje está codificado y puesto en el canal, el receptor tiene que decodificarlo para que llegue a su conciencia. Los sentidos serán los que le den las percepciones necesarias para esta decodificación. Tenemos el oído, para las palabras, la vista para los signos y señales, los sentidos del gusto, el tacto, etc., cada uno de los cuales son los elementos de recepción. Si el mensaje a su vez ha sido codificado en algún aparato, como por ejemplo un teléfono, el receptor tendrá que tener un elemento receptor que transfiera los impulsos eléctricos a sonidos y recién de ellos extraer el mensaje decodificando los sonidos, o en otros elementos extraerá las palabras escritas o los signos, etc., los que enviará a su mente. Así se habrá producido la transferencia de la idea mensaje del emisor al receptor.

Pero tanto por la fragmentación de la misma, por elementos del contexto no transferidos, vivencias propias, sentido del concepto expresado y deficiencias de la comunicación (especialmente a través de mayor cantidad de codificadores y decodificadores), la idea mensaje nunca será la misma que la original. El juego del teléfono roto es un ejemplo extraordinario en este campo. Y todo lo dicho debe ser muy tenido en cuenta en la actuación procesal donde la comunicación representa un elemento central e imprescindible.

En el proceso, el sistema de codificación y decodificación, ya complejo en una comunicación directa y unidireccional, se ve a veces clarificado y a veces entorpecido en lo social por la intromisión de otros codificadores/

decodificadores (legisladores, jueces, abogados, juristas que explican las normas y su alcance, mass media que informan no siempre adecuadamente sobre los hechos, etc.). Lo que es cierto es que cuanto menos codificadores y decodificadores existan, mayor y mejor será la comunicación.

5. Redundancia

Otra cuestión que aparece en la comunicación es el fenómeno de redundancia. Hockett dice que las rigurosas restricciones que presentan en todas las lenguas los ordenamientos fonemáticos sólo pueden comprenderse en la plena significación cuando se toma en cuenta la redundancia. Lo que se entiende por esta palabra en el uso común, es *decir más de lo que hace falta*. Y agrega “de manera que, resulta posible pues, hablar de modo natural y hasta descuidado, sin correr el riesgo de ser mal comprendidos a cada paso. Una lengua con redundancia relativamente baja podría funcionar en ambientes silenciosos y si los hablantes hacen sus enunciados con claridad, pero fracasaría una y otra vez en ambientes ruidosos o cuando los hablantes estuvieran de prisa y tuviesen que hablar más rápida y descuidadamente que de costumbre. Pero la redundancia, que nos permite comprender el mensaje, aun emitido con deficiencias, nos puede llevar a la confusión y ello especialmente en el Código”.

Cassany expone de manera maestra esta cuestión. “En relación al código escrito, la ortografía establece que sólo la grafía “ratón” puede representar al animal roedor (y no otras formas como retón, rarton o ratton); la morfosintaxis, que sólo la combinación “María compró un ratón” es aceptable (y no Compró un María ratón o María ratón un compró); y el léxico, que denominamos ratón a la especie “Mus musculus” (y no mini-rata, comequesos u oca). Estas convenciones sociales son imprescindibles para asegurar el éxito de la comunicación. Si cada persona utilizara grafías, estructuras sintácticas y palabras distintas, no habría forma de entendernos”.

Hay muchos ejemplos de normas jurídicas que incluyen estos errores y el hecho de que sean necesarios los fallos plenarios es en general una buena muestra de ello. En los lenguajes técnicos o formalizados, la redundancia tiende a desaparecer, pero casualmente no es ese el caso del Derecho y en especial cuando en esa redundancia intervienen los lenguajes natural, técnico y una zona gris de ellos que no se logra definir.

6. Ruido

En el proceso de transmisión de señales siempre se ven mezcladas señales ajenas. En realidad, cualquier proceso impuesto sobre una señal tien-

de a introducir perturbaciones indeseables que llamaremos ruido. Todo fenómeno que se produce en ocasión de una comunicación y que no pertenece al mensaje intencional emitido es ruido. La palabra “ruido” significa, en su acepción corriente, un sonido, que no se quiere oír, una perturbación sonora que tiene a menudo carácter errático, accidental. Pero el término ruido se aplica a todos los tipos de comunicaciones: visual, escrita, etc. En estos casos significará o bien la intervención de estímulos visuales perturbadores, que ocultan la imagen que se pretende hacer llegar al receptor, o bien ciertos signos introducidos por el azar y los defectos del canal físico, tipográfico, etc. (incluso se pueden incluir la omisión de una expresión o la dureza del oído).

El ruido representa una interferencia perturbadora en el sistema de comunicación. Esta interferencia, según su magnitud puede afectar la comunicación o impedirla. El ruido puede incluso ser puesto por el emisor al tener mala dicción, incluir palabras fuera del código generalmente usado, o también por falta de coherencia o de completividad del mensaje, a la que se suman perturbaciones acústicas u omisiones de señales, como ya hemos dicho.

Existe una relación entre la redundancia y el ruido, ya que la redundancia permite -en muchos casos- transmitir el mensaje a pesar del ruido y constituye un elemento del lenguaje que ayuda la comunicación, siempre y cuando no entre en una propia incoherencia la reiteración que se haga contradictoria. El ruido existe en todo canal de comunicación, y Lotman advierte con claridad una evidencia que no siempre es tenida en cuenta: “que si la magnitud del ruido es igual a la magnitud de la información, entonces la comunicación será cero”.

7. Contexto y referente

Hockett nos enseña que el habla está siempre enmarcada en un contexto. Ese contexto lo constituyen las personas presentes, el lugar donde están, lo que están diciendo y lo que se ha dicho. En el campo del Derecho esto es el ámbito social donde se desarrolla. Por ello resulta a veces peligroso la importación de teorías o legislaciones extrañas al contexto. Desde el punto de vista general, el contexto es el conjunto de datos estables de conocimiento, esto es: lógicos, biológicos, culturales, etc. que suelen darse por consabidos de antemano por todo acto del habla, por ejemplo el sol, el temor al sufrimiento, las nociones básicas de espacio y tiempo, etc. En Derecho en el contexto encontramos, entre otros, elementos como los

hechos notorios y los hechos evidentes, el ámbito en el cual se desarrollaron los hechos, los sujetos implicados en el proceso; la validez de la costumbre como fuente del derecho con distintos alcances según la materia (civil y comercial), o los principios constitucionales, como la bilateralidad de la audiencia.

Aunque en un sentido vulgar se asocia la idea de contexto y referente, la diferencia entre ambas es fácil de apreciar. El referente es el objeto real o ideal, o una manifestación o circunstancia del mundo observable o deducible que es objeto de esa referencia. Es el enlace del lenguaje con el mundo "real" o referido. Cada objeto se conceptualiza y se le asigna un sentido. Al tener conceptualizaciones idénticas o similares, emisor y receptor pueden comunicarse y comprenderse. Tal comunicación se da en un marco cultural común. Esta capacidad humana de representar el mundo exterior mediante signos, se denomina lenguaje. De modo que mientras el contexto está dado, la referencia está explícita o implícitamente invocada por la elocución.

8. Lenguaje e interferencias

Finalmente, como ya hemos hecho notar es el lenguaje el vehículo necesario para la comunicación humana. Pero las manifestaciones del lenguaje son variadas y cada una de ellas resulta útil para un fin en particular. Ahora bien, si cualquiera de los cinco elementos básicos de la comunicación que mencionamos falta, ésta resulta imposible. Cada uno de ellos debe funcionar en plenitud para poder comunicar adecuadamente. El Emisor debe recibir correctamente el fenómeno o elaborar debidamente la idea, tener la misma con claridad y perfección en su mente e incluirla de un modo adecuado, en algún elemento que le permita lograr la transmisión, es decir en un sistema que sirva a la comunicación (esto es encodificarla o codificarla, es decir transferirla a algún tipo de lenguaje), incluso puede haber más de un codificador intermedio, o tratarse de un codificador complejo (de la mente a la palabra oral o escrita, o al gesto; o al teléfono, la radio, la televisión, la carta, etc.). Algunos de estos elementos no dependen del emisor, pero también su funcionamiento debe ser correcto. Esta transferencia debe ser realizada en un Código determinado (el lenguaje y éste a su vez, además, puede ser encodificado en ondas eléctricas, hertzianas, etc.) y tener un Canal, una vía idónea (sonido/aire; escritura/papel, registro informático/soprote electrónico, señales/visión/audición, etc.) que pueda llegar al Receptor, que a su vez debe tener la habilidad y los elementos técnicos para la decodificación, para cerrar el ciclo comunicativo.

En este sentido se ha dicho respecto de este mundo, que integra obviamente la comunicación, que el maestro y el profesor de lenguas se encuentran un poco aturridos ante la avalancha de escuelas, terminologías y desacuerdos que por desgracia existen en el mismo. A los problemas de la comunicación y que se trasladan necesariamente al lenguaje se le unen ahora algunas otras cuestiones, de las cuales examinaremos los dos principales: ambigüedad y vaguedad.

La interferencia general del lenguaje se produce generalmente por vía de dos fenómenos denominados como vaguedad y ambigüedad. La vaguedad es un fenómeno en el cual se produce la indeterminación significativa de la unidad del léxico (vgr. la palabra “mesa”) o de la oración (“algún día concurriré”). En cambio en la ambigüedad existe una indeterminación entre una cantidad de elementos (vgr. la palabra “pico”). Marcos Marin, expresa que los fenómenos de homonimia y polisemia (que así se designan también las calidades de vaguedad y ambigüedad, no obstante que los conceptos no coinciden plenamente) sólo podrían ser evitados teniendo para cada apreciación de nuestra realidad un signo distinto, es decir, si diéramos un significante distinto para cada significado, la economía del sistema se vale del papel desempeñado por la complementación. Este criterio aparece en los lenguajes ideográficos, pero en nuestra lengua, un conjunto finito de signos sirve, en su combinación, para expresar todas las ideas, de allí los fenómenos de ambigüedad y vaguedad.

La AMBIGÜEDAD tiene distintos alcances conforme se examine el lenguaje.

La ambigüedad léxica se produce cuando un término puede ser interpretado en más de una forma, como por ejemplo la palabra “radio”. Una observación detenida del Diccionario de la Real Academia nos muestra que la mayoría de las palabras tiene esta posibilidad de significados múltiples. En el Derecho las palabras acción, causa, buen padre de familia, entre otras, se encuentran en este campo.

La ambigüedad pragmática se produce cuando del contexto del discurso no puede establecerse el alcance de un concepto. Por ejemplo la expresión “Lo vi al bajar del auto”, no permite determinar quién es el que bajó del vehículo.

La ambigüedad semántica amenaza a un elemento de la oración que puede interpretarse de distintas maneras. Esto resulta especialmente relevante en la interpretación de las normas jurídicas y justifica los fallos plenarios y la casación como modos de uniformidad.

Finalmente la ambigüedad sintáctica proviene de la existencia de dos o más estructuras sintácticas implícitas. Por ejemplo “El homicidio de Juan Pedro es punible”, nos crea la duda de si la víctima es Juan Pedro o resulta ser el victimario.

Pasemos ahora a la VAGUEDAD. Carrió señala que la vaguedad se presenta cuando ante una palabra, si bien conozco todo lo que debo saber de ella, mi duda se origina en que no sé bien dónde termina el campo de aplicación de la misma. Asegura que ello se produce cada vez que una palabra tiene como criterio relevante de aplicación la presencia de una característica o propiedad que en los hechos se dan en forma de un continuo como la edad, o la altura, o el número de cabellos para ser calvo, etc.

En estos casos, aunque con algunas limitaciones, el significado se puede aprehender por una de cuatro vías; 1) La aproximación por el lenguaje natural, 2) La aproximación por el lenguaje técnico o formal, 3) La definición y 4) La inclusión en un determinado contexto. Esto es lo que tratan de hacer los juristas al explicar las normas y los sistemas jurídicos, los legisladores con las leyes aclaratorias o interpretativas, los jueces con los fallos plenarios o de casación.

Al lado de estos problemas, incluida o no dentro de los conceptos anteriores, aparece la sinonimia y la polisemia. La sinonimia a la inversa de la polisemia que multiplica los significados de las palabras, multiplica las palabras a los significados. La sinonimia no se puede articular del mismo modo en todos los contextos, además, la sinonimia absoluta es rara (vgr. ética- moral). Sin embargo la sinonimia exacta, como en el ejemplo que hemos dado, no se da en todos los casos con la debida certeza. En el ámbito jurídico si una palabra define un concepto, no importa repetirla indefinidamente en el texto, si tenemos duda de que otra palabra no tenga el mismo sentido (v. gr. acción y pretensión, delito y crimen, etc.), pues el sistema jurídico no busca la estética literaria, sino la precisión terminológica.

9. La persuasión

El esquema jurídico presenta diversas variantes especialmente entre el sistema normativo sustancial y el sistema normativo procesal. Este último une a la comunicación un aspecto particular que es el de la persuasión. Pero la concepción de ligar la comunicación con la persuasión es incompleta, pues la persuasión, que es un gran ingrediente en la comunicación

y especialmente en el proceso, no lo es todo. Recientemente se ha observado que si los seres humanos son criaturas sociales interesadas en acceder a la compañía de otros y en suscitar su aprecio, hemos de suponer que buscan comprender cuáles son las conductas que allanarán el camino de ese proceso. La persuasión es uno de los medios para descubrir y demostrar la pertinencia de nuestras opiniones de conducta. Como se ve, en un primer punto comunicación y persuasión están ligadas en algunos aspectos y en otros difieren, además, el mensaje permite suponer distintas actitudes del emisor y distintas también de la persuasión.

La persuasión está ligada también a la argumentación (allí aparecen las discusiones parlamentarias de las leyes, las exposiciones de motivos, los fundamentos de los decretos, de los actos administrativos, de las resoluciones judiciales, etc.), que no consiste sólo en afirmar algo con base en una demostración “verosímil”, hay que motivar al receptor por razones de convencimiento a través de la credibilidad de la fuente, la coherencia con los valores del destinatario, el contenido y la lógica del mensaje, la adaptación al contexto y a la situación. Perelman demostró que en las obras de filosofía, política, moral y estética no había lógica específica en los juicios de valor. En los campos examinados, como en todos aquella en que se trata de opiniones controvertidas, cuando se discute y se delibera se recurre a técnicas de argumentación, y agrega que si bien la nueva retórica es el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a una tesis presentadas a un determinado auditorio, la argumentación no contempla exclusivamente la adhesión a una tesis porque sea verdadera. Podemos preferir una tesis a otra porque nos parezca más equitativa, más oportuna, más actual, más razonable o mejor adaptada a la situación.

10. Cuestiones complejas de la comunicación

En el campo del derecho la comunicación se presenta de modo complejo. Veamos algunos de esos aspectos:

1) *Notificación*. La comunicación tiene como fin en general anotar a otro de algo. En el derecho esto es fundamental, pero es diferente en cada caso. No es lo mismo que “el derecho se presume conocido por todos”, cuestión que tiene su campo de vaguedad ya que no tenemos muy claro cuáles son los límites de lo que llamamos derecho; de la notificación procesal o extraprocesal y sus formas; de ciertas notificaciones que tienen que

hacerse en la persona de alguien específicamente: como puede ser el procesado, el presunto demente, el sublocatario; lo que lleva a consecuencias distintas e inclusive a la invalidez de los actos realizados.

2) *El Habeas data*. Hemos visto que gran parte de la comunicación se registra. Estos registros permiten tener los datos recopilados en el tiempo, lo que a su vez hace a la evolución de la civilización. Pero hay un campo, que si bien no es totalmente actual, fue potenciado hasta límites no conocidos con la aparición de la informática computarizada. La aparición de nuevas técnicas, el abuso del poder, la necesidad de contar con información de las personas, y la libertad de información, constituyen un meollo en el cual la legislación necesita proteger la vida privada de las personas, para que no sea avasallada esa privacidad de las personas y especialmente por la informática, a través de la protección de datos. Genéricamente las convenciones y leyes sobre derechos humanos apuntan a este aspecto, y también lo hace de modo específico la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales en su artículo 8º, punto 1, al decir que toda persona tiene derecho a su vida privada. Si no se tiene en cuenta esto, se habrán pasado los límites cuya penetración nos priva de la condición humana, tal como ya Orwell anticipó en la obra "1984".

De modo que el tema se relaciona con las personas, el derecho a la intimidad y la protección de datos personales. Y esta protección encuentra en la Constitución Nacional el artículo 19 relacionado con las acciones privadas, la protección de la intimidad también se volcó específicamente al Código Civil, en su artículo 1071 bis, agregado por la ley 21.173, al proteger el derecho a la intimidad con carácter resarcitorio. A su vez el artículo 14 de nuestra Constitución consagra la libertad de expresión. Ello permite recibir y dar información, lo que indudablemente, ante la aparición de la informática y la interconexión de redes, o el acceso a ficheros determinados, da lugar a que se conozcan y expongan los datos de una persona de manera que puedan afectar tanto su derecho a la defensa en juicio, como su intimidad, por exposición de datos sensibles (como los políticos, sexuales y especialmente de enfermedades como el caso del SIDA). El conocimiento de estos datos sin autorización pueden crear problemas que no sólo afecten la esfera personal, sino que produzcan discriminación desde el punto de vista racial o religioso, no planteados ostensiblemente en la exclusión que se haga.

Esto ha dado lugar a la necesidad de una protección de esos datos, sin que a su vez se impida tener conocimientos científicos, estadísticos y otros necesarios para el desarrollo. En este campo apareció una protección es-

pecial denominada Habeas Data ligada inexorablemente a derechos fundamentales de la persona, especialmente en esta época en que la informática permite la penetración en lo reservado hasta límites antes nunca conocidos. Es por ello que la Constitución Nacional en la reforma de 1994 consagró el Hábeas data, aunque erróneamente como una variante del amparo. La cuestión del hábeas data presenta así un campo central y un campo difuso que está ligado inexorablemente a derechos fundamentales de la persona interrelacionados con aspectos sociológicos y tecnológicos, tales como: a) el derecho a la intimidad; b) la discriminación; c) las fuentes de información y la prensa; d) los registros (registros propiamente dichos, archivos y bancos de datos); e) los derechos humanos; f) la informática y la telemática. De allí surgen dos aspectos fundamentales: el primero relacionado con los derechos a proteger; el segundo, con el requerimiento respecto del archivo, registro o banco de datos. Y así se llegó a establecer una serie de vías secuenciales, primero de información y trámite extrajudicial y fallada este primer camino, un segundo camino urgente judicial a través de la ley 25.326 (Adla, LX-E, 5426), LHD, y dec. nacional 1558/2001 (Adla, LXII-A, 60).

3) *El soporte informático.* Los niveles comunicativos normativos en la actualidad son escritos, pero es interesante advertir que el soporte va variando. Puede mostrarse en este campo el paso del soporte papel al soporte informático en la Administración Pública: La ley 24.624 (Adla, LVI-A, 59), al modificar la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto 11.672 (Adla, 1920-1940, 296), en su artículo 49, por vía del artículo 30 de la primera, introduce el documento electrónico. La norma citada dice: La documentación financiera, la de personal y la de control de la Administración Pública Nacional, como también la administrativa y comercial que se incorpore a sus archivos, podrán ser archivados y conservados en soporte electrónico u óptico indeleble, cualquiera sea el soporte primario en que estén redactados y construidos, utilizando medios de memorización de datos, cuya tecnología conlleve la modificación irreversible de su estado físico y garantice su estabilidad, durabilidad, inmutabilidad e inalterabilidad, asegurando fidelidad, uniformidad e integridad de la información que constituye la base de la registración. Los documentos redactados en primera generación en soporte electrónico y óptico indeleble, y los reproducidos en soporte electrónico u óptico indeleble a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, serán considerados originales y poseerán, como consecuencia de ello, pleno valor probatorio, en los términos del art. 995 y concordantes del Código Civil.

4) *Los mass media.* Los mass media o medios de comunicación masiva son indudablemente necesarios y están protegidos por la Constitución

Nacional y los Tratados Internacionales. Así tenemos el derecho a publicar ideas por la prensa (art. 161 CN), con el correlato del delito del art. 161 CP (Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico); la prohibición del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa o establezcan sobre ella la jurisdicción federal (art. 32 CP); la protección de las fuentes de información. Esto es esencial para una sociedad democrática.

Pero bajo esta protección se encuentra el lado oscuro: la prensa amarillista, la utilización de los medios para propaganda partidaria, para juzgar fuera de los tribunales, para decir por los funcionarios, periodistas o pseudoperiodistas barbaridades jurídicas, que luego la gente las toma como verdaderas. Este ha sido un tema de preocupación para los juristas y se trató especialmente en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal en el Panel III, "Procesos penales y medios de comunicación", y ha sido objeto de diversos trabajos, como por ejemplo los de Santos Cifuentes - La protección del honor de los jueces y la responsabilidad de los medios de prensa. Equívocos y confusiones a propósito de los casos "Gesualdi" (LA LEY, 1997-B, 753) y "Morales Sol ". ED, 172-766; o de María Angélica Gelli - Relaciones peligrosas entre Derecho y medios de comunicación (Acerca del valor probatorio de las declaraciones periodísticas). LA LEY, 1996-E, 512.

Como se ve el tema de la comunicación no representa ya algo ajeno al Derecho, comprende la esencia del mismo. Es su vehículo y su registro, hace a la precisión, que hace posible la igualdad ante la ley, enseña sobre la privacidad, sobre la tolerancia y finalmente sobre la justicia.

EL DERECHO A LOS DATOS PERSONALES Y EL HÁBEAS DATA

POR SANTOS CIFUENTES (*)

1. *La ley 25.326 de protección de datos personales.* La protección de datos personales fue tarea del legislador que comenzó en 1970 en el ámbito europeo, cuando la evolución de la informática se expandió en la sociedad, con la elaboración de ficheros que podían amenazar la intimidad de las personas. La primera legislación fue la de Alemania en el Bundesland de Hesse, para la defensa de la intimidad frente al Estado. En 1973 Suecia dictó la primera ley nacional “*Data Act*”, para proteger a las personas ante el almacenamiento de datos que usaba el Estado para control, vigilancia y prevención del delito. La ley federal alemana es de 1977 (1).

Sin embargo, en España la primera creación provino del Tribunal Constitucional, que, adelantándose al Parlamento, y como derecho no expresamente reconocido en la Constitución, acogió la existencia de la garantía instrumental de la “autodeterminación informativa”, para la tutela de la intimidad y el honor frente al uso de la informática (2). Este país y otros recibieron una carta de emplazamiento de la Comisión Europea, por no adoptar todas las medidas necesarias para adecuar su legislación sancionada en 1992, a la Directiva europea 95/46. Esta Directiva prohíbe la transferencia internacional de datos entre las naciones de la Comunidad Europea, y esa restricción fue extendida a otros países no europeos que no tengan nivel de protección adecuada. La Argentina quedó emplazada el 25 de octubre de 1998.

Nuestra ley argentina del año 2000 tiene por objeto, según enuncia su art. 1º: “...la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 22 de mayo de 2008.

(1) GILS CARBÓ, Alejandra M., “Datos personales. Prohibición de transferencia internacional”, LA LEY, 2000-A, 938.

(2) STC 292/2000, de 30 de diciembre, ver: CANOSA USERA, Raúl, “El viaje del Derecho Constitucional hacia su efectividad”, Estudio Preliminar en la obra de SBDAR, Claudia Beatriz, “El amparo de derechos fundamentales”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2003, p. 15.

datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal.

En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas”

El Decreto reglamentario n° 1558 del 29 de noviembre de 2001, delimitó el concepto del receptor de datos, en los siguientes términos: *“A los efectos de esta reglamentación, quedan comprendidos en el concepto de archivos, registros, bases o bancos de datos privados destinados a dar informes, aquellos que exceden el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito”...*

Se considera que son Bancos públicos los que operan en la organización estatal, y, según el texto transcrito, no se impone el requisito de que estén destinados a proveer informes. Luego, abarca la protección de la ley a los datos en una serie de archivos, registros y bancos de datos con informaciones sobre personas tengan o no ese destino. Se ha pensado inclusive, atendiendo a las funciones que desempeñan, que se deben considerar bancos públicos a ciertos organismos no estatales como los colegios profesionales y las obras sociales (3).

Los bancos privados deben estar destinados a “proveer informes” sean onerosos o gratuitos, por lo que sólo quedan excluidos de la protección legal los que no tengan organización y funcionamiento para difundir o hacer conocer los datos que registran. Aunque, como bien se ha señalado, a través de la informática los exclusivamente personales pueden transformarse, en pocos segundos por simple conexión *on line*, en archivos que proveen informes. A partir de esa circunstancia quedan abarcados por las normas de la ley, empero los remedios pueden ser tardíos. En el concepto de “proveer informes”, se incluye a las cesiones y transferencias de datos que es una forma de traspaso por comunicaciones.

(3) Indudablemente son bancos públicos el Registro Nacional de las Personas, la Cámara Nacional Electoral, el Registro Nacional de Reincidencia, la Dirección Nacional de Migraciones, la Anses, la Policía Federal Argentina y las policías de provincia, el Banco Central de la República Argentina, el Instituto Nacional de Estadística y Censos —INDEC—, el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, los Registros Nacional y Provinciales de Propiedad Automotor, Registros Nacional y Provinciales de Propiedad Inmueble, el Registro Público de Comercio, etcétera. Ver PEYRANO, Guillermo F., “Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data, Comentario a la Ley 25.326 y a la Reglamentación Aprobada por Dec. 1558/2001”, Depalma, Bs. As. 2002, p. 19; PUCCINELLI, Oscar., R., “Protección de Datos de Carácter Personal”, Astrea, Bs. As. 2004, p. 151.

He sostenido que la base de datos personales importa un derecho personalísimo nuevo e independiente, que deriva del valor dignidad de la persona, como derecho constitucional no enunciado (art. 33 de la Const. Nacional). La privacidad no es el único aspecto de la protección frente a la acción informática, sino que hay que tener en cuenta también la identidad cuando, verbigracia, se falsean o alteran los datos provistos con mentiras o errores que se deben corregir. También es posible con la informática lesionar la imagen de la persona en cuanto tal. La base de datos puede implicar no solo referirse a un aspecto de la persona sino a su personalidad como un todo, integra, virtual. Basta el entrecruzamiento de datos para construir lo que la persona es, accediendo a sus negocios, familia, salud, proyecciones individuales y sociales, etc. De ahí que pueda sostenerse la existencia de una nueva figura jurídica que puede encontrar su protección a través del *habeas data*, o de otras medidas protectoras y precautorias judiciales que no deben retacearse a la hora de tutelar la intimidad, la imagen, la identidad o el honor (4).

La ley ha definido los datos personales como toda “*Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables*” (art. 2°). Pero además ha reconocido la existencia de datos llamados “sensibles”, que son los que “*revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual*”. Ha sido criticada esta norma porque intenta definir por medio de supuestos y no de conceptos (5). Por lo mismo la enunciación es incompleta, porque lo que realmente tiene interés es que tales datos estén por su propia esencia vinculados a la intimidad. En definitiva no hay un concepto legal de “datos sensibles”, aunque se previene que solo pueden ser recolectados cuando medien razones de interés general autorizados por ley. De ahí algunas vacilaciones y elaboraciones complejas de la jurisprudencia y la doctrina.

En el art. 5° se estatuye que el tratamiento de datos es ilícito cuando el titular no ha prestado consentimiento valedero por escrito o por medio similar o que se le equipare.

Pongo por caso que se ha discutido, dentro del orden político, si la *afiliación partidaria* es un dato protegido. Esta cuestión había sido plenamente discutida ante el decreto 1397/2002, que disponía que el padrón provisorio a utilizar en las elecciones abiertas se publicaría (art. 3°) y la CNac. Electoral dispuso la publicación de las listas respectivas, y ordenó la instalación de esas bases de datos en un sitio de

(4) CIFUENTES, Santos, “Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo (consecuencias de su reconocimiento y características), J. A., 1999- IV, p. 835; “La Responsabilidad frente al Derecho personalísimo de los Datos Personales”, Revista de Lecciones y Ensayos, nrs. 72/73/74, ps. 111 y sgts.

(5) PUCCINELLI, Oscar R., “Protección de datos de carácter personal”, op. cit. Astrea, Bs. As. 2004, p.170. Sin embargo el Convenio Europeo hace también una enunciación y la Directiva Europea en el art. 17 los enumera: a) origen racial; b) opiniones políticas, religiosas o filosóficas; c) adhesión a sindicatos; d) información de la salud física o mental; e) sobre la vida sexual.

Internet (6). Esta cuestión reapareció en 2005 con el decreto 2923/2005, y el tribunal sostuvo que no puede equipararse al conocimiento de las opiniones políticas de los interesados. Descartó que tal afiliación fuera un “dato sensible” como lo son dichas *opiniones políticas*, agregando que la misma ley en su art. 27 establece el carácter público de los registros partidarios (7). De ahí que nada impediría la publicidad de esos registros. Si la persona es famosa y de alto nivel de exposición, a lo que se suma la trascendencia social de los hechos, parece poco admisible sostener que los datos correspondientes fueran sensibles y que se deban mantener en secreto. Sin embargo, ha dicho Gozaíni, se debe distinguir el secreto de la reserva y confidencialidad, ya que no todo secreto es íntimo y si no lo fuera de todas maneras está protegido, en tanto son inviolables la correspondencia, los papeles privados (art. 18 de la Constitución), quedando incluidas, como ya se ha visto, las comunicaciones por teléfono y por ello las interceptaciones telefónicas y de los despachos telegráficos son también ilegítimos. El autor mencionado ha dicho que la presencia informática en la vida de las personas es cotidiana y el hombre encuentra que su vida está archivada (desde el nacimiento y primeros pasos por el mundo) prolijamente en un banco de información. Otros autores, como Puccinelli, estiman que esa publicación de los padrones es inconstitucional, pues si bien como había opinado Bidart Campos no es auspiciosa la cultura del ocultamiento y debe cultivarse una política madura (8), muchas veces quien decide afiliarse a un partido no lo hace voluntariamente ni porque tenga intenciones de participar en la política y en el gobierno del partido, sobre todo en nuestros países y especialmente en las provincias, en las que esa afiliación se erige como una exigencia para obtener ciertos bienes. Porque tampoco es dable confundir afiliación con militancia, ni tal afiliación se hace para ponerla en conocimiento general. Por lo demás la “ficha” que debe llenarse para la afiliación, contiene una serie de datos que entran en aspectos de reserva, para los que no se daría consentimiento expreso a la luz de la ley 25.326. Luego, en realidad, solo deberían poder acceder a esos datos los legalmente interesados y no, a través del Internet, el público en general. También se dice que no es condición el carácter íntimo para considerar que un dato sea o no sensible, pues bastaría que ese dato pueda producir discriminación aunque no fuere íntimo. Además, si el individuo pertenece a un partido político ello revela directa o indirectamente cuál es su opinión política, tal como surge del art. 2 de la ley de datos personales.

La ley de datos personales ha creado tipos penales incorporando los arts. 117bis y 157 bis al Código Penal, de tal manera establece penas de prisión y según el caso de inhabilitación para la persona que insertara a sabiendas datos falsos en un archivo,

(6) CNElectoral, 9 de septiembre de 2002, LA LEY, 2002-F, 1437. Ver sobre la discusión consiguiente en doctrina, PUCCINELLI, Oscar R., “Los datos de afiliación partidaria son sensibles en los términos de la ley 25.326 y no deben ser puestos a disposición del público en general. A propósito de su inclusión en padrones electorales y en bases de datos disponibles en Internet”, J. A. 12 de abril de 2006, p. 3.

(7) CNElectoral, 14/04/2005, LA LEY, 2005-C, 278, n° 108.893, con nota de GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “La afiliación partidaria no es un dato sensible”.

(8) BIDART CAMPOS, Germán J., “¿Ser afiliado a un partido político configura un dato sensible?”, LA LEY, 2003-A, 1299.

proporcionara información falsa, o ilegítimamente o violando sistemas de la confidencialidad, accediere a un banco de datos personales o revelare secretos que debiera guardar. En tal supuesto, por ejemplo, está el secreto fiscal, establecido en el art. 101 de la ley 11.683 para las declaraciones juradas, manifestaciones e informes a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), cuya divulgación por parte de terceros importa la comisión del delito que regla el art. 157 del citado Código.

Hay desde ya excepciones a este secreto que solo nacen especialmente de las normas aplicables, ya que no es exigible el consentimiento del titular cuando los datos se recaben en el ejercicio de funciones del Estado o por una obligación legal. Una aplicación de estas excepciones es la expuesta de la AFIP, a efectos de obtener datos para fiscalizar el cumplimiento de las leyes tributarias (art. 35 de la ley 11.683), organismo exento del recaudo del consentimiento para brindar información a la Secretaría pertinente. O sea que los datos propios y de terceros que surgen de las declaraciones juradas impositivas, es decir, entre otros, las actividades, los ingresos, bienes que le pertenecen y su valuación, familiares a cargo, etc. deben ser confiados al organismo recaudador que, a la vez debe prestar la información de esos datos cuando le sea requerida, tal como regula el art. 14 de la ley de datos personales. En caso de denegatoria puede reclamar por medio de la acción de habeas data, así como exigir su rectificación si son erróneos, la supresión si no corresponde registrarlos o la actualización cuando han perdido actualidad (9).

Las combinaciones y peligros que las bases de datos informáticos pueden ocasionar a las personas han sido puestas de relieve en diversos trabajos, mostrando que en forma instantánea y en muchos lugares a la vez, puede reproducirse el pasado, el fugaz presente y el posible futuro de las personas. La creación de la realidad virtual de los hombres y de los grupos, atendiendo a sus gastos, dolencias, inclinaciones, hábitos, puede ser peligrosa y hasta devastadora, cierta, mendaz y errónea, como si fuera un instrumento para sojuzgar y esclavizar (10).

Las defensas que se pueden blandir para evitar esas intromisiones es dable enunciarlas no taxativamente. Así la facultad que tiene la persona frente a la apropiación y manejo de sus datos de exigir que se le dé conocimiento de la información guardada por la entidad colectora; se la corrija si ese archivo tiene errores; se la actualice si figura con antecedentes históricos que no se corresponden con la personalidad presente del interesado; se la suprima y haga cesar si ya no tiene sentido preservarla

(9) Ver VANOLI, Francisco, "El habeas data y su aplicación en materia tributaria", LA LEY Actualidad, 13/4/2006.

(10) PARELLADA, Carlos A., "Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional", Astrea 1990, p. 257; BORDA, Alejandro, "Responsabilidad extracontractual por ilícitos informáticos en las jornadas en homenaje a Jorge Bustamante Alsina", E.D., t. 139, p. 936; LLOVERAS DE RESK, María E., "La intrusión a la intimidad a través de la informática", J.A., 1989 - II, p. 916; ARSON DE GLINBERG, Gloria, H., "Intrusión a la intimidad través de la informática y los medios masivos de comunicación", LA LEY Actualidad, 23/11/1989; RABINOVICH BERKMAN, Ricardo "Cuestiones actuales en derechos personalísimos", Dunken, 1997, ps.135, 163 y sgts.; CIFUENTES, Santos, J. A. 1999 IV, p. 835; "Derecho personalísimo a los datos personales, LA LEY, 1997-D, 1323.

en la base de datos; se impida su publicación y se la mantenga en reserva, salvo en ciertos archivos que por intereses públicos y de terceros tiene que subsistir con los resguardos del caso (exigencia, por ejemplo, de un interés jurídico actual para conocerlos); que haya un verdadero interés social para la recolección; tratándose de datos confidenciales y sensibles, limitar al mínimo indispensable la incorporación a los registros; reclamar y hacer cesar la obtención por medios ilícitos o ilegítimos; que se disponga la cancelación oportuna de los transitorios; exigir el anonimato, cuando los fines son exclusivamente estadísticos o de índole similar; que esos fines están justificados en la ley; que se pueda identificar al que colecciona los datos, se establezcan sus propósitos y los métodos y prácticas a realizar; y, desde ya, que cese toda infracción, se suprima toda amenaza y se paguen los daños y perjuicios que las acciones antijurídicas con los datos han ocasionado (11).

El conjunto de estas medidas que en algunos casos superan la tutela del derecho a la intimidad, tienen bases constitucionales iberoamericanas en Portugal en 1976 (reformas de 1982 y 1991); en España en 1978 y la ley de 1992, luego modificada en 1999 (llamada Lortad); en la Argentina desde 1994 (art. 43 de la Const. Nac.); en Brasil desde 1988 que reguló por primera vez una garantía específica designada como *habeas data*; en Colombia desde 1991; en Paraguay desde 1992; en Perú desde 1984 y 1993; Guatemala desde 1985; Nicaragua desde 1987; Ecuador desde 1996 y 1998; desde Venezuela en 1999; en Bolivia desde 2004 (12).

2. *El habeas data*. A partir del art. 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional de 1994, entró en vigencia un recurso de protección de los datos personales, que fue considerado como una especie del recurso de amparo allí estatuido. La norma establece: “*Toda persona podrá interponer esta acción (referida a la de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística*”. La reglamentación no ha sido posible, pese a haberse llegado a la sanción de un proyecto que tuvo aceptación parlamentaria, pero fue vetado por el Poder Ejecutivo (13)

Por su lado la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 16 expresamente reconoce el derecho de toda persona, mediante acción de amparo,

(11) CAMPANELLA DE RIZZI, Elena y STODART DE SASIM, Ana María, “Derecho a la intimidad e informática”, LA LEY, 1984-B, 667; PARELLADA, Carlos A., “Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional”, p. 198; RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil”, t. II, p. 102, n° 775; RABINOVICH - BERKMAN, “Cuestiones actuales en Derechos Personalísimos”, Dunken, 1997, p. 164 y ss.

(12) Ver estos antecedentes estudiados y transcritos por PUCCINELLI, Oscar R., “Protección de datos de carácter personal”, ps. 22, 25 a 29.

(13) Puede consultarse entre otros, la transcripción del proyecto ley 24.745 de octubre de 1996 y el decreto 1616/96 que lo observó y vetó en su totalidad, en la obra PIERINI, Alicia - LORENCE, Valentín y TORNABESE, María Inés, “Hábeas data. Derecho a la intimidad”, Ed. Universidad, Bs. As., 1999, p. 95 y sgts.

al libre acceso a los registros públicos o privados, para conocer cualquier asiento sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga. También se puede pedir la actualización, rectificación, confidencialidad, o supresión cuando tal información lesiones o restrinja un derecho. En general en las provincias se coincide en este sentido y han dictado sus propias normas (14). Atendiendo a todas esas normas así como a las de la mayoría de los países de América del Sur, se ha clasificado del siguiente modo: A) Hábeas data *informativo*, que representa solo el derecho a obtener informes de los datos registrados y que puede ser: a1) *localizador*, destinado a indagar la existencia y ubicación; a2) *finalista*, para determinar cuál es el fin del registro; a3) *Exhibitorio*, para enterarse sobre los datos personales almacenados; a4) *Autoral*: establecer la persona que dio los datos al registro. B) Hábeas data *aditivo*, para agregar los datos no asentados, del que puede ser: b1) *actualizador*, o poner al día los datos viejos ciertos; b2) *aclaratorio*, aclarar situaciones ciertas pero que pueden ser incorrectamente interpretadas; b3) *inclusorio*, para llenar las omisiones que pueden perjudicar. C) Hábeas data *cancelatorio*, para eliminar datos falsos. D) Hábeas data *reservador*, para que un dato cierto mantenga su confidencialidad y solo se comunique a quienes estén autorizados y en los supuestos para los que fueron habilitados (15). E) Hábeas data *disociador*, o sea utilizar los datos de una persona haciendo valoraciones, sin que el que los aprovecha conozca la identidad de esa persona, caso contrario se puede entablar la acción. F) Hábeas data *encriptador*, acudiendo a técnicas de encriptación para ocultar el dato en general y solo darlo a conocer a quienes pueden tener la clave. G) Hábeas data *bloquedor*, para trabar el tratamiento de datos en un registro. Puede ser bloqueo transitorio ordenado judicialmente, o bien más allá de una medida cautelar, una sentencia con un bloqueo definitivo por haber expirado el plazo de comunicación. H) Hábeas data *asegurador*, pidiéndose la constatación judicial para que el sistema de información presente condiciones mínimas de seguridad que eviten fugas o alteraciones. I) Hábeas data *impugnativo*, es decir para cuestionar las valoraciones que realiza sobre los datos el informador. J) Hábeas data *resarcitorio*, o reparador, lográndose la indemnización cuando hay derecho a la exclusión o rectificación de los datos. K) Hábeas data *impropio*, para obtener información pública negada a quien tiene legitimación o bien para replicar información personal difundida por los medios. También, acceder a la información pública (16).

Estas diferentes clases de habeas data tienen asiento legal en la Constitución y en la ley de datos. Vienen a ser una importante disquisición doctrinal, que permite clarificar el campo de aplicación del recurso destinado a resguardar los datos.

Sin embargo de la falta de reglamentación, en general la jurisprudencia consideró que el recurso en el orden nacional estaba vigente, tratándolo como una especie de

(14) PIERINI, LORENCES y TORNABESE, op. cit., p. 115; Ver la transcripción de los regímenes provinciales en PUCCINELLI, Oscar R., "Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos)", J. A. 2004 - III, p. 731.

(15) En contra PALAZZI, Pablo A., "El hábeas data en la Constitución Nacional (la protección de la privacidad en la era de la información)", LA LEY, 20/12/1994.

(16) Ver sobre estos tipos y subtipos, PUCCINELLI, op. cit., J.A. 2004 - III, p. 731.

amparo, de ahí que iniciado el procedimiento quedó sin efecto el rechazo judicial in límine (17). La principal cuestión y que ha dado serias dificultades a la doctrina y a la jurisprudencia tiene su base en la información crediticia, especialmente frente a entidades particulares destinadas a dar informes, como la ya conocida Veraz S.A. o bien los bancos privados y públicos. Así en varios casos se ha rechazado la acción dirigida al suministro de información por el Banco Central si no se prueba la falsedad de la información, desvirtuando los elementos aportados que confirman la existencia de la deuda (18). Sostenido en el art. 26 de la ley 25.326, el tribunal comercial legitimó los “informes comerciales” no obstante la falta de consentimiento del interesado, lo cual no basta para suprimir los datos que lo califican de deudor “irrecuperable”, basándose en que esos informes permiten evaluar la solvencia y el riesgo crediticio cuando se recaban informes patrimoniales de fuentes accesibles al público. Al efecto debe demostrarse la falsedad del dato o facilitadas por el interesado o con su consentimiento y además se autorizan datos sobre morosidad facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta a interés (19).

Se va abriendo otra corriente positiva y ponderable que exige que las empresas que suministran datos extremen los medios de seguridad en el flujo de la información evitando la que es falsa. Si el informador procedió a rectificar debe comunicarlo a quien le transmitió la información falsa y hacerse cargo de las costas del habeas data (20). Si bien la empresa Veraz S.A. no puede ser responsabilizada por difundir datos erróneos de fuentes accesibles –en el caso del Banco Central-, es dable condenarla a reparar los daños por las persistencia de incluir en sus registros los datos que habían sido considerados erróneos con anterioridad y eliminado de su base de datos, al tratarse de una idéntica calificación a la eliminada, dado que a esa informadora la incumbía asegurarse de que se trataba de un nuevo incumplimiento y no de un error de la institución bancaria (21). Asimismo, la Corte Suprema estimó viable el hábeas data para que rectifique la información de deudor moroso y se la complete para que no dé una imagen parcializada del mismo (22). Este tribunal superior ya

(17) CNCiv, Sala I, 29/4/1999, J. A. 1999 –IV, p. 88, causa: “Acedo, Gustavo v/ Organización Veraz S.A.”; íd, Sala “B”, 30/1/1998, J. A. 2000- IV, p. 88, causa: “Basigaluz Saez c. Organización Veraz S.A.”.

(18) CNCCom, Sala “B”: 6/12/2000, LA LEY, 2001-B, 208; CNCiv, Sala “G”, 14/5/2003, JA, 2003- III, p. 87; CNCiv, Sala “C”, 3/6/2004, JA, 2004 – IV, p. 75; CNCiv, Sala “M”, 27/2/2000, “E. D.” T. 191 – p. 41512/3/2001., n° 50.651.

(19) CNCCom., Sala “E”, 23/5/2003, JA, 2003 – IV, p. 64.

(20) CNCiv, Sala “A”, 26/2/2001, ED, T. 193, p. 2121/6/2001, n° 50.858.

(21) CNCiv, Sala “E”, 2/1/2004, LA LEY, 2005-A, 780.

(22) CSJN, 5/4/2005, LA LEY, 2005-B, 743, con nota de BASTERRA, Marcela I., “Aspectos procesales y sustanciales del habeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, y JA, 2005 – III, p. 31 6/7/2005, con nota de PEYRANO, Guillermo F., “La determinación de ciertos lineamientos del hábeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Carácter del instituto. Requisito de la ilegalidad y arbitrariedad manifiestas. Falsedad e inexactitud de los datos para su procedencia. La legitimación pasiva”.

había dispuesto por mayoría que la ausencia de normas regulatorias no impedía el ejercicio del hábeas data, incumbiendo a la jurisdicción determinar las características con que el derecho habrá de desarrollarse (en el caso el hermano demandó para obtener informes de su hermano) (23). Dijo también que si el suministro de la información se pretende o alega que afecta a la seguridad nacional o a una investigación criminal, tales excusas debían ser invocadas por el titular de la respectiva institución administrativa (24). Por otra parte y a través del hábeas data se ha ordenado al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que dé cumplimiento a la obligación de informar qué medidas se adoptaron en relación con diversas irregularidades puestas de manifiesto en las instalaciones y prestaciones brindadas por el hospital (25).

Como puede observarse, la jurisprudencia ha dado un vuelco positivo al hábeas data, que en los primeros tiempos se redujo y cercó de exigencias, particularmente limitándolo a la información falsa. Hoy es mucho más abierta y sobre todo ante los datos crediticios hay mayor acogimiento, sobre todo porque las entidades privadas como Veraz S.A. actúan como verdaderas empresas de negocio, que cobran por cada información que proporcionan, de donde deben actuar con toda responsabilidad en la medida en que no benefician a otros altruistamente. Es así que la jurisprudencia ha abierto un camino hacia la responsabilidad de los informadores, sosteniendo que no es suficiente que el Banco Central distribuidor del dato falso y por consiguiente del daño ocasionado a la persona, se limite a suprimir de su base de datos la información errónea y a no volver a repetirla, puesto que en un lapso de tiempo la dio a conocer, por lo que corresponde que indique en sus registros que el damnificado estuvo inhabilitado desde julio de 1997 a febrero de 1998 por causa de una información errónea proporcionada por el Banco y que nunca debió ser inhabilitado. En ese caso se dispuso que las costas debe pagarlas la entidad responsable pese a que se haya allanado al hábeas data, pues no le había dado oportunidad al actor de demostrar la verdad (26).

En cuanto al problema del conocimiento de las “historias clínicas” que están reservadas en los Hospitales y Sanatorios, se trata de instrumentos muy particulares en donde no sólo está ausente la firma de partes sino que tienen una vida interior y están confeccionadas por profesionales (médicos y enfermeras) que les dan un matiz documental muy específico. Es así que se ha dispuesto que no corresponde hacer lugar a la acción de hábeas data para tomar conocimiento de

(23) CSJN, 15/10/1998, LA LEY, 1998-F, 297, con nota de BIANCHI, Alberto B., “El hábeas data, como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema” (ver fallo in extenso en p. 236) 25.11.1998.

(24) CSJN, 16/9/1999, LA LEY, 2000-A, 348, con nota de SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El hábeas data contra organismos estatales de seguridad”.

(25) C.Cont.Ad. y Trib. Ciudad Bs.As., sala 2ª, 30/4/2002, JA, 2003 – IV, p. 65, con nota de CARRANZA, Luis R. y PALAZZI, Pablo A. “Derecho de acceso a la información pública y derecho de acceso a la información privada (hábeas data): Semejanzas y diferencias”.

(26) C.Civ. y Com. Federal, Sala II, 12/12/1998, ED, T. 188, p. 599.

su contenido ni que al efecto se proporcionen fotocopias. Pero dado el interés del paciente, el que naturalmente surge a simple vista, se ha dispuesto que puede pedirse su secuestro, que se expida dicha fotocopia por el Juzgado y que se devuelva al nosocomio, aplicándose el art. 323, inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (27).

(27) CNCiv, Sala "F", 6/7/1995, JA, 1996 - II, p. 397 y LA LEY, 1996-C, 473, con nota de Claudia E. Baigorria, "Algunas precisiones sobre la procedencia del habeas data".

EL “SOBREENDEUDAMIENTO” DEL CONSUMIDOR Y LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR FRANCÉS (*)

POR AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI (**)

SUMARIO: 1. Preliminares. — 2. La normativa concursal. — 3. ¿Para qué modificar?. — 4. Una distinción preliminar para delimitar el tema. — 5. Quién es el consumidor-deudor sujeto de estas reflexiones. — 6. Vinculaciones entre el ordenamiento concursal y el de protección de los consumidores. Consecuencias. — 7. Causas del sobreendeudamiento del consumidor. — 8. Particularidades del concurso del consumidor incluso dentro de la categoría de los “pequeños concursos”. Importancia. Pauta de interpretación. — 9. Algunas propuestas. Las Recomendaciones del Consumer Debt Report de Insol, Mayo del 2001. — 10. El sistema francés regulado en el código de los consumidores. — 11. Conclusiones provisionales. — 12. Bibliografía.

La paciencia, más que una virtud, constituye una obligación legal a la que está constreñido todo acreedor de un deudor quebrado(1).

(*) Al igual que varios autores españoles, utilizo la palabra sobreendeudamiento por no encontrar otra más adecuada en la lengua castellana (Ver FERNANDEZ CARRON, Clara, El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 17). Tómese la como un neologismo, aun no receptado en el diccionario de la Real Academia Española. La escribo indistintamente con una o con dos “e” en razón de que así lo admite ese diccionario para voces tales como “sobrentender”, “sobrentendido”, “sobrexcitación”, etc. Está formada por dos vocablos: “sobre”, que indica exceso, acumulación (en inglés, “over”) y “endeudamiento”. La misma terminología se utiliza en francés (surendettement), en italiano (sovraindebitamento) y en portugués (superendividamento). En Francia, la palabra apareció en la ley de 1989; el proyecto originario hablaba de endeudamiento, pero cuando pasó al Senado, el vocablo fue sustituido por el de sobrendeudamiento.

(**) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 12 de junio de 2008.

(1) MAZEAUD, Denis, L'endettement, Rapport français, en L'endettement, Journées argentines, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLVI, Paris, LJDJ, 1995, pág. 137.

El derecho a no pagar las deudas está hoy definitivamente anclado en la legislación francesa(2).

1. Preliminares

Desde Washington, la agencia Reuters ha informado que los pedidos de quiebra presentados por los consumidores estadounidenses crecieron en abril de 2008 un 47.7 % respecto al mismo mes del año anterior; que durante el año 2007 hubo 850.912 declaraciones de quiebra, cifra que supera a la del año 2006 en un 38%. La misma noticia señala que el récord de 2.000.000 de procesos ocurrió en el año 2005, justo antes de que la ley federal de bancarrotas se reformara con la finalidad de hacer más difícil a los consumidores liquidar sus deudas; también indica que la disparada de las cifras refleja el creciente *estrés* financiero que enfrentan las familias estadounidenses, cargadas con deudas y problemas hipotecarios.

En igual mes y año (abril 2008), en el otro extremo del mundo, el diario económico *Védemosti*, anunció que Ministerio ruso de Desarrollo Económico y Comercio había presentado un proyecto de ley que permitirá declararse en quiebra a las personas físicas que no pueden pagar sus deudas por estar “*sobreendeudadas*”.

Seguramente, la crisis desatada a fines del 2008 incrementará estas cifras.

2. La normativa concursal

2.1. La unificación.

Los procesos concursales tienen por finalidad reglar del modo más equitativo y ordenado posible la situación de un deudor que no puede hacer frente a las obligaciones que pesan su patrimonio.

El deudor puede ser un comerciante, intermediario, empresario, o una persona cuyas deudas no tienen vinculación con actividades de este tipo por él desarrolladas.

(2) La expresión «el derecho a no pagar las deudas» es de Georges Ripert, quien en 1936 publicó un artículo al que tituló «Le droit de ne pas payer ses dettes» Ver este antecedente en Lagarde, Xavier, *L'endettement des particuliers. Etude critique*, Paris, LGDJ, 1999, pág. 3; Debet, Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, pág. 761, n° 840, nota 1; Côte, Nathalie, *Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers. Titre III de la loi 2003-710 du 1/8/2003*, en *La Semaine juridique*, n° 46, 2003, pág. 1973.

El debate sobre si ambas situaciones deben o no ser reguladas por la misma ley es antiguo.

A favor de la unificación se argumenta: las categorías han dado lugar a estereotipos reduccionistas e inexactos: los deudores no son siempre incompetentes, irrealistas o personas guiadas por propósitos fraudulentos, ni los acreedores cándidos sujetos que confiaron de buena fe en su deudor; generalmente, las dificultades del deudor empresario resultan de un conjunto de factores muy diversos: administración aventurada, retardos importantes en la cadena de pagos, baja en las demandas de los clientes, degradación de la situación económica; otro tanto puede decirse de las causas que llevan a la cesación de pagos de un deudor no comerciante. Por lo demás, en ambos casos, la ley permite esencialmente dos salidas: una curativa y otra liquidativa, y las dos exigen normas procesales y sustanciales.

Desde hace más de treinta años, en la Argentina, los concursos dejaron de ser una figura exclusivamente mercantil; por el contrario, el sistema comprende a comerciantes y no comerciantes, artesanos, empleados, amas de casa, jubilados, grandes y pequeños deudores.

Otros países, como Francia, han optado por la diversidad de regímenes, pero como lo señala un sector de la doctrina, en la actualidad, todos persiguen ayudar a una persona en dificultades y, a ese fin, utilizan técnicas similares. La diferencia, en definitiva, es una cuestión de qué “dosis” utilizan en uno y otro caso (3).

2.2. La regulación argentina.

Los arts. 288 y el 289 de la LC pretenden regular los pequeños concursos. Ambos son algo similar a un “furgón de cola” de la ley, desde que después de ellos sólo aparecen las disposiciones transitorias.

¿Qué dicen estos dos artículos?

Muy poco. Evidentemente, el legislador ha pensado en la pequeña empresa, y no en las deudas “no profesionales”. En efecto, reclama al deudor

(3) PIEDELIÈVRE, Stéphane, *Droit de la consommation*, Paris, ed. Economica, 2008, n° 625. Confrontar, para señalar las diferencias, Sortais, Jean Pierre, *Failite et surendettement: quelques éléments pour une comparaison*, en *Procédures collectives et droit des affaire. Morceaux choisie*, Mélanges en l'honneur d' Adrienne Honorat, Paris, ed. Frison, 2000, pág. 226.

que se rige por este tipo de proceso tener un pasivo inferior a cien mil pesos, o poseer menos de 20 trabajadores, o no más de 20 acreedores (4). No obstante, no regula con precisión un procedimiento específico; por eso, Maffia dice que es un “procedimiento especial sólo que sin procedimiento” (5). O sea, la ley lo llamó, lo bautizó “pequeñas quiebras” pero no se preocupó en aligerar el procedimiento (6). Este defecto fue advertido por el senador Aguirre Lanari (7), recordado por la mayoría de los autores que exponen sobre el tema (8), quien durante la discusión parlamentaria dijo que la diferencia en el tratamiento es escasa. En esta línea, Carlos Molina Sandoval señala que “los anaqueles de los tribunales concursales, encuentran espacios incómodos para los pequeños concursos”; y parafraseando al mencionado legislador, ubica en estos dos artículos el concurso del jubilado, el policía, el ferretero, el docente (9).

En definitiva, la diferencia está en que algunos requisitos no son exigidos: así, no se requieren los dictámenes previstos en el art. 11 incs. 3 y 5 (inc. 3, estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado; inc. 5, nómina de acreedores con indicación de sus domicilios; legajo por cada

(4) El art. 288 dice: “Concepto. A los efectos de esta ley se consideran pequeños concursos y quiebras aquellos en los cuales se presente, en forma indistinta, cualquiera de estas circunstancias: 1 - que el pasivo denunciado no alcance la suma de cien mil pesos (\$100.000.-). 2 - que el proceso no presente más de Veinte (20) acreedores quirografarios. 3 - Que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia”. El art. 289 dispone: “Régimen aplicable. En los presentes procesos no serán necesarios los dictámenes previstos en el artículo 11, incisos 3 y 5, la constitución de los comités de acreedores y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el artículo 48 de la presente ley. El controlador del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico en caso de no haberse constituido comité de acreedores. Los honorarios por su labor en esta etapa serán del 1% (uno por ciento) de lo pagado a los acreedores”. Según Grispo la normativa tiene su antecedente cercano en la ley italiana de 1903 (GRISPO, Jorge D., Tratado sobre la ley de concursos y quiebras. Ley 24.522, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2002, t. VI, pág. 624).

(5) MAFFIA, Osvaldo, Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos, ED 165-1226.

(6) Por eso se afirma que el legislador se quedó “a mitad de camino” (ROUILLON, A., ALONSO, D. F. y TELECHEA, D. S. Comentario al art. 288, en ROUILLON-ALONSO, Código de comercio comentado y anotado, Bs. As., ed. LA LEY, 2007, t. IV-B-844.

(7) Antecedentes Parlamentarios, ed. LA LEY 1995-1317.

(8) FAVIER-DUBOIS, Eduardo, Pequeños concursos: ¿regla o excepción?, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 402.

(9) MOLINA SANDOVAL, Carlos, La tutela del consumidor desde la óptica concursal, ED 208-796.

acreedor); por inferencia, tampoco se le pide copia de los balances u otros estados contables exigidos por las disposiciones legales que rigen su actividad (inc. 4), y el comité de acreedores se constituye sólo facultativa y no necesariamente. No se aplica el *cramdown*, solución que un sector aprueba, porque resulta incompatible con un pequeño concurso (10), pero que otros entienden violatoria del principio de igualdad (11). Otra diferencia es que el contralor del cumplimiento del acuerdo está a cargo del síndico. En lo demás, prácticamente es igual; me refiero expresamente a la duración del proceso; a la necesidad de publicar edictos y sus costos; al régimen de verificación y revisión de los créditos, sus accesorios (costas, gastos intereses), tasas tributarias, método de obtención de las mayorías, quiebra indirecta, etc.

En definitiva, sin desconocer la opinión de algún autor que atribuye el fracaso de la normativa a los jueces (12), me sumo a quienes sostienen que el régimen legal argentino no se adapta con facilidad y realismo a una situación diferente, tanto en lo estructural cuanto o en dimensional (13).

Aclaro que sigo defendiendo la unificación, desde que los países que excluyen al deudor no comerciante de los procesos concursales dejan vacíos muy difíciles de solucionar con justicia (14); no se trata, entonces,

(10) GRAZIABILE, Darío, Derecho concursal, Bs. As., ed. Lexis Nexis, 2006, pág. 198.

(11) GRISPO, Jorge D., Tratado sobre la ley de concursos y quiebras, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2002, t. VI, pág. 631. Para un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia sobre esta problemática ver, especialmente, ANTONI PIOSSEK, Fernanda, Antinomias salvables, en Jurisconcursal, año III, n° 8, Tucumán, 2008, pág. 13 y siguientes.

(12) Ver BAVA BUSSALINO, Pablo, Pequeños concursos y quiebras. Ley 24.522, Mendoza, ed. Jurídicas Cuyo, 2000, pág. 17 y sigtes. Para el autor, los jueces viven poniendo palos en la rueda a los pequeños concursos.

(13) FAVIER-DUBOIS, Eduardo, Pequeño concurso. Denegatoria de apertura. Incumplimiento del art. 11 de la ley 24.522, en Doc. Soc. y Concursal, n° 231, Febrero 2007, t. XIX, pág. 135. En cambio, en España se ha justificado la inexistencia de normas expresas en la ley concursal del siguiente modo: “dado que las ejecuciones con garantía excepcionan al régimen de suspensión o paralización, ni el acreedor ni el deudor consumidor tienen incentivos para solicitar un concurso cuyos costes de ejecución serían prohibitivos con relación a los intereses en presencia” (CARRASCO PERERA, Angel, Los derechos de garantía en la ley concursal, Madrid, ed. Thomson, 2004, pág. 64).

(14) Para la situación en Italia, ver SPAGNUOLO, Domenico, en Sandulli, Michele (a cura di) I soggetti esclusi dal fallimento, Torino, ed. Ipsoa, 2007, pág. 173; Ferri, Corrado, L'esdebitazione, en Il fallimento n° 9/2005 pág. 1085. La cuestión del sobreindeudamiento de los consumidores viene preocupando desde hace años a la doctrina italiana y no sólo desde la perspectiva jurídica. Así, en 1995, en la Revista Economía e diritto del terziario,

de que el “blasón de la unificación concursal con cuya invocación los argentinos nos vanagloriamos durante décadas, hoy sea más bien un baldón” (15). La cuestión, entonces, no pasa por repudiar la unificación sino por generar otra vía de soluciones para el típico consumidor e impedir que, a través de la vía liquidatoria, los tribunales se llenen de procesos que, finalmente, concluyen con una clausura por falta de activo (16).

3. ¿Para qué modificar? (17)

Frente a tanta insatisfacción (18), la mayoría de las voces reclaman la reforma del sistema; sin embargo, las coincidencias no son tan claras cuando se visualizan los objetivos, o sea, qué se pretende con la modificación legal.

Guido Alpa publicó un trabajo al que tituló *Il sovraindebitamento del consumatore*. Más recientemente, la Facultad de psicología de la Università degli Studi di Roma, La Sapienza, editó la tesis de Fiorella Cerchiaro titulada *Il sovraindebitamento: un'analisi esplorativa degli indicatori di rischio nella casistica di Adiconsum negli anni 2003-2006*. El Adiconsum es un organismo cuya actividad puede seguirse a través de las páginas de Internet.

La cuestión tampoco es ajena a la doctrina española. Ver, especialmente, FERNANDEZ CARRON, Clara, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008 y extensa bibliografía allí citada.

(15) BARREIRO, Marcelo, LORENTE, Javier y TRUFFAT, Daniel, *Del traje de confección al de medida: los procesos concursales deben tener una regulación diversa según en magnitud*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 104. Para el tema, en general, ver especialmente TRUFFAT, Edgardo D., *Sobre los pequeños concursos y quiebras*, en CAMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 24522 y sus modificatorias (bajo la dirección de Ernesto Martorell)*, Bs. As., ed. Lexis Nexis, 2008, t. V, pág. 451.

(16) BARREIRO, Marcelo, LORENTE, Javier y TRUFFAT, Daniel, *Del traje de confección al de medida: los procesos concursales deben tener una regulación diversa según en magnitud*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 104; de los mismos autores, *Otra vez sobre el concurso mínimo: Cuando veas las barbas de tu vecino afeitarse...* en *Rev. Doctrina Societaria y Concursal*, n° 248, Mayo 2008, pág. 373.

(17) La pregunta se la formula ROLDAN BULNES, Facundo, *Pequeños concursos: un instituto que necesita ser revisado*, ED 193-685. El autor sostiene que hay que llevar agua para los dos molinos pero, fundamentalmente, para proteger a la pequeña y mediana empresa que es la que a él le preocupa.

(18) La insatisfacción no es sólo argentina; la doctrina de otros países también clama por mejores regulaciones. Para la situación en Uruguay ver GUERRA PEREZ, Walter, *Pequeños concursos. Aspectos procesales de su regulación en el proyecto de ley concursal de reorganización empresarial a estudio del parlamento uruguayo*, en *Crisis de la economía mundial y concursalidad*, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevi-

Algunos persiguen, principalmente, descongestionar el trabajo judicial, aliviar la carga de trabajo que pesa sobre la jurisdicción y la sindicatura; evitar trámites complejos y económicamente dispendiosos; acelerar los procesos; realizar rápidamente los bienes para facilitar el cobro de las acreencias (19); en definitiva, terminar rápidamente un concurso que a nadie beneficia (20). Por eso, las propuestas pasan por abreviar los plazos de publicación de edictos, o publicar menos edictos para abaratar los costos (21); simplificar la verificación, eliminar la verificación tardía y el recurso de revisión (22); eliminar la sindicatura (23); restringir aún más la apelabilidad, o que todas apelaciones procedentes sean resueltas en forma conjunta en no más de tres oportunidades que la ley debe determinar (24); prever que la clausura del procedimiento produzca la caducidad de todas las deudas anteriores cuyos titulares no se hubiesen presentado a verificar; que la clausura pueda disponerse aun cuando no se haga distribución alguna (25); etc. Algunas de estas preocupaciones parecen ser las

deo, Fundación de cultura universitaria, pág. 461 (cabe señalar que ese proyecto se sancionó y es ley en Uruguay desde Octubre del año 2008). Para un trabajo comparativo de la situación en argentina y en Uruguay, ver TURCO, Graciela, ULNIK, Juan y HEUER, Federico, Los pequeños concursos en la Argentina y en Uruguay, en Crisis de la economía mundial y concursabilidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 471.

(19) BERGEL, Salvador, De los pequeños concursos y quiebras, JA 1996-III-876.

(20) FAVIER-DUBOIS, Eduardo, Pequeños concursos: ¿regla o excepción?, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 400.

(21) GRAZIABILE, Darío, Derecho concursal, Bs. As., ed. Lexis Nexos, 2006, pág. 203.

(22) ESCUTI (h.) Ignacio A., Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso, JA 1991-III-907.

(23) BARREIRO, Marcelo, LORENTE, Javier y TRUFFAT, Daniel, Del traje de confección al de medida: los procesos concursales deben tener una regulación diversa según en magnitud, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 104; FAVIER-DUBOIS, Eduardo, Pequeños concursos: ¿regla o excepción?, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 408; esta posibilidad existe en la ley alemana (Ver UHLENBRUCK, Wilhelm, Aspectos básicos del proyecto de ley de insolencia alemana, RDCO 1990-B-637).

(24) ESCUTI (h.) Ignacio A., Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso, JA 1991-III-907.

(25) ESCUTI (h.) Ignacio A., Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso, JA 1991-III-912.

de Maffia cuando dice: “Visto desde afuera, precisamente por tratarse de pequeñas quiebras, el problema es poco menos que *negligible*, pero desde adentro, esto es, en el ámbito del tribunal, es uno de los inconvenientes más serios que conlleva el trámite concursal” (26).

Otros, en cambio, toman como objetivo principal atender a las *necesidades del consumidor* insolvente y su familia; de allí, que la cuestión principal sea la *prevención* del problema (27). En este sentido, se afirma que dadas las dificultades que los deudores no profesionales suelen enfrentar para acceder al mercado del crédito, el fin de estos procesos es preservarlos de la liquidación, a través de un instrumento que opere como una suerte de medida tutelar; el legislador debe venir en su ayuda porque el sector es sumamente valioso en su conjunto, en términos sociales y macroeconómicos (28); por eso, se propone se autorice sin restricciones la presentación conjunta de ambos cónyuges (29); que exista o no acuerdo mayoritario de los acreedores, el juez pueda imponerles un plan de pagos que puede incluir quitas y, más aun, la extinción de la deuda (30); se trae la idea de diversos ordenamientos que incorporan como solución la liberación de todas las obligaciones para que el deudor pueda tener un nuevo comienzo (*fresh start*) (31); así, por ej., la legislación alemana prevé la

(26) MAFFIA, Osvaldo, Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos, ED 165-1226. Para el conjunto de medidas, ver KLEIDERMA-CHER, Arnoldo y otro, De los pequeños concursos y quiebras y la administración de justicia, en III Congreso argentino de Derecho concursal y 1° congreso iberoamericano de la insolvencia, Bs. As., ed. Ad Hoc, 1997, pág. 63.

(27) BARREIRO, Marcelo, Una aproximación al fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor y su necesaria regulación, en Crisis de la economía mundial y concursabilidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 455 y siguientes.

(28) FAVIER-DUBOIS, Eduardo, Pequeños concursos: ¿regla o excepción?, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 400.

(29) FARHI DE MONTALBAN, Diana, La insolvencia del consumidor: el problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, pág. 104.

(30) ANTONIO, Ariel F. y otro, Procedimiento especial para el sobreendeudamiento de personas físicas con ingresos fijos, en Crisis de la economía mundial y concursabilidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 449.

(31) DE CESARIS, María C., DO SANTOS FREIRE, María B., WEIDMANN, G., Reflexiones sobre el tratamiento legislativo y judicial de los llamados pequeños concursos. Situación

cesión durante siete años, de la parte embargable de los ingresos del deudor a un fiduciario, a efectos de que él se encargue de pagar a los acreedores y, vencido ese plazo, el proceso de insolvencia se cierra (32); el decreto ley n° 5/2006 incorporó en el derecho italiano la figura denominada *esdebitazione* cuya finalidad es liberar al fallido, persona física, de buena fe, de las obligaciones residuales parcialmente insatisfechas a la clausura de la quiebra (33); otros se animan a proponer la intervención procesal de las asociaciones de consumidores, etc. (34).

Ambas tendencias comprenden otra más amplia, que tiende a la desjudicialización, o si se quiere, a los métodos alternativos de resolución de controversias, en todo cuanto hace a los derechos de los consumidores (35). En este sentido recuérdese que, por ej., la ley 26.356 de *tiempo compartido* dispone que para la resolución de conflictos que se susciten entre los usuarios y los prestadores de los sistemas turísticos de tiempo compartido (STTC), será de

y sugerencias a partir de un trabajo de campo, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 249, 2008, pág. 449; ANCHAVAL, Hugo A., Los límites de la quiebra concursal ¿son recomendables para un consumidor sobredeudado? LA LEY, 2008-E, 1339.

(32) Para el sistema alemán ver ALEGRIA, Héctor, Los llamados “pequeños concursos”. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, LA LEY, 2005-E, 1362; TRUJILLO DIEZ, Iván J., El sobredeudamiento de los consumidores, Granada, Comares, 2003, pág. 129.

(33) Ver arts. 142/144, que regulan los requisitos, procedimientos y créditos excluidos. Para estas disposiciones ver, especialmente, CHIA, Lucio, L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici, Ipsoa, 2008. En esta obra se encuentran amplias referencias de esta figura en el derecho comparado; ver también NICODÉMO, Luca, Gli effetti del fallimento per il debitore e l'esdebitazione, en Ambrosini, Stefano (a cura di) Le nuove procedure concorsuali, Milano, Giuffrè, 2008, pág. 77 y sigtes.; GUGLIELMUCCI, Lino, Diritto fallimentari, 3° ed., Torino, ed. Giappichelli, 2008, pág. 159. Señalo, simplemente, que por decisión n° 181/2008 del 19/5/2008, la Corte Constitucional italiana declaró inconstitucional un artículo que permite la aplicación de la figura a procedimientos anteriores a la sanción de la ley sin citación a los acreedores.

(34) Así parece proponerlo FARHI DE MONTALBAN, Diana, La insolvencia del consumidor: el problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, pág. 109; también NICASTRO, Ramón Vicente, Incumbencia profesional en la mediación concursal, en Jurisconcursal, año III, n° 8, Tucumán, 2008, pág. 45 y sigtes. (el autor presta apoyo al procedimiento alternativo de la mediación y afirma que éste no sólo debe estar a cargo de abogados sino también de otros profesionales que, como los contadores públicos, puedan tener una comprensión más global de la temática).

(35) La tendencia a la desjudicialización alcanza también al derecho concursal. Ver, a vía de ej., DE SANTIS, Francisco, Sulla c.d. degiurisdizionalizzazione del concurso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme, en Riv. Di diritto processuale, anno LXIII, n° 2, Marzo/Aprile 2008, pág. 355.

aplicación el sistema nacional de arbitraje de consumo (SNAC) (art. 32); es también la solución de la ley 26.361 que modifica la 24.240 (Adla, LIII-D, 4125). Por eso, muchos propician para estos pequeños concursos una instancia conciliatoria previa obligatoria (36), o de mediación y negociación, a cargo de un mediador o facilitador (37); otros, directamente proponen que el concurso sea tramitado, esencialmente, a través de la mediación (38). Los métodos alternativos no son ajenos a la ley concursal; en tal sentido, se recuerda que el arbitraje está expresamente mencionado en el art. 134 de la LC (39), norma aplicable al concurso preventivo, aunque esté ubicada en el capítulo de la quiebra (40).

Los fundamentos de la segunda tendencia que busca auxilio en los principios que rigen el derecho de los consumidores, como no podía ser de otro modo, se encuentran en algunos principios básicos de esta joven rama del derecho, cuales son: (a) la constatación del carácter ficticio del principio de igualdad; es decir, todos somos iguales ante la ley, pero de he-

(36) RIVERA, Julio C. Instituciones de Derecho concursal, 2° ed., Santa Fe, ed. Rubinzal, 2003, t. II, pág. 396; DE CESARIS, María C., DO SANTOS FREIRE, María B., WEIDMANN, G., Reflexiones sobre el tratamiento legislativo y judicial de los llamados pequeños concursos. Situación y sugerencias a partir de un trabajo de campo, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 249.

(37) FAVIER-DUBOIS, Eduardo, Pequeños concursos: ¿regla o excepción?, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 408; ZAMPINI, Néida I., Sobreendeudamiento del consumidor, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II pág. 435; TRUFFAT, Daniel, Lineamientos para la regulación del concurso pequeñísimo y, en especial, el concurso del consumidor, en Crisis de la economía mundial y concursalidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 481.

(38) TRUFFAT, Daniel, Lineamientos para la regulación del concurso pequeñísimo y, en especial, el concurso del consumidor, en Crisis de la economía mundial y concursalidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 481; PANELO, Claudia y RODRIGUEZ, Domingo, Cómo superar las consecuencias del endeudamiento excesivo de los consumidores, en Jurisconcursal, octubre 2008, año III, n° 9, págs. 73 y siguientes.

(39) Art. 134. Cláusula compromisoria. La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor salvo que antes de dictada la sentencia se hubiere constituido el tribunal árbitros o arbitradores.

El juez puede autorizar al síndico para que en casos particulares pacte la cláusula compromisoria o admita la formación de tribunal de árbitros o arbitradores.

(40) Resulta útil recordar que conforme la Corte Federal, si el tribunal arbitral está constituido al momento de la apertura, no hay fuero de atracción (CSN, 1/11/1988, ED 132-137 y LA LEY, 1989-B, 476).

cho, somos diferentes en cuanto a nuestra posición cultural, económica, social; (b) La libertad contractual, entendida en términos absolutos, puede ser una trampa para el más débil; por esta razón, el derecho debe ser el instrumento para igualar lo que la economía y la situación social desigual; (c) Es necesario proteger a los particulares de la miseria, de la exclusión social y garantizarles, al menos, la *esperanza* de que su situación mejorará (41). Se habla, por eso, de un *derecho social de los contratos* cuyo fin es evitar que la obligación de pagar lleve al deudor a la marginalidad (42); para que tal finalidad se cumpla, el espíritu de solidaridad debe prevalecer sobre el principio de la autonomía de la voluntad a través de un sistema de reglas jurídicas que responden a un *orden público de protección social*(43).

Este orden público de protección no es ajeno al sistema jurídico argentino y ha sido reconocido en decisiones de la Corte Federal. Se lee en el voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni en la causa *Rinaldi*: “La Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio, que en el caso se refiere, concretamente, al problema del sobreendeudamiento”...*que es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles. En muchos países se han dictado leyes especiales destinadas a regular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, que contemplan aquellos supuestos en los que el deudor está afectado por alguna circunstancia inesperada, tal como un cambio desfavorable en*

(41) VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume, *Droit du surendettement des particuliers*, Paris, ed Litec, 2007, n° 12 y sigtes. Esta es una de las obras más completas sobre el tema en Francia.

Una autora se pregunta si, por este camino, esta lucha no llevará algún día a promulgar un código de la pobreza. Responde negativamente (Scholastique, Estelle, *L'endettement*, en Fenouiller, D. (dir), *Faut-il recodifier le droit de la consommation?*, Paris, ed. Economica, 2002, pág. 28).

(42) MAZEAUD, Denis, *L'endettement des acquéreurs*, en *Rev. de Droit Immobilier*, Oct-Dec. 1995 pág. 641. El autor dice que el estudio del endeudamiento del adquirente de un inmueble conduce a penetrar en un universo jurídico que no tiene nada en común con la teoría general de las obligaciones. El autor desarrolló esta noción en un artículo posterior, *Droit commun du contrat e droit de la consommation*, en *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais Auloy*, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 697.

(43) Estas son las palabras utilizadas por la Corte de Casación francesa (Ver estos antecedentes en Sauphanor, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, ed. LGDJ, 2000, n° 432). A todo lo expuesto en el texto se suma el retroceso en la capacidad de ahorro y su impacto en la economía general (Ver CUENA CASAS, Matilde, *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Madri, Civitas-Thomson, 2008, pág. 14).

su salud, en su trabajo o en su contexto familiar que incide en su capacidad de pago. Por ello, se autorizan medidas vinculadas con la intervención en el contrato, otorgando plazos de gracia, estableciendo una suerte de concurso civil, o bien promoviendo refinanciación a través de terceros” (44).

Estas nociones son frecuentes en autorizada doctrina del Brasil. Así, por ej., Claudia Lima Marques ha dicho que es necesario que el consumidor no se convierta en un “muerto civil” (45).

Las distintas miradas influyen también en la metodología legislativa de los países que han regulado expresamente esta problemática. Así, por ej., Francia y Australia lo hacen en el código de protección de los consumidores; Alemania (46), Austria, EE.UU. y Dinamarca, en las leyes de insolvencia; Bélgica, en el código procesal, etc. (47).

4. Una distinción preliminar para delimitar el tema

Los consumidores pueden enfrentar los procesos concursales como *acreedores* o como *deudores*(48).

Una persona que compró un automóvil para su uso personal y el de su familia puede enfrentar serias dificultades si el propietario de la agencia que le vendió ese automotor abre su proceso concursal antes de haber realizado la transferencia; el adquirente de un pequeño departamento que piensa destinar a su vivienda personal puede encontrar problemas en la quiebra del enajenante si el inmueble no se escrituró a su favor antes del auto de apertura, etc.

Estos inconvenientes son muy importantes para los acreedores de la obligación de hacer referida, pero no integran el tema que abordo, que presta atención al consumidor *deudor* y no al consumidor acreedor.

(44) CSN 15/03/07, LA LEY, 2007-B, 413, ED 222-101, JA 2007-II-536.

(45) Para la situación en el Brasil ver LIMA MARQUES, Claudia y LUNARDELLI CAVALLAZZI, Rosângela (coordenação), *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e credito*, Sao Paulo, ed. Revista dos tribunais, 2006.

(46) Para el derecho alemán, ver FERRE, Juan, *La liberación de deudas en el concurso del consumidor*, Anuario de Derecho Concursal, núm. 7/2006-1, Problemas y Cuestiones.

(47) Compulsar estos datos en FERNANDEZ CARRON, Clara, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 81.

(48) Ambos puntos son expuestos por MOLINA SANDOVAL, Carlos, *La tutela del consumidor desde la óptica concursal*, ED 208-796.

5. Quién es el consumidor-deudor sujeto de estas reflexiones

Algunos autores restringen el tema al deudor que tiene su sueldo como único bien en su patrimonio (49); o sea, el patrimonio se integra, básicamente, por un sueldo o un ingreso regular, de modo que cuando agota la capacidad de descuento de su haber, no sólo se le termina el crédito sino que ese patrimonio deja de ser la garantía de todos sus acreedores. El presupuesto se muestra paradójico frente a la tendencia jurisprudencial que niega la apertura del concurso y el pedido de quiebra al deudor que declara tener sólo su sueldo, que a su vez, está afectado a embargos y descuentos “voluntarios” (50). Más allá de la paradoja, en mi opinión, es una visión muy restrictiva de la problemática, aunque cabe reconocer que comprende un número muy importante de casos.

Otra posición amplía la visión; así, la doctrina alemana aplica la normativa del “*insolvenzordnung*” al deudor que “no desarrolla ninguna actividad comercial autónoma”.

Para el mejor abordaje de la cuestión en la Argentina es conveniente recordar la noción de consumidor de la ley 24.240, sustancialmente ampliada por la ley 26.361.

(49) PEREYRA, Alicia S., El concurso preventivo del consumidor, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 629.

(50) Como es sabido, en varias provincias argentinas, desde hace un par de años, los tribunales concursales están inundados de concursos iniciados por empleados públicos con malos salarios (policías, maestros, etc). Alguna vez se ha intentado eliminar estos procesos, en los que el deudor pide directamente su quiebra con la intención de hacer jugar la rehabilitación y la extinción de las deudas, con el argumento de que si no hay patrimonio para liquidar, no puede haber quiebra (Ver 3° Juzgado de procesos concursales, 4/4/2205, DIAZ, Mónica, en Actualidad juidrídica de Mendoza, n° 26, 2005, pág. 1663). Para esta jurisprudencia y sus distintas variantes, ver RASPALL, Miguel y PEREYRA, Alicia, Rechazo de pedidos de propia quiebra de empleados públicos. Quiebras sin activo. Limpieza de suelo. Apelación, en Doc. Societaria y concursal, n° 247, Junio 2008, pág. 537; DE LAS MORENAS, Gabriel, Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activos. Una polémica vigente. ¿Existe un derecho a quebrar? ¿Es ejercitable ese derecho por las personas de escasos recursos? LA LEY, 2008-E, 1347; PEREYRA, Alicia, Los procesos concursales en los que el deudor manifiesta no poseer activos liquidables: sólo cuenta con su sueldo, Rev. de Derecho Concursal, n° VI, pág. 191 y sigtes. Una de las sentencias mencionadas por la autora, emanada de la titular del 3° Juzgado de procesos concursales del 4/4/2005, puede compulsarse en Actualidad jurídica de Mendoza, n° 26, 2005, pág. 1663. La cuestión también gira en torno a la posibilidad de declarar abusivo, o incluso fraudulento, el concurso peticionado por el deudor con la finalidad de que, una vez transcurrido el plazo de la inhabilitación, se levanten los embargos y descuentos sobre el sueldo y se extingan esas deudas (Para esta cuestión, ver entre otras sentencias, Cám. Nac. Com. sala C, 20/6/2007, JA 2007-IV-58; compulsar también MICELLI, María I., El insoluble problema de la desnaturalización de la quiebra voluntaria, LA LEY Litoral 2008-1069; de la misma autora, Un límite necesario al uso antifuncional de la quiebra voluntaria, LL 2007-1235).

Según el texto vigente, consumidor es *toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...*

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

La simple comparación de este texto con el anterior (el de la ley 24.240) muestra claramente su mayor extensión. En efecto, la nueva redacción:

(a) Incorpora todos los bienes (muebles e inmuebles); en la anterior, los inmuebles sólo estaban comprendidos si tenían por destino vivienda y se vendían a través de ofertas públicas a personas indeterminadas. El ingreso de todos los inmuebles a la ley resulta confirmado por el art. 10 del texto vigente.

(b) Elimina la restricción contenida en el 2° párrafo del art. 2 que decía: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios *para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”, por lo que hoy, por ej., la adquisición de una computadora por un abogado para ser utilizada en su estudio jurídico, está comprendida en el régimen legal, caso discutible en la redacción anterior.

(c) Incluye a quien sin ser parte de una relación de consumo, *como consecuencia o en ocasión de ella*, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social, *y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*. La fórmula permite debatir si, por ej., la víctima de un accidente de tránsito que cita en garantía a la aseguradora, puede prevalerse de la ley de protección de los consumidores, supuesto ajeno a la normativa bajo el texto de la ley 24.240.

(d) Aclara que es consumidor quien usa la cosa, aunque sea en forma gratuita; también el que adquiere prestaciones en las nuevas formas contractuales como el tiempo compartido, clubes de cambio, cementerios privados y otras figuras.

6. Vinculaciones entre el ordenamiento concursal y el de protección de los consumidores. Consecuencias

La relación entre ambos ordenamientos (el concursal y el de protección de los consumidores) puede tener importantes consecuencias, tales como:

En caso de duda sobre la interpretación de una norma, debe prevalecer la más favorable al consumidor (51).

Resultan de aplicación todas las normas relativas a los derechos de los consumidores; por ej., el derecho a la salud, a la seguridad, a la información, a la protección de sus intereses económicos, a la calidad de los servicios públicos, a la educación (52), etc.

También sería aplicable el articulado relativo a la invalidez de las cláusulas abusivas. Es verdad que la casación francesa ha sostenido que el juez de ejecución del pequeño concurso del deudor no puede determinar, de oficio, que una cláusula es abusiva y, en consecuencia, declarar la caducidad del derecho a percibir intereses, u otras sanciones. Sin embargo, la doctrina espera un cambio jurisprudencial, en tanto la ley de consumidores es de orden público económico; si en muchos casos las conductas abusivas tienen hasta sanciones de tipo penal, el juez de la ejecución del acuerdo debería tener facultades para revisar las cláusulas abusivas (53).

7. Causas del sobreindeudamiento del consumidor

El deudor-consumidor no llega a la situación de insolvencia por efecto de su actividad empresarial, comercial o artesanal, sino por deudas originadas en el consumo.

Ahora bien, ¿por qué se encuentra en esta situación?

Puede ocurrir que el elemento determinante sea el efecto del “consumismo”, o sea, exceso o abuso del crédito, y especialmente, de la llamada *bancarización* del

(51) MOLINA SANDOVAL, Carlos, La tutela del consumidor desde la óptica concursal, ED 208-796.

(52) Así, por ej., conforme la nueva ley norteamericana del 2005, el colegio de síndicos concursales queda obligado a dictar cursos de entrenamiento financiero para enseñar a los deudores a manejar sus finanzas. Además, se recomienda a los estados implementar esos cursos en escuelas primarias y secundarias.

(53) PAISANT, Gilles, Surendettement des particuliers, RTD Com. 2004-164.

sistema de pagos (que produce que como los pagos de sueldos se hacen por redes bancarias, éstas facilitan créditos personales) (54). En otras palabras, el sobreendeudamiento sería simplemente “un fenómeno de la civilización y de una época; el resultado de la conjunción de un comportamiento consumista y de una gran apertura a las facilidades de créditos ofrecidos a los consumidores por los establecimientos bancarios que terminaron en una explosión de créditos a los consumidores” (55). Esta situación es denominada “*endeudamiento activo*”.

Al lado de este fenómeno, y quizás con mayor frecuencia, aparecen otros factores, en algunos casos socio-psicológicos, o alteraciones en la vida cotidiana, como pérdida del empleo, jubilación, adicciones; problemas de salud del deudor (un accidente laboral) o de un hijo o de la esposa, que generan altos gastos médicos; otras cuestiones familiares (divorcios, padres ancianos en la casa que aumentan los costos, etc.); garantías personales dadas a terceros amigos y familiares, etc. Estos condicionamientos llevan al llamado “*endeudamiento pasivo*” (56).

Según una encuesta llevada a cabo por el Banco de Francia en el año 2004, el 85 % de los casos de sobreendeudamiento son ajenos al llamado “exceso de crédito”: la desocupación está en el origen del 30 % de los expedientes y el divorcio y otras cuestiones familiares en el 15%.

En la Argentina, como telón de fondo, se suma la denominada “crisis sistémica” (57), que aparece periódicamente, y la llamada *“fuerza mayor social”* (58).

(54) ALEGRIA, Héctor, Los llamados “pequeños concursos”. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, LA LEY, 2005-E, 1356.

(55) GALLET, Charles H., Le surendettement des particuliers, Paris, Dalloz, 1996, pág. 9. Para la influencia que las políticas generales sobre el crédito tienen sobre las relaciones de derecho privado, ver GJIDARA, Sophie, L'endettement et le droit privé, Paris, ed. LGDJ, 1999, pág. 1 y siguientes.

(56) Para la distinción entre sobreendeudamiento activo y pasivo ver, en la doctrina española, QUINTANA CARLO, Ignacio, El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal, en Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, ed. Marcial Pons, 2004, pág. 2258; TRUJILLO DIEZ, Iván J., El sobreendeudamiento de los consumidores, Granada, Comares, 2003, pág. 1 y siguientes.

(57) ALEGRIA, Héctor, Los llamados “pequeños concursos”. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, LA LEY, 2005-E, 1356.

(58) PEREYRA, Alicia S., El concurso preventivo del consumidor, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 621 y sigtes.; MAC DONALD, Andrea Fabiana, El análisis jurídico de los efectos de la quiebra y el sobreendeudamiento de los consumidores, www.ElDial.com.

De cualquier modo, uno y otro tipo de endeudamiento (activo y pasivo) se entremezclan (59). Generalmente, el sobreendeudamiento comienza con préstamos bancarios para obtener una casa, sigue con remuneraciones cada vez más bajas en función de las necesidades, y concluye con una mezcla de situaciones que interfieren en la calidad de vida acarreado serias consecuencias para el deudor y su familia, más aun, para su proyecto de vida (*way of life*) (60).

Las causas del endeudamiento podrían no ser indiferentes para la solución legal. Así, se afirma que “la concesión abusiva del crédito al consumo debe ser merituada como factor generador o facilitador de la insolvencia al momento de imputar responsabilidades y al de distribuir las pérdidas” (61); que hay que evaluar el rol de la publicidad comercial, que no promueve el uso responsable del crédito ni lo hace previsible (62), etc.

La 26 Conferencia del Consejo de Europa titulada “Aspectos sociales de la Justicia”, reunida en Helsinki, los días 7/8 de abril del año 2005, abordó el tema relativo a la “*Resolución relativa a la búsqueda de soluciones jurídicas al problema del endeudamiento en una sociedad de crédito*”. El documento final emitido destaca aspectos muy significativos. En primer lugar, señala que el sobreendeudamiento es un fenómeno que afecta a las personas que tienen acceso al crédito; por eso, ataca principalmente a la

(59) No descarto que, a veces, ese sobreendeudamiento provenga de verdaderos actos ilícitos, como aquél en el que intervienen usureros más o menos encubiertos, pero no trato el problema específico. Aclaro que, en la Argentina, la lucha contra la usura desde el derecho penal nunca ha tenido demasiado éxito. Italia, en cambio, parece presentar un panorama diferente. Así, por ej., se ha decidido que debe rechazarse el pedido de quiebra contra un deudor incluido dentro del programa de asistencia a las víctimas de la usura, desde que tal inclusión supone la suspensión de las ejecuciones y, consecuentemente, que no aparezca configurado el estado de cesación de pagos (Trib. di Termini Merese, 11/2/2005, II foro italiano 2205-1598).

(60) Informe del comité de seguimiento de aplicación de las disposiciones relativas al sobreendeudamiento de la ley n° 2003-710 del 1° de agosto 2003, presidido por el juez presidente de la Corte de Casación, M. Guy Canivet; conf. Costumer Debt Report, Insol Internacional, Mayo 2001, <http://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>.

(61) DE CESARIS, María C., DO SANTOS FREIRE, Maria B., WEIDMANN, G., Reflexiones sobre el tratamiento legislativo y judicial de los llamados pequeños concursos. Situación y sugerencias a partir de un trabajo de campo, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 254.

(62) PEREYRA, Alicia S., El concurso preventivo del consumidor, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 628.

familia de clase media; en cambio, las personas que pertenecen a clases marginales no tienen crédito, y sus deudas son de poca monta (están vinculadas, casi exclusivamente, a servicios de electricidad, alimentos, etc.). Además, se presenta con mayor virulencia en las familias monoparentales. La causa más frecuente del endeudamiento es el desempleo, y normalmente, las obligaciones que lo han motivado provienen de préstamos para adquirir una vivienda, para garantizar deudas de un familiar titular de una pequeña empresa y para atender la educación de los hijos. En la mayoría de los casos, el sobreendeudamiento afecta a todos los integrantes de la familia y no sólo al deudor, y genera estados depresivos que agudizan la crisis porque impiden trabajar.

En definitiva, el sobreendeudamiento del consumidor afecta al deudor y a todo su grupo familiar (63), convirtiéndose en un *problema de exclusión social*, al que la sociedad no puede darle vuelta la cara.

Se trata, pues, de un problema social grave que la legislación vigente no soluciona, como creen aquellos que sostienen que la cuestión en la Ar-

(63) COMPULSAR TURNIANSKY, Patricia, Insolvencia del consumidor, en Crisis de la economía mundial y concursabilidad, 4º Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 487. Ferré transcribe los siguientes casos del derecho alemán, buenos ejemplos de lo que se quiere expresar en el texto: Caso 1. Kramer. Procedimiento tramitado por mujer soltera de 26 años, que es madre de un niño de 1 año. La deudora trabajaba de camarera, pero perdió el empleo y tuvo además que ocuparse, sin ayuda del padre, del niño que acababa de tener. Recibe ayudas sociales por importe de unos 1.300 euros mensuales, cantidad que resulta inembargable de acuerdo con el Derecho alemán. La masa pasiva está formada por 25 acreedores, por un importe total de unos 24.000 euros, siendo casi la mitad de esta cantidad deudas contraídas con entidades financieras, las cuales derivaban de un préstamo concedido para la adquisición de un vehículo. Otras deudas corresponden, en su mayoría, a gastos telefónicos, de Internet y otros gastos de consumo. La deudora presenta un plan para la liberación de la totalidad de sus deudas, considerando el Treuhänder (fiduciario), que la ayuda social que recibe no le permite cumplir con las obligaciones contraídas. Caso 2. Wagner. El deudor, de 50 años, está casado y vive junto a su mujer en un piso de alquiler. Por su trabajo en unas caballerizas recibe un ingreso mensual de 800 euros, el cual es, de acuerdo con el Derecho alemán, inembargable. Este deudor había sido despedido del trabajo en el marco de un proceso de reconversión. En ese momento, decidió iniciar junto a su mujer un negocio de cuidado de niños. El marido hacía de conserje y se ocupaba de recoger y entregar a los niños, mientras que la mujer, como educadora titulada, desarrollaba propiamente el negocio de cuidadora. Sin embargo, no recibieron una ayuda prometida por parte de la administración, por lo que el deudor no pudo devolver los créditos solicitados ni pagar los costes relativos al local alquilado. En el momento en el que el deudor solicita la apertura del concurso, el negocio está parado, sin posibilidad de reiniciarse, no manteniendo ningún débito de tipo laboral. Presenta un patrimonio compuesto únicamente por un vehículo del año 1992 valorado en 800 euros, que no es embargable. El pasivo que presenta, de menos de 20 acreedores, asciende a la suma de casi 60.000 euros, correspondiendo, de esa cantidad, 40.000 euros a entidades financieras (FERRE, Juan, La liberación de deudas en el concurso del consumidor, Anuario de Derecho Concursal, núm. 7/2006-1, Problemas y Cuestiones).

entina es inexistente, desde que diversas leyes protegen suficientemente al deudor de buena fe sobreendeudado a través de figuras jurídicas de protección, como la inembargabilidad de ciertos bienes, la constitución del bien de familia, la rehabilitación prevista en los arts. 107 y 236 de la ley de concursos (64).

Claro está que, como en todas las enfermedades que la vida presenta, es preferible *prevenir* que curar; de allí la importancia de una serie de medidas que se están tomando en el derecho comunitario europeo (65). No obstante, cuando la prevención ha fallado, es necesaria una respuesta eficiente.

8. Particularidades del concurso del consumidor incluso dentro de la categoría de los “pequeños concursos”. Importancia. Pauta de interpretación

Algunos autores reclaman una regulación específica para los llamados *pequeños concursos* categoría en la que agrupan una serie de supuestos. Así, por ej., Alegría (66), en uno de los trabajos más notables que se han escrito en la Argentina sobre el tema, incluye, además de los consumidores típicos (entre los que normalmente están las personas con ingresos fijos generados por relación de dependencia o jubilados) a los profesionales e individuos que realizan trabajo autónomo de prestación esencialmente personal, a los artesanos, a las personas que se dedican a actividades de producción primaria (agricultores, ganaderos, mineros, etc.) y a los pequeños comerciantes (*small bussines*). Aclara que no son categorías netas y que pueden incluirse o superponerse con otras.

(64) Para la cuestión de si la rehabilitación extingue o no las deudas anteriores y, consiguientemente, si es posible levantar los embargos y salir con un “fresh start”, ver, entre otros, MAFFIA, Osvaldo, Extraña actualidad de un tema olvidado, JA 2008-II-1194; USAN-DIZAGA, Manuel, ¿Un arma menos para evitar el cumplimiento de las obligaciones asumidas?, en JA 2007-IV-49.

(65) Para esta cuestión ver LOPEZ SANCHEZ, Manuel Angel, La prevención del sobreendeudamiento en la propuesta de directiva sobre crédito a los consumidores, en *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais Auloy*, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 621; QUINTANA CARLO, Ignacio, El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal, en *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2004, pág. 2259; CALAIS-AULOY, J. et STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, 4° ed., Paris, Dalloz, 1996, n° 463.

(66) ALEGRIA, Héctor, Los llamados “pequeños concursos”. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, LA LEY, 2005-E, 1354.

Coincido con él en que las categorías pueden superponerse; no obstante, aclaro que en mi opinión, la regulación específica que explico en este trabajo, dedicado especialmente a la divulgación del régimen francés, apunta a un procedimiento para aquel que se endeuda a través de las llamadas deudas “no profesionales”, es decir, de típicas deudas de un consumidor, o sea, de una persona que no es un empresario, ni grande ni pequeño.

La diferencia más notoria de esta insolvencia respecto de las dificultades financieras de la empresa, cualquiera sea su tamaño, surge de combinar una serie de circunstancias. Un autor francés dice: “El fracaso no puede ser excluido cuando se está en presencia de un tratamiento a un paciente *in articulo mortis*. En estos casos, sólo cuidados paliativos pueden ser prodigados para acompañar a quien se está muriendo en los últimos instantes de su vida; pero tratándose de sobreendeudamiento de particulares, los cuidados paliativos son insuficientes y es imperativo encontrar soluciones para que el deudor sobre-endeudado de buena fe pueda volver a la superficie (67). En esta misma línea de pensamiento, en la Argentina se subraya que “en el concurso de la empresa, aunque sea la pequeña empresa, es posible sostener que la que resulta inviable debe ser liquidada. En la del consumidor, “no es posible aplicar la concepción liberal de tinte sanitarista que propugna eliminar al insolvente” (68).

Esta distinción supone que se modifica, incluso, la pauta general de interpretación. Desde esta perspectiva, en Francia se enseña que “los procedimientos concursales aplicables a las empresas tienen un fin económico, cual es mantener la actividad y la fuente de trabajo; en cambio, los procedimientos relativos al sobreendeudamiento de los particulares tienen un objetivo *humanitario*(69). Expresiones similares se vierten para el derecho alemán: La ley alemana regula la insolvencia del empresario y la

(67) NEUVILLE, Sébastien, Le traitement planifié du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse, en Rev. Trim. Droit Com. 2001-31.

(68) FARHI DE MONTALBAN, Diana, La insolvencia del consumidor: el problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, pág. 103.

(69) PETEL, Philippe, Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, en Liber amicorum Jean Calais Auloy, Etudes de droit de la consommation, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 837.

del consumidor en el mismo ordenamiento, mas la finalidad del procedimiento no es la misma: el concurso de la empresa tiende a la satisfacción de los acreedores, el del consumidor a resolver el problema social del excesivo endeudamiento de la familia (70).

El presupuesto objetivo del concurso del consumidor, el sobreendeudamiento, también presenta algunas variantes respecto a la cesación de pagos. La quiebra de un consumidor, como la de cualquier otro deudor, implica que éste atraviesa serias dificultades, económicas o financieras. Sin embargo, las dificultades del consumidor pueden presentar algunas características especiales.

Así, puede ocurrir que ese consumidor no haya *incumplido* en sentido estricto porque, en realidad, él está pagando al o los acreedores a través de su sueldo afectado por descuentos automáticos; el incumplimiento se produce, precisamente, cuando el juez ordena el cese inmediato de los descuentos sobre los haberes. Además, las deudas futuras, a vencer, pueden ser tenidas especialmente en cuenta para determinar ese sobreendeudamiento; por ej., se sabe con certeza que este deudor no podrá seguir pagando los alquileres de su vivienda, aunque hasta el momento los haya pagado, porque su salario ha disminuido y, en cambio, la renta ha aumentado.

Por otro lado, en algunas ocasiones, la cesación de pagos se presenta como una situación transitoria (71), no permanente; por ej., si el sobreendeudamiento lo provoca el costoso tratamiento de una enfermedad, los gastos cesarán cuando el paciente sane, o se muera, etc.

9. Algunas propuestas. Las Recomendaciones del Consumer Debt Report de Insol, Mayo del 2001 (72)

Frente a estas particularidades, la doctrina, las instituciones privadas y públicas, y algunos legisladores, vienen proponiendo distintas alternati-

(70) GUGLIELMUCCI, Lino, Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione, en Giurisprudenza commerciale, anno XXX, 2003, parte prima, pág. 152.

(71) BORSALINO MIGLIORE, M., MATUS DE CAPDEVILA, M. C., y SALA MERCADO, M. V., La crisis financiera en la apertura del pequeño concurso preventivo: reflexiones, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, pág. 53.

(72) Costumer Debt Report, Insol Internacional, Mayo 2001, <http://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>.

vas. El Insol, un importante organismo internacional dedicado al estudio de la insolvencia, en Mayo del año 2001, entendió que esta cuestión debía ser analizada a la luz de las siguientes reglas:

1. Justa y equitativa distribución de los riesgos de los créditos de consumo.

2. Previsión de alguna forma de liberación de deudas, rehabilitación o comienzo de cero para el deudor (*fresh start*).

3. Prioridad de los procedimientos extrajudiciales por sobre los judiciales para los casos en que las opciones disponibles prevean la misma efectividad.

4. Prevención para reducir la necesidad de intervención.

Conforme estas reglas, emitió recomendaciones a los legisladores, a las entidades públicas, semipúblicas o privadas, a los prestamistas, a las asociaciones de prestamistas y de consumidores, tales son:

(I) Los *legisladores* deberían:

(a) Dictar leyes que provean a la cancelación y liberación de las deudas relativas a consumidores y pequeñas empresas de manera justa, equitativa, accesible, transparente, eficiente y económica.

(b) Proveer procedimientos alternativos apropiados de acuerdo a las circunstancias del deudor-consumidor.

(c) Considerar la incorporación de nuevas vías de procedimiento o alternativas para los deudores-consumidores.

(d) Asegurar que las leyes sobre insolvencia sean recíprocamente reconocidas en otras jurisdicciones e intentar lograr su estandarización y uniformidad.

(e) Ofrecer al deudor una liberación de sus deudas como método de conclusión en un procedimiento de quiebra o rehabilitación.

(II) Las *entidades públicas, semipúblicas o privadas* deberían:

(a) Asegurar que la disponibilidad de asesoramiento financiero pre y post quiebra sea accesible, suficiente, competente e independiente.

(b) Establecer programas educativos voluntarios a fin de mejorar la información y el asesoramiento sobre los riesgos que conllevan los créditos de consumo.

(III) Los *prestamistas* deberían:

Revisar la vía de acceso al crédito para los consumidores y las pequeñas empresas, la forma en que se prevé información y el método de cobro.

(IV) Las *asociaciones de prestamistas y de consumidores* deberían:

(a) Establecer metodologías para controlar los ilícitos relativos a los préstamos de consumo y formular recomendaciones, incluyendo la necesidad de protección de la privacidad.

(b) Poner a disposición de los individuos la información relativa a reportes y registros.

10. El sistema francés regulado en el código de los consumidores

10.1. Metodología de la ley. El rol de la jurisprudencia.

La legislación francesa es uno de los ordenamientos que sigue la tendencia reguladora del sobreendeudamiento de los particulares desde la perspectiva del derecho de protección de los consumidores; por eso, la regulación se incorpora al código de protección de los consumidores. Autores españoles coinciden en que se trata de la normativa europea más acabada y elaborada en materia de sobreendeudamiento (73).

Pretendo informar sobre este sistema y verificar si algunas de las reglas que allí dominan pueden servir para una futura reforma de la ley argentina. A este objetivo van destinados los párrafos que siguen.

La numeración (arts. 330/333, o sea, escasos artículos) no debe confundir al lector, desde que cada uno de estos cuatro artículos contiene una sub-normativa.

(73) TRUJILLO DIEZ, Iván J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, Comares. 2003, pág. 89; FERNANDEZ CARRON, Clara, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 81.

El art. 330 es la puerta de entrada y describe la situación de sobreendeudamiento.

El art. 331-1/11 se ocupa del procedimiento ante la Comisión de sobreendeudamiento, o sea de la etapa no jurisdiccional del procedimiento creado.

El art. 332 aborda en los números 1/4 lo relativo el control por el juez de las medidas recomendadas por la Comisión de sobreendeudamiento, y en los números 5/12 del procedimiento de restablecimiento personal.

El art. 333-1/8 trata las disposiciones comunes a ambas etapas.

El art. 334 no tiene interés para estas reflexiones dado que se refiere a disposiciones vigentes en países que han sido ex colonias francesas.

Esta normativa se complementa con la reglamentación que regula cada uno de los artículos antes mencionados.

Además, la labor interpretativa de la Corte de Casación ha sido enorme. Se ha dicho que en esta materia ese prestigioso tribunal ha generalizado el principio de interpretación propuesto por Portalis según el cual el magistrado debe “estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata” sin limitarlo a los casos en los que la norma es ambigua o insuficiente, haciendo en todos los casos un razonamiento de tipo teleológico y, consecuentemente, priorizando el fin sobre la letra de la ley (74).

10.2. Naturaleza de la normativa.

Este articulado configura un derecho especial y social para regular el endeudamiento. Un sector de la doctrina afirma que es la última de las grandes innovaciones del derecho de los consumidores (75) y ha provocado una verdadera ruptura en el derecho francés de los contratos (76). Por su parte, la Corte de Casación francesa la califica de “norma de orden *público económico de protección social*”.

(74) SAUPHANOR, Nathalie, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, Paris, ed. LGDJ, 2000, n° 430.

(75) PIEDELIÈVRE, Stéphane, Droit de la consommation, Paris, ed. Economica, 2008, N° 629.

(76) PIEDELIÈVRE, Stéphane, Droit de la consommation, Paris, ed. Economica, 2008, N° 618.

Un importante grupo de autores entiende que los procedimientos legales tienen por objeto el saneamiento del deudor en estado de sobre-endeudamiento; eso es todo (77); por eso, ni el juez ni la Comisión tienen por función exclusiva conciliar los intereses del deudor con los del acreedor; tampoco hay lugar para asegurar una cierta igualdad de los acreedores (78).

10.3. Orígenes.

La normativa del código de los consumidores relativa al sobreendeudamiento tiene origen en una ley conocida como “*ley Neiertz*” (nombre de la legisladora que la promovió), sancionada en 1989, denominada *Ley relativa a la prevención y a reglar las dificultades vinculadas al sobreendeudamiento de los particulares y de las familias*(79).

Esta ley tuvo reformas de mayor o menor significación en los años 1995, 1998, 2003, 2005, 2007 y 2008. Por eso se ha dicho que la normativa relativa al sobreendeudamiento del consumidor no goza de ninguna estabilidad legislativa y las reformas se suceden a gran velocidad; el legislador no parece darse a sí mismo la posibilidad de un derecho estable y las reformas aparecen en razón de consideraciones de tipo políticas; a medida que nuevas dificultades aparecen, se trata de resolverlas (80).

En su origen tuvo especialmente en cuenta el llamado “endeudamiento activo” producido por préstamos tomados para la adquisición de la vivienda. Por eso, se ocupó fundamentalmente de la facultad judicial de reducir la tasa de interés, el número de cuotas, etc. Poco tiempo después de su sanción se advirtió que la ley no cubría otras situaciones derivadas

(77) TAORMINA, Gilles, *Théorie et pratique du droit de la consommation*, Marseille, ed. Université d'Aix en Provence, 2004, págs. 283/417.

(78) La Corte de Casación ha dicho que estos procedimientos no aseguran, necesariamente, la igualdad de trato entre los acreedores (*Mémento Pratique Francis Lefebvre. Droit des affaires. Concurrence. Consommation 2007/2008*, pág. 1192, n° 4079).

(79) Al presentar el proyecto, la legisladora dijo que “el objetivo prioritario era ayudar a las familias que menos tenían, aquellas que, precisamente, no tienen un centavo”. Por eso, la doctrina posterior explicó que las disposiciones legales son “medidas de solidaridad social, destinadas a luchar contra los riesgos de la precariedad y la exclusión generadas por el sobreendeudamiento” (Ver estos datos en SAUPHANOR, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, ed. LGDJ, 2000, n° 432).

(80) PIEDELIÈVRE, Stéphane, *Droit de la consommation*, Paris, ed. Economica, 2008, N° 629.

del llamado “endeudamiento pasivo”, especialmente, el proveniente de los bajos salarios, el desempleo, la enfermedad, el divorcio, etc.

Las sucesivas reformas han tenido distintos objetivos específicos; así, la de 1995 pretendió profundizar el proceso de desjudicialización; la de 1998 insistió en apoyar la “lucha contra la exclusión social” (81), etc.

La reforma del 2/8/2003, una de las más significativas, operó a través de la “ley de orientación y de programación para la ciudad y la renovación urbana”, llamada “Loi Borloo”; introdujo la figura denominada “*restablecimiento personal*”, modo de borrar definitivamente la deuda cuando no hay otra alternativa, y retornó, parcialmente, a la judicialización. Tuvo iniciativa en el Ministerio de la Ciudad y de la renovación urbana, organismo que declaró perseguir los siguientes objetivos: (a) la reducción de las desigualdades sociales y territoriales; (b) la renovación durable del hábitat; (c) el sostenimiento del desarrollo de actividades económicas en zonas francas urbanas; (d) la lucha contra la marginalización de las viviendas sobre-endeudadas. La reforma procede no sólo de la iniciativa del ministro Borloo sino de numerosas estadísticas establecidas en estudios realizados por el Banco de Francia y el Comité consultor del Consejo Nacional del Crédito (82).

La ley del 28/1/2005 tuvo por finalidad reforzar el derecho a la información del consumidor y, con ello, prevenir el fenómeno del sobreendeudamiento.

La reforma del 4/8/2008, llamada de “modernización de la economía” tiene como pretensión declarada agilizar los procesos y seguir luchando contra la exclusión social.

10.4. Ambito de aplicación. Requisito subjetivo.

a) Persona física. La regla de la subsidiariedad del procedimiento.

Sólo la persona física, no la persona jurídica, puede acogerse a este procedimiento. Esta solución es la consecuencia lógica de la legislación comunitaria europea que limita la figura del consumidor a la persona física.

(81) El art. 1 de la ley de 1998 decía: La lucha contra las exclusiones es un imperativo nacional fundado en el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos y una prioridad del conjunto de las políticas públicas de la nación. La presente ley tiende a garantizar en todo el territorio el acceso efectivo de todos a los derechos fundamentales en el ámbito del empleo, la vivienda, la protección de la salud, la justicia, la educación, la formación y la cultura, la protección de la familia y de la niñez”.

(82) Compulsar, RONDEY, Céline, La réforme du surendettement par la loi «Borloo» du 1° août 2003, en Recueil Dalloz, Cahier Droit des affaires, n° 31, 11/9/2003, pág. 2162.

Para poder invocar esta ley, el deudor debe ser un francés (viva dentro o fuera de Francia) o una persona que, aunque no sea francesa, tenga su domicilio en Francia (83).

Se trata de un procedimiento *subsidiario*, o sea, este deudor no debe estar regido por otro tipo de procedimiento colectivo; si lo está, la solución debe encontrarla en ese régimen y no en el código de los consumidores (84).

No puede ser ni comerciante, ni artesano, ni agricultor.

Hasta el año 2005 las personas no comerciantes que ejercían una actividad profesional independiente no podían beneficiarse de ningún tipo de proceso concursal. No podían recurrir al código de comercio, porque esos procedimientos estaban reservados a comerciantes matriculados, agricultores y personas jurídicas de derecho privado. Tampoco podían recurrir al procedimiento de sobreindeudamiento de los consumidores, porque se trataba de deudas profesionales. La reforma de ese año les ha permitido ingresar al procedimiento que protege a los consumidores, salvo que se hayan sujetado a los procedimientos del código de comercio, en cuyo caso éstos prevalecen.

Algunos casos dudosos han dado lugar a decisiones judiciales, incluso de la Casación francesa. Así, por ej., se declaró que no procede la apertura del procedimiento contenido en la ley de protección de los consumidores si las deudas de la cónyuge de un comerciante habían sido incluidas o se habían incorporado a un plan judicial de saneamiento del esposo. En cambio, si ese sometimiento no existe, no hay razón para que la esposa de un comerciante no pueda acudir al trámite previsto en el código de los consumidores (85), aunque el

(83) GALLET, Charles H., *Le surendettement des particuliers*, Paris, Dalloz, 1996, pág. 17.

(84) VIGNEAU, Vincent et BOURIN, Guillaume, *Droit du surendettement des particulier*, Paris, ed Litec, 2007, n° 31.

(85) Ver estos antecedentes en PAISANT, Gilles, *Le conjoint d'un commerçant en cours de redressement judiciaire, peut-il obtenir le bénéfice d'une procédure de traitement de sa situation personnelle de surendettement?* Rev. Trim. Droit Com. 2001-251; en Vigneau, Vincent et Bourin, Guillaume, *Droit du surendettement des particulier*, Paris, ed Litec, 2007, n° 49; y en Revel, Janine, *Exclusion du bénéfice des dispositions sur le surendettement pour un commerçant en liquidation judiciaire. Quid de son épouse?*, en *Le Dalloz*, n° 31, 12/9/2002, pág. 2443.

sobreendeudamiento de la mujer esté provocado exclusivamente por deudas fiscales (86).

Como regla, entonces, este procedimiento sólo puede ser peticionado en forma individual por una sola persona. En sus inicios, la jurisprudencia dudó sobre si el procedimiento podía ser peticionado por los cónyuges conjuntamente, en un único procedimiento; la doctrina señalaba que pese al nombre o título de la ley originaria y sus sucesivas reformas, que vinculan el tema a la crisis de la familia, el legislador no se ha preocupado por solucionar el problema de las personas casadas, ni de los requisitos exigidos cuando ambos cónyuges quieren presentarse conjuntamente (87).

Hoy la jurisprudencia admite la presentación conjunta de ambos cónyuges, sin que el divorcio posterior tenga incidencia en ese procedimiento. Algunos autores y decisiones judiciales deciden que la solicitud conjunta es viable no sólo cuando los presentantes están casados sino cuando viven en una unión de hecho estable (88).

Más aun, es posible que peticionen conjuntamente una madre y su hijo, en razón de que declaran que viven bajo el mismo techo y que las deudas contraídas son para cubrir necesidades comunes (89), por lo que conforman lo que en francés se denomina un *ménage*, o sea un grupo doméstico que constituye una entidad de consumación única, similar a la que forman los cónyuges.

b) Deudor de buena fe.

El deudor que pretende los beneficios de esta ley debe ser de *buena fe*.

(86) Cour de Cassation, 1° Civ., 10/7/2002, Le Dalloz, n° 33, 26/9/2002, pág. 2603, comentado por Avena-Robardet, Surendettement de l'épouse d'un commerçant pour dette fiscale.

(87) CABRILLAC, Rémy, Conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés, en Liber amicorum Jean Calais Auloy, Etudes de droit de la consommation, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 221.

(88) TAORMINA, Gilles, Théorie et pratique du droit de la consommation, Marseille, ed. Université d'Aix en Provence, 2004, pág. 286.

(89) C.A.Paris, 13/11/1990, Gazette du Palais, 1991, pág. 16.

La buena fe se presume (90); si el deudor es de mala fe, la prueba incumbe a quien la invoca (normalmente un acreedor); por eso, según algunos autores, no puede ser invocada de oficio por el tribunal. La ausencia de buena fe puede ser invocada todo momento para que la demanda se declare improponible o para que el deudor pierda los derechos acordados (91).

La buena fe es *personal*; de allí que si se presentan ambos cónyuges, uno de mala fe y otro de buena fe, el procedimiento puede ser abierto para uno y no para el otro (92).

La doctrina se pregunta si la buena fe exigida es la *contractual* o la *procesal*. La buena fe contractual se define como aquella que caracteriza al deudor que lleva un cierto tren de vida y contrae deudas en relación a sus recursos hasta que un acontecimiento independiente de su voluntad lo pone fuera de estado para hacer frente a sus deudas. La mala fe podría definirse como vivir más allá de los recursos o medios con los que se cuenta.

(90) Así lo dijo la Corte de Casación al poco tiempo de sancionada la ley y esto eliminó muchos litigios. Ver PAISANT Gilles, De l'établissement de l'absence de bonne foi du demandeur à la procédure de traitement du surendettement, en Rev. Trim, Droit Com 2001-249.

(91) Para el derecho francés, sería de mala fe el tercero caso planteado por Ferré en el derecho alemán: Caso Raimovic. El deudor, de 31 años, está casado y tiene dos hijos, y vive con su familia en un piso de alquiler. Trabaja y tiene unos ingresos mensuales de casi 2.000 euros. El deudor, ludópata desde hacía unos años, tenía importantes deudas derivadas del juego. Para satisfacerlas, vendió el vehículo que había comprado con la financiación obtenida de una entidad de crédito y obtuvo un segundo crédito. El deudor manifestó, al solicitar la apertura del proceso, ser propietario de un vehículo marca BMW, del año 1988, cuyo valor declaró ser de 1.000 euros. Presentó un pasivo de 40.000 euros, correspondientes íntegramente a entidades financieras, y solicitó la liberación de deudas. Cuando el fiduciario pidió al deudor la satisfacción de la cantidad de 1.000 euros por la adquisición del vehículo o la entrega del mismo a la masa, contestó aquel que el vehículo no era de su propiedad —sino de su padre— y que el vehículo no tenía, en realidad, ningún valor. Por ese motivo, el fiduciario informó que existían razones para objetar la concesión de la liberación de deudas, dado que el deudor había ofrecido, de manera dolosa o gravemente negligente, datos incompletos o incorrectos sobre su situación patrimonial. Al celebrarse la junta de cierre del proceso de insolvencia, una de las entidades financieras acreedoras compareció para informar que el deudor había obtenido un primer crédito en el mes de mayo de 2003 y un segundo en el mes de agosto del propio año, presentando, dos meses después, un convenio de pago de 0 euros a cada acreedor, de cuya situación la entidad de crédito consideraba que se desprendía una voluntad del deudor de no pagar sus obligaciones al contraer los créditos (FERRE, Juan, La liberación de deudas en el concurso del consumidor, Anuario de Derecho Concursal , núm. 7/2006-1, Problemas y Cuestiones).

(92) Casación francesa, sala I, 27/2/1997; ídem. 14/3/2000.

La buena fe procesal consiste en presentar (tanto a la Comisión cuanto al juez) declaraciones sinceras y completas sobre la composición del patrimonio y la situación de sobre endeudamiento; no agravar su situación de endeudamiento durante el procedimiento, etc.

La opción legislativa a favor de la primera implicaría que el legislador impulsa el consumo responsable, en tanto el deudor irresponsable no podría invocar buena fe.

Para algunos autores, los arts. 331-2 y 333-2 requieren buena fe no sólo al momento del endeudamiento (buena fe contractual) sino también a la apertura del procedimiento (buena fe procesal). O sea, se trata de buena fe acumulativa (93).

Conforme la casuística jurisprudencial es de mala fe quien concientemente hizo declaraciones falsas, pero no quien omitió datos de modo no deliberado; el que disimuló, ocultó o intentó ocultar o simular todo o parte de sus bienes; el que vendió un inmueble días antes de presentarse a la Comisión, el que agravó su condición de endeudamiento al contraer nuevas deudas destinadas a la compra de bienes que no eran de estricta necesidad; el que sabiendo que no podría pagarlo, contrajo numerosas nuevas deudas (en el caso, 45 préstamos ante 29 entidades financieras distintas) (94); quien dejó de pagar los alquileres cuatro meses antes que lo despidieran (95); quien sin autorización del juez o asentimiento de los acreedores contrajo nuevas deudas, etc.

El deudor también es de mala fe si el sobreendeudamiento proviene de deudas fiscales por multas por haber ocultado al fisco sus ganancias y haber sido condenado por fraude fiscal; en cambio no hay mala fe si la situación actual obedece a que fue despedido, aunque sea por su culpa; la culpa del despido no puede ser considerada mala fe a los efectos del endeudamiento (96); la diferencia está que en el primer caso, la conducta

(93) TAORMINA, Gilles, *Théorie et pratique du droit de la consommation*, Marseille, ed. Université d'Aix en Provence, 2004, pág. 310.

(94) C.A. Dijon 27/11/1990, *Gaz. Palais*, 1992 sumario, pág. 129.

(95) Cass 2° Civ. 11/1/2006.

(96) Casación Civ. 1°, 31/3/1992, cit por Paisant, Gilles, *Surendettement des particuliers*, Rev. Trim. Droit Com. 2002-551.

estaba destinada a dañar a uno de sus acreedores (el fisco); en cambio, en el segundo caso, se dañó a sí mismo con su conducta (se quedó sin trabajo).

10.5. Requisitos objetivos.

a) Estado de sobreendeudamiento.

El deudor debe estar sobreendeudado. El sobreendeudamiento está definido en el art. 330-1. *La situación de sobreendeudamiento de las personas físicas está caracterizado por la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y a vencer, así como a las obligaciones nacidas de garantías o de obligaciones solidarias dadas a un empresario individual o a una sociedad en la cual el deudor no es ni ha sido dirigente, ni de derecho ni de hecho.*

Hay que distinguir endeudamiento de sobreendeudamiento aunque la frontera entre uno y otro puede no ser clara. A veces, el endeudamiento presenta virtudes macro económicas en tanto motor de crecimiento; la vertiente patológica del endeudamiento (cualquiera sea) es el sobreendeudamiento que puede conducir rápidamente a la marginalización de sus víctimas.

Un autor describe el sobreendeudamiento como la situación de impotencia en la que se encuentra el particular de abonar sus deudas y pagar a su vencimiento los préstamos contraídos dentro del plazo o modalidades fijadas en los contratos, a causa de la insuficiencia de recursos, se trate de ingresos fijos, periódicos u ocasionales (97).

La ley requiere que el deudor esté en la *imposibilidad manifiesta* de hacer frente a sus deudas. En suma, el sobreendeudamiento es toda dificultad permanente y seria de caja, actual o *potencial*, de tal manera que la intervención oportuna de los organismos creados por la ley puede incluso anticiparse para evitar preventivamente que obligaciones de pago previsibles provoquen ese sobreendeudamiento. Por eso, el consumidor puede petitionar la apertura del procedimiento aun cuando las deudas no estén vencidas, pero sabe que no podrá pagarlas (98).

(97) GALLET, Charles H., *Le surendettement des particuliers*, Paris, Dalloz, 1996, pág. 11.

(98) ZAMPINI, Nérida I., *Sobreendeudamiento del consumidor*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II pág. 432.

Por otro lado, la noción de sobreendeudamiento francés no coincide exactamente con la de cesación de pagos en el derecho argentino. Además de lo dicho más arriba, hay que tener en cuenta que, a los fines de encuadrar en el marco de la ley, la situación de sobreendeudamiento se aprecia en función del conjunto de recursos y de bienes del deudor. Todos los recursos se toman en cuenta, sin interesar si están o no sujetos a imposiciones fiscales; por eso, se incluyen los bienes muebles e inmuebles. En consecuencia, se niega la apertura del procedimiento si el deudor *no* ha recurrido a medios *anormales* para el pago de sus deudas pudiendo hacerlo. Así, por ej., la Casación francesa sostiene que si el deudor tiene un inmueble (aunque sea su vivienda), para abrir el procedimiento hay que determinar si el precio de venta del inmueble, descontado los gastos de reubicación (traslado, pago de alquiler, y otros inconvenientes y mayores gastos que podría provocar la falta de vivienda) permitiría al deudor pagar sus deudas. Según esta jurisprudencia, el inmueble es un recurso para contra balancear la importancia de estas deudas y, de tal modo, el estado de sobreendeudamiento que permite la apertura del procedimiento no debe ser reconocido si el deudor puede solucionar su problema con esa venta (99). Esta jurisprudencia que manda tener en cuenta la existencia de inmuebles, con los límites antes indicados (o sea, cómputo de todos los gastos que derivan de la venta), se ha aplicado, incluso, a un inmueble que se tiene en condominio o en indivisión hereditaria (100).

b) Deudas no profesionales

Una deuda es profesional cuando ha sido contraída para las necesidades de la actividad profesional del deudor; por oposición, “no profesional” es la deuda ajena o extraña a la actividad profesional.

Hasta el año 2004, la Casación francesa entendió que las deudas eran profesionales si habían sido contraídas para las necesidades *o en ocasión* de la actividad profesional. Así, por ej., había considerado profesional la deuda contraída por una persona que era dirigente de una sociedad, en beneficio de ésta; en cambio, no era profesional la que prestaba una hermana a favor de su hermano si la deuda era en beneficio de la actividad económica del hermano.

(99) PAISANT, Gilles, De l'appréciation de la situation de surendettement du débiteur en présence d'un actif immobilier, en Rev. Trim. Droit Com. 2001-780.

(100) PAISANT, Gilles, Surendettement des particuliers, Rev. Trim. Droit Com. 2004-166.

El 8/4/2004 la Casación, ya vigente la ley de 2003, pero para un caso gestado con anterioridad a esta reforma, dijo que no son profesionales las obligaciones que se suscriben simplemente *en ocasión* de una actividad profesional; en el caso, se trataba de una garantía, dada por un empleado para garantizar mercaderías que pertenecían al empleador (101).

Después de la reforma, la situación es totalmente clara; esas deudas no son profesionales y ese empleado puede invocar la ley especial; precisamente, el legislador tomó la jurisprudencia de los tribunales de grado y la consagró en el art. 330-1 que dice que "*no* son profesionales las deudas nacidas para afianzar u obligar solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad siempre que ese deudor no haya sido, de hecho o de derecho, dirigente de esa sociedad". Por ej., la garantía dada por un pariente o un cónyuge a un miembro de su familia a un préstamo que tiene por objeto el desarrollo de la empresa del deudor debe ser considerada no profesional para el garante siempre que no sea dirigente de hecho o de derecho de la empresa por la cual existe su garantía. La ley quiere evitar que el deudor tenga un interés personal directo en el negocio caucionado.

No es una barrera para la apertura del procedimiento que todas las deudas denunciadas sean fiscales (102).

10.6. Legitimación.

El proceso empieza a través de una *petición del* deudor realizada ante la Comisión de sobreindeudamiento de los particulares. Los acreedores no están legitimados para pedir la apertura de este procedimiento. El pedido del deudor se hace, prácticamente, sobre la base de formularios que han sido confeccionados por el Banco de Francia y el organismo oficial de protección de los consumidores (103).

10.7. Etapas.

El proceso tiene dos etapas claramente delimitadas: una ante la Comisión y otra ante el juez. Este modelo refleja una política general en materia

(101) Cour de Cassation, 2° Civ. 8/4/2004, en Recueil Dalloz, Cahier Droit des affaires, n° 19, 13/5/2004, pág. 1383, comentado por Rondey, Céline, Surendettement: qu'est-ce qu'une dette professionnelle?

(102) PAISANT, Gilles, Surendettement des particuliers, en Rev. Trim. Droit Com 2002-732.

(103) Ver formularios en GALLET, Charles H., Le surendettement des particuliers, Paris, Dalloz, 1996, págs. 38/48.

de derecho de los consumidores que consiste en la estrecha cooperación entre el juez y comisiones de naturaleza administrativa (104).

10.8. La Comisión. Integración.

La Comisión está integrada por ocho personas: el representante del Estado en el departamento (normalmente, el prefecto del departamento), que la preside; el tesorero general (que es el vicepresidente), el director de servicios fiscales (estas tres personas pueden ser representadas por un solo y mismo delegado); un representante del Banco de Francia (que ejerce la secretaría); dos personas designadas por el representante del Estado en el departamento, una a propuesta de los bancos y empresas de inversiones y otra a propuesta de las asociaciones de familia o de asociaciones de consumidores; una persona que justifique tener experiencia en el campo de la economía social y familiar y otra que acredite tener título y experiencia en el ámbito jurídico (art. 331-1).

El Banco de Francia se encarga de los aspectos operativos, como proporcionar el lugar donde funciona la Comisión; además, bajo la dirección de los servicios judiciales del Ministerio de Justicia, esa entidad financiera ha puesto a disposición de los magistrados un programa, con las licencias respectivas (105), que contiene fórmulas que permiten calcular automáticamente el plan de sobreendeudamiento.

Es conveniente señalar algunas particularidades de los dos expertos (en el campo económico social y jurídico) incorporados con la reforma del año 2003:

(a) tienen voz pero no voto.

(b) al experto en economía social se le exige sólo experiencia; en cambio, al jurista se le reclama título y experiencia.

(c) el experto en cuestiones de economía social y familiar tiene las siguientes funciones, entre otras: verificar si previamente a la petición han sido o no exploradas todas las posibilidades de ayuda social; proveer

(104) SAUPHANOR, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, ed. LGDJ, 2000, n° 444 y siguientes.

(105) O sea, las licencias las ha pagado el banco, y no el presupuesto de la Justicia.

datos sobre estos programas; indicar las pautas para saber a cuánto asciende el mínimo vital ("resto para vivir") que se reserva para las necesidades mínimas del deudor y su familia.

Inmediatamente de sancionada la ley, antes de su reglamentación, la doctrina se preguntó cómo se designarían y quién les pagaría. La pregunta tenía sentido. Dado que los expertos no son rentados, es difícil encontrar personas que colaboren. Las del ámbito del derecho que prestan auxilio, normalmente son personas jubiladas (abogados, magistrados, *huissiers*(106), peritos que trabajaron en bancos, aseguradoras, etc.). Los contactos con los colegios de abogados para que envíen abogados jóvenes no han tenido éxito porque, además, para que la participación tenga algún sentido, razonablemente la ley pide para estos expertos una antigüedad de tres años en el ejercicio profesional.

También hay dificultades para encontrar una figura esencial en la segunda etapa del procedimiento, que es un mandatario judicial que el juez puede elegir. El sistema impide elegir un *huissier* que haya intervenido en un juicio contra el deudor, prohibición que disminuye la lista de los posibles postulantes. La ayuda de las asociaciones de protección de los consumidores tampoco es mucha. El mandatario es quien, en realidad, lleva adelante el procedimiento: ordena las notificaciones, etc. Tiene un honorario mínimo de 500 euros, cifra que normalmente es muy baja desde que adelanta de su propio peculio una serie de gastos; por esta razón, se ha propuesto que los honorarios sean cubiertos por un fondo de garantía asegurador

10.9. Carácter no jurisdiccional de las funciones ejercidas por la Comisión.

La Comisión de sobreendeudamiento de los consumidores tiene por función: (a) Tratar la situación de endeudamiento de las individualizadas en los párrafos anteriores (Art. 331-2); (b) Intentar conciliar a las partes con miras a la elaboración de un plan convencional de saneamiento (107) aprobado por el deudor y sus principales acreedores (Art. 331-6).

(106) A diferencia de lo que ocurre en la Argentina, en la que los oficiales de justicia pertenecen, en general, a la burocracia judicial, en muchos países europeos, africanos y asiáticos, la ejecución de la sentencia está a cargo profesionales liberales independientes, generalmente, personas de gran prestigio, llamadas "huissier".

(107) He traducido la expresión *redressement* por "saneamiento"; entiendo que es la que más se aproxima, aunque reconozco que no es exactamente lo mismo.

En un primer momento, entonces, juega el rol de conciliador extrajudicial. Su misión consiste, especialmente, en acercar a las partes; en un momento ulterior, fracasado el acuerdo, propondrá un proyecto, boceto o plan de pagos.

Puede pedir informes a la administración pública, a los establecimientos de créditos, organismos de seguridad y previsión social, a los organismos centrales bancarios, etc. para tener exacta información sobre la situación del deudor, la evolución posible de este procedimiento y de las conciliaciones o mediaciones en trámite. Alguna información puede estar sujeta al secreto; en tal caso, debe ser comunicada, pero la Comisión es responsable, incluso penalmente, si por alguna razón, información confidencial llega ilegítimamente a terceros.

El trámite ante la Comisión guarda algunas características propias del proceso jurisdiccional (respeto al contradictorio, defensa, confidencialidad, motivación de las decisiones). Las partes pueden ser asistidas ante la Comisión no sólo por un abogado sino por cualquier persona que ellos hayan elegido.

Pero allí terminan las semejanzas. La Comisión de sobreendeudamiento no es un organismo jurisdiccional; en este sentido, en 1997, el Consejo de Estado francés dijo que “ninguna disposición de la ley confiere a esta Comisión atribuciones de naturaleza jurisdiccional”; se trata, simplemente de una de las tantas autoridades administrativas que interviene, especialmente, para descargar al juez de una parte del contencioso.

10.10. Caracteres generales del procedimiento ante la Comisión. ¿Procedimiento colectivo?

Algunos autores (108), aunque reconocen que el acreedor que participó puede quedar obligado por medidas que ni votó ni tenían la mayoría de los otros acreedores, entienden que el procedimiento ante la Comisión no es típicamente colectivo porque:

(a) No concurren todos los acreedores.

(b) El acreedor que no ha tenido intervención, no está afectado por la cosa juzgada.

(108) NEUVILLE, Sébastien, Le traitement planifié du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse, en Rev. Trim. Droit Com. 2001-46.

(c) No hay un órgano que represente a los acreedores (no hay sindicatura).

(d) No hay necesariamente igualdad entre los acreedores. Las medidas propuestas pueden ser diferentes según la condición del acreedor.

La Casación francesa parece no compartir este criterio. En este sentido, el 10/7/2001, decidió que estaba sometido a este proceso un banco alemán que había dado un préstamo para adquirir la vivienda a un francés que vivía en Francia. Las normas del código del consumo que regulan los casos de sobreindeudamiento, dijo, "son *del mismo orden que las de un proceso colectivo en caso de insolvencia* y se imponen indiferentemente a los acreedores nacionales y extranjeros (109). En esta misma tendencia, un sector de la doctrina afirma el carácter colectivo del procedimiento en tanto tiene por objeto tratar la situación global del deudor, o sea el conjunto de sus deudas y no cada una de ellas individualmente (110).

10.11. Primeras tareas de la Comisión. La protección de la familia del deudor. Reserva de porcentajes para gastos de manutención.

La primera tarea de la Comisión es verificar que el deudor se encuentre dentro de las condiciones previstas (o sea, ser una persona física, que las deudas no sean profesionales, que sea de buena fe).

Luego, por decisión fundada, se pronuncia sobre si abre o no el procedimiento y esta resolución se notifica al deudor y a los acreedores.

Inmediatamente después, fija una suma estimada por el experto para que el deudor pueda afrontar el mínimo que él y su familia necesitan para la vida cotidiana (alquiler, alimentos, electricidad, gas, calefacción, agua y escolaridad de los hijos). En este aspecto, la ley francesa coincide con la nueva ley norteamericana del 2005, que reserva de los ingresos del deudor un porcentaje para gastos de manutención del grupo familiar, cuidados de salud, vivienda y gastos de energía; en determinados casos, también fija una asignación para un seguro de salud. Normas de este tipo

(109) PAISANT, Gilles, Les créanciers étrangers n'échappent pas à la procédure de traitement de la situation de surendettement de leurs débiteurs résidant en France, Rev. Trim. Droit Com. 2001-985.

(110) TAORMINA, Gilles, Théorie et pratique du droit de la consommation, Marseille, ed. Université d'Aix en Provence, 2004, pág. 288.

integran lo que ha dado en llamarse “la lucha contra la exclusión”; por eso, se deja al deudor “un resto para vivir”, un *mínimum* vital. No se trata sólo de una cuestión de humanidad; se ha dicho, con razón, que peca de falta de realismo esperar el éxito de un plan que, para poder pagar, impone al deudor no quedarse ni siquiera con lo necesario para hacer los gastos de la vida corriente (111).

Normalmente, convoca a los acreedores. Después de haber sido informados por la Comisión del estado del pasivo declarado por el deudor, los acreedores que no están de acuerdo, disponen de 30 días para proveer a la Comisión datos relativos a sus créditos. La información de los bancos y de los organismos fiscales puede ser provista por medio de correo electrónico y fax. Los acreedores deben manifestar si el crédito fue acordado con garantías de terceros y, en su caso, si la garantía ha sido ejecutada.

Si el acreedor no se presenta, la Comisión tiene en consideración los datos proporcionados por el deudor.

10.12. Situaciones en las que el deudor puede encontrarse y procedimientos correspondientes a cada una de esas situaciones.

Cumplidas las primeras tareas, la Comisión está en condición de distinguir entre dos situaciones claramente diferenciables según la gravedad de la situación en la que el deudor se encuentra; entre ambas, existe una intermedia, no demasiado clara:

(a) *Situación remediable*: En este caso, el deudor dispone de capacidad de reembolso; por eso, la Comisión propone un plan que las partes deben aprobar. Si no hay acuerdo entre las partes, la Comisión recomienda algunas medidas, que se explican más abajo.

(b) *Situación irremediamente comprometida*. En este supuesto, el deudor tiene imposibilidad manifiesta de cumplir cualquier tipo de medidas que proponga la Comisión por lo que la propuesta se torna inútil.

(111) PAISANT Gilles, La question de la détermination de la part de ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage, en Rev. Trim. Droit Com 2001-254. En el derecho italiano, el art. 47 de la legge fallimentare, en texto inalterado, no obstante las últimas reformas de los años 2005, 2006 y 2007, dispone que si al fallido le faltan medios de subsistencia, previa vista al síndico y al comité de acreedores, el juez puede concederle un subsidio a título de alimentos para él y su familia; además, antes de la liquidación del resto de los bienes, el fallido y su familia no puede ser privado del uso de la casa de su propiedad.

(c) “*Estado de insolvencia caracterizado*”. Se trata de una situación intermedia, muy difícil de distinguir de la denominada “irremediablemente comprometida”. Como el procedimiento que esta última requiere se ha vuelto burocrático y pesado, en la práctica los jueces declaren el estado de insolvencia caracterizado, mas con una remisión del 99% de la deuda (112).

Explicaré las dos situaciones claramente diferenciadas mencionadas bajo las letras (a) y (b).

10.13. El deudor en situación remediable.

a) Puertas sucesivas

En este caso, se abren las siguientes puertas sucesivas (113):

(A) Un saneamiento convencional o acordado. Esta vía se realiza ante la Comisión, que debe poner sus mejores esfuerzos por conciliar al deudor y sus principales acreedores con el fin de elaborar un plan de pagos. Este plan no puede postergar el pago de la deuda por un plazo superior a diez años, salvo deudas contraídas para la adquisición de la vivienda.

(B) Un procedimiento de recomendaciones: En caso de no llegar a una solución convencional, la Comisión puede proponer una serie de medidas fijadas por la ley.

Mientras tanto, la comisión puede pedir al juez que suspenda las ejecuciones contra el deudor, salvo las que provienen de deudas por alimentos debidos a su familia. Si lo considera pertinente, el juez suspende por un plazo no mayor a un año. La suspensión implica la prohibición al deudor de: realizar cualquier acto que agrave la situación de sus acreedores sin autorización judicial, pagar a cualquier acreedor que no sea un crédito alimentario, disponer por actos extraños a la gestión ordinaria, constituirse en garante.

(112) Así describió la situación la Ministra de Justicia de Francia Rachida Dati en un discurso pronunciado en Montpellier el 29/10/2008.

(113) TAORMINA, Gilles, *Théorie et pratique du droit de la consommation*, Marseille, ed. Université d'Aix en Provence, 2004, pág. 289; Côte, Nathalie, *Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers*. Titre III de la loi 2003-710 du 1/8/2003, en *La Semaine juridique*, n° 46, 2003, pág. 1974.

Las medidas finalmente recomendadas por la Comisión pueden consistir en (114):

- Escalonar el pago de la deuda o parte de ella, sin que el plazo pueda superar los diez años, salvo préstamos de adquisición de vivienda;
- Imputar los pagos primero a capital y luego a los intereses;
- Reducir la tasa de interés pactada (115);
- En caso de ejecución forzada de la vivienda principal del deudor, gravada con hipoteca a favor de una entidad financiera, reducir el monto que permanece impago después de la subasta.

Las deudas fiscales y de la seguridad social entran dentro de este mismo régimen.

Las recomendaciones de la comisión pueden ser recurridas por ante el juez de ejecución, en un plazo de quince días a contar desde la notificación. El juez controla la regularidad de las recomendaciones, mas no la conveniencia de tales medidas, que no debe modificar ni sustituir por otras que a él le parezcan más convenientes.

b) A quién resulta oponible el plan de saneamiento

Verificada la regularidad o legalidad de esas recomendaciones, las homologa; el efecto de ese acto es hacerlas oponibles a los acreedores; esto significa que los acreedores no pueden ejecutar sus créditos por otras vías, ni embargar, etc.

(114) Decisiones de la Corte de Casación que remontan a los años 1991 y 1992 disponen que la Comisión debe ceñirse a las medidas previstas por el legislador, no pudiendo recomendar otras (Ver reseñas de estas decisiones en *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Droit des affaires. Concurrence. Consommation* 2007/2008, pág. 1191 n° 4079).

(115) Aunque las sucesivas reformas de la ley han dejado el texto inalterado, que sigue diciendo “reducir” la tasa de interés, la Corte de Casación, después de algunas dudas, en decisión del 12/1/1994 autorizó al juez a suprimir los intereses (no sólo a reducirlos) si la situación del deudor lo exige. La doctrina afirma que esta jurisprudencia es aplicable a las recomendaciones de la Comisión, que también podría eliminar todo tipo de intereses (Ver SAUPHANOR, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, ed. LGDJ, 2000, n° 436. La autora critica esta jurisprudencia pretoriana y reclama la intervención del legislador quien, sin embargo, ha permanecido en silencio).

Las recomendaciones homologadas son oponibles a los acreedores aunque no las hayan aceptado y aunque no se hayan logrado las mayorías (116). Sin embargo, la ley no priva a los acreedores de todos sus derechos. Así, por ej., no se extinguen las fianzas ni las garantías; el acreedor puede dirigirse contra los codeudores del deudor (117), salvo que la extinción haya formado parte del plan de saneamiento y el acreedor haya aceptado esa extinción. Ese consentimiento es esencial; en tal sentido, la Casación anuló una decisión de los jueces ordinarios que habían dado por extinguida la caución siendo que el acreedor no había tenido participación en el procedimiento.

Se reitera que para que tengan efectos respecto del deudor y de los acreedores, las recomendaciones deben haber sido homologadas por el juez.

Según el art. 331-8 las medidas ordenadas no son oponibles a los acreedores cuya existencia el deudor no indicó en su escrito ni a aquellos que no fueron citados por la Comisión.

A contrario sensu, el plan resulta oponible: (I) a todos los que el deudor denunció y (II) a todos aquellos a los cuales la Comisión notificó o advirtió. Por lo tanto, durante la ejecución de estas medidas, estos acreedores no pueden iniciar ni proseguir procesos de ejecución en contra de los bienes del deudor.

Como consecuencia de estos principios, el 8/7/2004, la Casación dijo que las medidas eran oponibles al acreedor que se presentó, su crédito no fue reconocido y ejecutó antijurídicamente fuera del expediente (118).

(116) Una autora se pregunta si este sistema no vulnera la Convención Europea de Derechos Humanos. Responde que muy difícilmente la Corte Europea lo declararía contrario a este instrumento, desde que, tratándose de medidas para evitar la exclusión social, entendería que está sometidas al margen de discrecionalidad de cada Estado (DEBET, Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, , 2002, n° 841 y sigtes.). La autora señala, con razón, que las pérdidas de los acreedores no tienen su causa real en la ley sino en la insolvencia de su deudor. Bruno Oppetit, en un artículo recordado por gran parte de la doctrina francesa, afirma que "La confianza es fuente de crédito y, al mismo tiempo, fuente del endeudamiento; la pareja acreedor-deudor es tan vieja como el mundo y su armonía supone la solvencia del deudor, es decir, de su capacidad y voluntad de pago" (OPPETIT, Bruno, *L'endettement et le droit en Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, pág. 295).

(117) PAISANT, Gilles, *Surendettement des particuliers*, Rev. Trim. Droit Com. 2004-621.

(118) Comentada por PAISANT, Gilles, *Surendettement des particuliers*, Rev. Trim. Droit Com. 2004-821, quien entiende que el art. 331-8 no es demasiado claro y que debe ser reformulado.

Según encuestas del Banco de Francia realizadas en el año 2003, lamentablemente, un gran número de estos procedimientos fracasa porque el plan establecido a través de las recomendaciones finalmente no se cumple (119).

c) Duración del procedimiento ante la Comisión.

La etapa ante la Comisión no debería demorar más de seis meses; en este plazo, este organismo debería terminar su labor proponiendo las recomendaciones. Sin embargo, la ley no ha establecido ninguna sanción para el supuesto de que no concluya la tarea que la ley en el plazo.

10.14. El deudor en situación irremediamente comprometida.

a) Tipificación de la figura legal.

Para el deudor en situación irremediable la salida es el *rétablissement*, o “*restablecimiento personal*”, instrumento reservado a las personas físicas insolventes cuya situación financiera está irremediamente comprometida; este procedimiento no tramita ante la Comisión sino ante el juez y presenta muchas similitudes con una figura del derecho de Alsacia-Mosela llamado la “quiebra civil” (120).

En definitiva, para llegar al procedimiento del restablecimiento personal es necesario que el deudor esté en una situación irremediamente comprometida caracterizada por la imposibilidad de llevar adelante las medidas enumeradas por la ley. Por eso, se trata de un procedimiento *subsidiario*, aplicable cuando las otras puertas no han permitido el ingreso a soluciones menos agresivas para el derecho de los acreedores. Dicho en otras palabras, hay que haber agotado los otros remedios posibles.

(119) PIEDELIÈVRE, Stéphane, *Droit de la consommation*, Paris, ed. Economica, 2008, N° 625.

(120) No debe descartarse el importante rol jugado por la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa. En efecto, de modo análogo al de las decisiones argentinas que rechazan la apertura del proceso concursal peticionado por deudores que no tienen bienes para ser liquidados (ver nota 45), apenas dictada la ley, los jueces de grado declaraban que el procedimiento no era aplicable a ese tipo de deudores. El 27/1/1993, en sentencia recaída en el caso “Bracq”, la Corte concluyó definitivamente con esa posición al decir que “al subordinar la apertura del procedimiento a la posibilidad de pagar sus deudas dentro de un período de tiempo, la Corte de apelaciones había agregado a la ley, incorrectamente, un requisito que ésta no tenía” (Ver estos antecedentes en SAUPHANOR, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, ed. LGDJ, 2000, n° 432.

Se puede llegar a esta etapa porque la comisión envió el expediente al juez a ese efecto, o por petición del propio deudor, cuando advierte que no puede cumplir el plan fijado en la etapa no jurisdiccional, o porque transcurrieron nueve meses y la Comisión no se ha pronunciado ni en un sentido ni en otro.

¿Qué quiere decir “*imposibilidad manifiesta de llevar adelante las medidas*”?

La expresión no debe tomarse literalmente; la voz *imposible* debe ser entendida en el sentido que el deudor no tiene poder de recuperación y cualquier medida que se proponga es ineficiente para asegurar el saneamiento; o sea, hay imposibilidad de remediar el endeudamiento por las medidas clásicas; es imposible liquidar el pasivo aun a través de las medidas que podrían tomarse en cualquier otro procedimiento.

Así, por ej., se ha dicho que existe esa imposibilidad:

– Si se constata que aun suspendiendo el pago durante diez años y reduciendo los intereses a cero, sólo la mitad de la deuda sería pagada;

– Si se trata de una anciana de 81 años, que se sobreendeudó después de la muerte de su marido; tenía una pensión de 1200 euros y un pasivo de 42.000 euros; teniendo en consideración el llamado “resto para vivir” (art. 331-2) le quedaban 209 euros para pagar a los acreedores, lo que representaban 16 años para pagar (121);

– Aunque se trate de un deudor joven (35 años en el caso), en tanto no se debe creer que aumentará sus recursos en un breve plazo siendo tal razonamiento sólo aleatorio, casi adivinatorio (122);

– Si el deudor no tiene recursos ni bienes embargables que le permitan liquidar ni siquiera parte de la deuda. Por eso, la Casación anuló una decisión de los jueces ordinarios que abrieron este proceso (que puede concluir con la extinción de la deuda) sin tener en cuenta que la deudora tenía un inmueble que podía ser liquidado. En el caso, los jueces de grado entendieron que había imposibilidad de pago, en el sentido previsto por

(121) PAISANT, Gilles, Surendettement des particuliers, Rev. Trim. Droit Com. 2003-174.

(122) PAISANT, Gilles, Surendettement des particuliers, Rev. Trim. Droit Com. 2004-623.

la ley, porque la mujer que petitionó la apertura del procedimiento ganaba 9000 francos y tenía gastos corrientes de 8000 por lo que de ningún modo podía pagar una deuda de 257.000 euros. La Casación reprochó a los jueces de grado no haber tenido en consideración la realización del inmueble como alternativa (123).

b) Procedimiento.

El procedimiento a seguir es el siguiente: establecida por la Comisión la imposibilidad de llevar adelante cualquier plan, cita al deudor y le notifica este dictamen. Si el deudor no responde, se entiende que se opone al procedimiento. En todo caso, lo decidido por la Comisión es revisable en apelación por el juez de ejecución (124).

Llegado el expediente al tribunal (porque así lo aconsejó la Comisión o porque lo petitionó el deudor), el juez convoca al deudor y a los acreedores conocidos a una audiencia; también puede invitar a un trabajador social. Después de escuchar a las partes, y estando convencido de que el deudor es de buena fe y su situación está irremediablemente comprometida, pronuncia la apertura del procedimiento.

Esa declaración implica la suspensión de todas las ejecuciones, incluso cualquier medida tendiente al desalojo del deudor de su vivienda.

El juez puede designar un mandatario de una lista para que realice una encuesta y el seguimiento de la situación social del deudor.

El mandatario, o si éste no existe, el juez, debe citar nuevamente a todos los acreedores. El mandatario está encargado de controlar los créditos y la documentación que se pueda aportar.

Si se detectaran bienes, el proceso de restablecimiento implica la liquidación judicial del patrimonio personal del deudor, excluidos, obviamente los bienes inembargables.

(123) PAISANT, Gilles, Surendettement des particuliers, Rev. Trim. Droit Com. 2003-173. El autor señala que la cuestión se vincula a la noción misma de sobreendeudamiento, como lo he señalado en el texto.

(124) Para el sistema recursivo ver BOUJEKA, Agustin, Brefs propos sur une lacune de procédure en droit de la consommation, en La Semaine juridique, n° 15, 10/4/2002, pág. 732.

Si el dinero es suficiente se paga a los acreedores y se cierra el procedimiento.

Pero, normalmente, esa liquidación no será posible por inexistencia de bienes.

Aunque a esta altura el expediente ya pasó por la Comisión, quien dijo todo lo que en su opinión correspondía hacer, si el juez estima que la situación no está irremediablemente comprometida y se puede evitar la liquidación, puede elaborar un plan de saneamiento, siempre que no pase los diez años y, en tal caso, ese acuerdo, es oponible a todos los acreedores.

Los autores critican esta última disposición, que vuelve a la judicialización cuando todas las soluciones alternativas ya habían sido tenidas en cuenta por la Comisión (125).

Cuando la liquidación no ha permitido pagar a todos los acreedores, el juez declara cerrado el procedimiento y todas las deudas se extinguen.

La extinción total de la deuda es siempre una cuestión judicial. Efectivamente, la extinción de la deuda puede ser recomendada por la comisión; pero se requiere siempre la intervención del juez de ejecución.

Después de la reforma de agosto del 2003, las deudas fiscales y las de la seguridad social también pueden llegar a extinguirse del modo que se ha descrito (126).

De este modo, como bien se ha dicho, la ley francesa reconoce el derecho a una “segunda chance” y, consecuentemente, el derecho a equivocarse (127).

10.15. Disposiciones comunes

Las disposiciones comunes a ambos procedimientos (el que pasa ante la comisión y el que transcurre ante el juez) son, entre otras, las siguientes:

(125) CÔTE, Nathalie, Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers. Titre III de la loi 2003-710 du 1/8/2003, en *La Semaine juridique*, n° 46, 2003, pág. 1979.

(126) PAISANT, Gilles, Surendettement des particuliers, *Rev. Trim. Droit Com.* 2004-166.

(127) CHIA, Lucio, L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici, Ipsoa, 2008, pág. 6.

Las deudas alimentarias y las reparaciones pecuniarias y multas fijadas judicialmente a favor de las víctimas en el marco de una condena penal están excluidas de toda remisión, moratoria o extinción, salvo acuerdo del acreedor.

Caducan los beneficios de la presente ley contra toda persona que: (a) Conscientemente hizo declaraciones falsas o presentó documentos falsos; (b) Ocultó o disimuló o intentó ocultar o disimular todo o parte de sus bienes; (c) Agravó su endeudamiento sin acuerdo de los acreedores, de la comisión, o del juez.

Se crea un fichero nacional que recaba información y en el que se inscriben todas las decisiones que hayan tramitado por este procedimiento del restablecimiento personal.

10.16. Algunos datos relativos al impacto social de la legislación comentada.

Desde los primeros años de vigencia, la ley comentada, incorporada al código de los consumidores, es aplicada a cientos de miles de casos (128).

Según el informe 2005 de la Comisión de seguimiento, entre marzo 2004 y abril del 2005, las comisiones de sobreendeudamiento recibieron 219.049 demandas, de las cuales sólo 22.061, o sea, aproximadamente el 10,7%, se orientaron hacia la extinción, con el acuerdo de los deudores. Generalmente, se trata de personas que tienen una deuda de hasta 15.000 euros y el pasivo está integrado por deudas de alquileres y créditos fiscales de servicios públicos. Normalmente son personas desocupadas y viven del subsidio de desempleo (129). Se calcula que el número de casos que llega a la justicia aumenta en 20.000 cada año.

Según un artículo publicado en France Soir el 25/10/2007, desde la sanción de la ley del 2003, los expedientes aumentaron en 11% en tres años; de 165.000 pasaron a 185.000 y el 85% son casos de insolvencia pasiva.

(128) Para los primeros años de vigencia ver MARZI, Odile, Bilan de la Cour d'appel de Reims sur le surendettement, en Calais-Auloy (dir), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Paris, ed. Litec, 1995, pág. 135.

(129) Para otros datos, compulsar también PIEDELIÈVRE, Stéphane, *Droit de la consommation*, Paris, ed. Economica, 2008, N° 620.

Recientemente, en setiembre de 2008, la Ministro de Economía de Francia, Christine Lagarde, presentó un plan para luchar más adecuadamente contra el sobreindeudamiento de las parejas e informó que, según una encuesta hecha por el banco de Francia, el número de demandas interpuestas ante la justicia aumentó más del 70% en cuatro años y que en el año 2007 más de 28.000 personas se beneficiaron con el procedimiento creado por la ley.

10.17. Reacciones negativas.

Los autores que no comparten las soluciones legales sostienen que aunque se persigue dar "una segunda chance a las personas víctimas de los accidentes de la vida", aspecto positivo, se genera un gran desequilibrio entre deudores y acreedores, a punto tal que algunos acreedores, a su turno, podrían ver fragilizada su situación si su patrimonio está integrado por créditos que se extinguen por la insolvencia de sus deudores; además, no alcanzan a ver con claridad los vínculos entre el sobreindeudamiento y las zonas francas urbanas, la seguridad en los inmuebles colectivos y el desarrollo económico de los barrios prioritarios (130). Críticas más severas califican a la ley de profundamente injusta e inmoral frente a la inmensa mayoría de los deudores que honran sus deudas (131).

10.18. Algunas propuestas de reforma.

La Comisión de seguimiento creada por la ley, advertida de las dificultades prácticas, ha realizado una serie de recomendaciones para modificar la normativa. Así, por ej., ha dicho que es necesario establecer un procedimiento que ponga en comunicación a la comisión y el juez, para evitar que el expediente vaya y venga, y para que ambos tengan criterios comunes sobre cuáles son las pautas que caracterizan a la situación irremediable. Según el informe del año 2005, el juez de ejecución remitía nuevamente a la comisión un 34% de los expedientes; de cualquier modo, es necesario subrayar que el problema también deriva de la divergencia entre los magistrados, más o menos exigentes en la determinación del recaudo de la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones. Para evitar la utilización de estos concursos de modo frau-

(130) CÔTE, Nathalie, Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers. Titre III de la loi 2003-710 du 1/8/2003, en La Semaine juridique, n° 46, 2003, pág. 1974.

(131) TAORMINA, Gilles, Théorie et pratique du droit de la consommation, Marseille, ed. Université d'Aix en Provence, 2004, pág. 295; ver algunas de estas críticas en Julien, Pierre, À propos du surendettement des particuliers et des familles, en Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Paris, Dalloz, 1991, pág. 183.

dulento se ha propuesto sancionar penalmente algunas conductas como por ej., omitir a acreedores, bienes del activo, etc. (132).

De cualquier modo, puede afirmarse que, en general, los franceses tampoco están totalmente satisfechos con su sistema. El Consejo Económico y Social de Francia, en su Recomendación tomada en Asamblea plena del 24/10/2007 afirma que se ha constatado que la ley se aplica de modo muy restrictivo y que el procedimiento debe ser mejorado y simplificado por lo que ha propuesto una serie de medidas, especialmente para prevenir el fenómeno.

11. Conclusiones provisionarias

Decía Franklin Roosevelt: “Es de sentido común tomar un método y ensayar; si éste fracasa, hay que admitirlo francamente y tratar con otro; pero sobre todo, hay que tratar de hacer algo” (*It is common sense to take a method and try it. If it fails, admit it frankly and try another. But above all, try something*).

Los argentinos hemos ensayado el método de judicializar todas las etapas del llamado concurso del consumidor. Estoy segura que hemos fracasado.

Entiendo, pues, que se debe intentar dar mejores soluciones con otro método.

Una Comisión tan extensa como la francesa no es conveniente para la Argentina, pero me animo a sostener dos instrumentos básicos:

(1) Se requiere una etapa previa a la judicial, a cargo de expertos, que sepan economía, y que puedan proyectar soluciones posibles para que el consumidor sobreendeudado de buena fe sobreviva conjuntamente con su familia con un mínimo de dignidad y, al mismo tiempo, pague (aunque sea parcialmente) a sus acreedores (133). Las propuestas de los expertos en economía, que pueden incluir quitas, esperas, modificaciones al siste-

(132) ESCUTI (h.) Ignacio A., Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso, JA 1991-III-907.

(133) Los procedimientos extrajudiciales de este tipo están contenidos en casi todas las propuestas presentadas en los países a los que estamos unidos por una tradición legislativa. Para los proyectos españoles, ver FERNANDEZ CARRON, Clara, El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 22/23. En Italia, el Adiconsum ha presentado una propuesta de ley que regula un procedimiento específico y crea una comisión nacional para la resolución de las situaciones de sobreendeudamiento encargada de gestionar el concordato.

ma de imputación de los pagos, etc., deben ser homologadas por un juez y, en tal caso, obligar a todo tipo de acreedores que haya sido citado al proceso (créditos fiscales incluidos), salvo los alimentos debidos a integrantes de la familia.

(2) Si esta etapa fracasa en razón de que la situación del deudor está irremediablemente comprometida, si el deudor nada puede pagar, entonces debe aceptarse el *fresh start*, solución última y excepcional que debe ser decidida por el juez.

12. Bibliografía

Alegría, Héctor, *Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*, LA LEY, 2005-E, 1353.

Anchaval, Hugo A., *Los límites de la quiebra concursal ¿son recomendables para un consumidor sobreendeudado?* LA LEY, 2008-E, 1339.

Antoni Piossek, Fernanda, *Antinomias salvables*, en *Jurisconcursal*, año III, n° 8, Tucumán, 2008, pág. 13 y ss.

Antonio, Ariel F y otro, *Procedimiento especial para el sobreendeudamiento de personas físicas con ingresos fijos*, en *Crisis de la economía mundial y concursalidad*, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 449.

Avena-Robardet, Valérie, *Surendettement de l'épouse d'un commerçant pour dette fiscale*, Le Dalloz, n° 33, 26/9/2002, pág. 2603.

Barreiro, Marcelo, Lorente, Javier y Truffat, Daniel, *Del traje de confección al de medida: los procesos concursales deben tener una regulación diversa según en magnitud*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 103.

Barreiro, Marcelo, Lorente, Javier y Truffat, Daniel, *Otra vez sobre el concurso mínimo: Cuando veas las barbas de tu vecino afeitar...* en *Rev. Doctrina Societaria y Concursal*, n° 248, Mayo 2008, pág. 373.

Bava Bussalino, Pablo, *Pequeños concursos y quiebras. Ley 24.522*, Mendoza, ed. Jurídicas Cuyo, 2000.

Bergel, Salvador, *De los pequeños concursos y quiebras*, JA 1996-III-876.

Borsalino Migliore, M., Matus de Capdevila, M.C., y Sala Mercado, M.V., *La crisis financiera en la apertura del pequeño concurso preventivo: reflexiones*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, pág. 53.

Boujeka, Agustin, *Brefs propos sur une lacune de procédure en droit de la consommation*, en La Semaine juridique, n° 15, 10/4/2002, pág. 732.

Cabrillac, Rémy, *Conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés*, en Liber amicorum Jean Calais Auloy, *Etudes de droit de la consommation*, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 221.

Calais-Auloy, J. et Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, 4° ed., Paris, Dalloz, 1996.

Carrasco Perera, Angel, *Los derechos de garantía en la ley concursal*, Madrid, ed. Thomson, 2004, pág. 64.

Côte, Nathalie, *Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers*. Titre III de la loi 2003-710 du 1/8/2003, en La Semaine juridique, n° 46, 2003, pág. 1973.

Debet, Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, pág. 761.

De Carlo, Lorena y Fantini, Emilio L., *El sinsentido y malgaste judicial del desajustado régimen para los pequeños concursos y quiebras*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 269.

De Cesaris, María C., Do Santos Freire, Maria B Weidmann, G., *Reflexiones sobre el tratamiento legislativo y judicial de los llamados pequeños concursos. Situación y sugerencias a partir de un trabajo de campo*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 249.

De las Morenas, Gabriel, *Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activos. Una polémica vigente. ¿Existe un derecho a quebrar? ¿Es ejercitable ese derecho por las personas de escasos recursos?* LA LEY, 2008-E, 1347.

De Santis, Francisco, *Sulla c.d. degiurisdizionalizzazione del concurso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, en Riv. Di Diritto processuale, anno LXIII, n° 2, Marzo/Aprile 2008, pág. 355.

Escuti (h.) Ignacio A., *Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso*, JA 1991-III-907.

Favier-Dubois, Eduardo, *Pequeños concursos: ¿regla o excepción?*, en Doc. Societaria y Concursal, t. XIII, n° 167, Octubre 2001, pág. 400.

Favier-Dubois, Eduardo, *Pequeño concurso. Denegatoria de apertura. Incumplimiento del art. 11 de la ley 24.522*, en Doc. Soc. y Concursal, t. XIX, n° 231, Febrero 2007, pág. 135.

Farhi de Montalbán, Diana, *La insolvencia del consumidor: el problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, pág. 101.

Fernández Carrón, Clara, *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008.

Ferri, Corrado, *L'esdebitazione*, en Il fallimento n° 9/2005 pág. 1085.

Gallet, Charles H., *Le surendettement des particuliers*, Paris, Dalloz, 1996.

Chia, Lucio, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Ipsoa, 2008.

Gjidara, Sophie, *L'endettement et le droit privé*, Paris, ed. LGDJ, 1999.

Graziabile, Darío, *Derecho concursal*, Bs. As., ed. Lexis Nexos, 2006,

Grispo, Jorge D., *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras*, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2002, t. VI.

Guerra Pérez, Walter, *Pequeños concursos. Aspectos procesales de su regulación en el proyecto de ley concursal de reorganización empresarial a estudio del parlamento uruguayo*, en *Crisis de la economía mundial y*

concuralidad, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 461.

Guglielmucci, Lino, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, en *Giurisprudenza commerciale*, anno XXX, 2003, parte prima, pág. 152.

Guglielmucci, Lino, *Diritto fallimentari*, 3° ed., Torino, ed. Giappichelli, 2008.

Insol International, *Costumer Debt Report*, Mayo 2001, <http://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>.

Julien, Pierre, *À propos du surendettement des particuliers et des familles*, en *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, pág. 1832.

Kleidermacher, Arnoldo y otro, *De los pequeños concursos y quiebras y la administración de justicia*, en III Congreso argentino de Derecho concursal y 1° congreso iberoamericano de la insolvencia, Bs. As., ed. Ad Hoc, 1997, pág. 63.

Lagarde, Xavier, *L'endettement des particuliers. Etude critique*, Paris, LGDJ, 1999.

Lima Marques, Claudia y Lunardelli Cavallazzi, Rosângela (coordenação), *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e credito*, Sao Paulo, ed. Revista dos tribunais, 2006.

López Sánchez, Manuel Angel, *La prevención del sobreendeudamiento en la propuesta de directiva sobre crédito a los consumidores*, en *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais Auloy*, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 621.

Mac Donald, Andrea Fabiana, *El análisis jurídico de los efectos de la quiebra y el sobreendeudamiento de los consumidores*, www.ElDial.com.

Maffia, Osvaldo, *Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos*, ED 165-1226.

Maffia, Osvaldo, *La ley de concursos comentada*, Bs. As., ed LexisNexis, 2003, pág. 373.

Marzi, Odile, *Bilan de la Cour d'appel de Reims sur le surendettement*, en Calais-Auloy (dir), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Paris, ed. Litec, 1995, pág. 135.

Mazeaud, Denis, *L'endettement, Rapport français*, en *L'endettement, Journées argentines, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLVI, Paris, LJDJ, 1995, pág. 137.

Mazeaud, Denis, *L'endettement des acquéreurs*, en *Rev. de Droit Immobilier*, Oct-Dec. 1995 pág. 641.

Mazeaud, Denis, *Droit commun du contrat e droit de la consommation*, en *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais Auloy*, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 697.

Mémento Pratique Francis Lefebvre. Droit des affaires. Concurrence. Consommation 2007/2008, pág. 1191 (n° 4079).

Micelli, María I., *El insoluble problema de la desnaturalización de la quiebra voluntaria*, LA LEY Litoral 2008-1069.

Micelli, María I., *Un límite necesario al uso antifuncional de la quiebra voluntaria*, LL 2007-1235.

Molina Sandoval, Carlos, *La tutela del consumidor desde la óptica concursal*, ED 208-787.

Neuville, Sébastien, *Le traitement planifié du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse*, en *Rev. Trim. Droit Com.* 2001-31.

Nicastro, Ramón Vicente, *Incumbencia profesional en la mediación concursal*, en *Jurisconcursal*, año III, n° 8, Tucumán, 2008, pág. 45 y ss.

Oppetit, Bruno, *L'endettement et le droit en Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, pág. 295.

Paisant Gilles, *De l'établissement de l'absence de bonne foi du demandeur à la procédure de traitement du surendettement*, en *Rev. Trim. Droit Com* 2001-249.

Paisant, Gilles, *Les créanciers étrangers n'échappent pas à la procédure de traitement de la situation de surendettement de leurs débiteurs résidant en France*, Rev. Trim, Droit Com. 2001-985.

Paisant, Gilles *Le conjoint d'un commerçant en cours de redressement judiciaire, peut-il obtenir le bénéfice d'une procédure de traitement de sa situation personnelle de surendettement*, Rev. Trim. Droit Com 2001-251.

Paisant, Gilles, *La question de la détermination de la part de ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage*, en Rev. Trim. Droit Com 2001-254.

Paisant, Gilles, *De l'appréciation de la situation de surendettement du débiteur en présence d'un actif immobilier*, en Rev. Trim. Droit Com 2001-780.

Paisant, Gilles, *Surendettement des particuliers*, en Rev. Trim. Droit Com 2002-732.

Paisant, Gilles, *Surendettement des particuliers*, Rev. Trim. Droit Com. 2003-174.

Paisant, Gilles, *Surendettement des particuliers*, RTD Com. 2004-164, 2004-620 y 2004-821.

Pereyra, Alicia S., *El concurso preventivo del consumidor*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. I pág. 621.

Pereyra, Alicia, *Los procesos concursales en los que el deudor manifiesta no poseer activos liquidables: sólo cuenta con su sueldo*, Rev. de Derecho Concursal, n° VI, pág. 191 y ss.

Pétel, Philippe, *Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises*, en Liber amicorum Jean Calais Auloy, Etudes de droit de la consommation, Paris, ed. Dalloz, 2004, pág. 835.

Piedelièvre, Stéphane, *Droit de la consommation*, Paris, ed. Economica, 2008.

Quintana Carlo, Ignacio, *El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal*, en Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, ed. Marcial Pons, 2004, pág. 2258.

Raspall, Miguel y Pereyra, Alicia, *Rechazo de pedidos de propia quiebra de empleados públicos. Quiebras sin activo. Limpieza de suelo. Apelación*, en Doc. Societaria y concursal, n° 247, Junio 2008, pág. 537.

Revel, Janine, *Exclusion du bénéfice des dispositions sur le surendettement pour un commerçant en liquidation judiciaire. Quid de son épouse*, en Le Dalloz, n° 31, 12/9/2002, pág. 2443.

Rivera, Julio C. *Instituciones de Derecho concursal*, 2ª ed., Santa Fe, ed. Rubinzal, 2003, t. II, pág. 396.

Roldán Bulnes, Facundo, *Pequeños concursos: un instituto que necesita ser revisado*, ED 193-681.

Rondey, Céline, *La réforme du surendettement par la loi «Borlo» du 1^o août 2003*, en Recueil Dalloz, Cahier Droit des affaires, n° 31, 11/9/2003, pág. 2162.

Rondey, Céline, *Surendettement: qu'est-ce qu'une dette professionnelle?*, en Recueil Dalloz, Cahier Droit des affaires, n° 19, 13/5/2004, pág. 1383.

Rouillon-Alonso, *Código de comercio comentado y anotado*, Bs. As., ed. LA LEY, 2007, t. IV-B-844.

Scholastique, Estelle, *L'endettement*, en Fenouiller, D. (dir), *Faut-il recodifier le droit de la consommation?*, Paris, ed. Economica, 2002, pág. 17.

Sauphanor, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, ed. LGDJ, 2000, n° 430.

Sortais, Jean Pierre, *Faillite et surendettement: quelques éléments pour une comparaison*, en *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis, Mélanges en l'honneur d' Adrienne Honorat*, Paris, ed. Frison, 2000, pág. 226.

Spagnuolo, Domenico, en Sandulli, Michele (a cura di) *I soggetti esclusi dal fallimento*, Torino, ed. Ipsoa, 2007, pág. 173.

Taormina, Gilles, *Théorie et pratique du droit de la consommation*, Marseille, ed. Université d'Aix en Provence, 2004, pág. 283/417.

Turco, Graciela, Ulnik, Juan y Heuer, Federico, *Los pequeños concursos en la Argentina y en Uruguay, en Crisis de la economía mundial y concursabilidad*, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 471.

Turniansky, Patricia, *Insolvencia del consumidor*, en *Crisis de la economía mundial y concursabilidad*, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 487.

Truffat, Edgardo D., *Sobre los pequeños concursos y quiebras*, en Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 24522 y sus modificatorias (bajo la dirección de Ernesto Martorell)*, Bs. As., ed. Lexis Nexis, 2008, t. V, pág. 451.

Truffat, Daniel, *Lineamientos para la regulación del concurso pequeñísimo y, en especial, el concurso del consumidor*, en *Crisis de la economía mundial y concursabilidad*, 4° Congreso Iberoamericano de derecho concursal, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, pág. 481.

Trujillo Díez, Iván J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, Comares, 2003.

Uhlenbruck, Wilhelm, *Aspectos básicos del proyecto de ley de insolvencia alemana*, RDCO 1990-B-637.

Usandizaga, Manuel, *¿Un arma menos para evitar el cumplimiento de las obligaciones asumidas?*, en JA 2007-IV-49.

Vigneau, Vincent et Bourin, Guillaume, *Droit du surendettement des particulier*, Paris, ed Litec, 2007.

Zampini, Nélide I., *Sobreendeudamiento del consumidor*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II pág. 429. ♦

RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES Y DEL ESTADO-JUZGADOR POR DAÑOS DERIVADOS DE ERRÓNEA ACTIVIDAD JUDICIAL

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Precisiones previas: se trata de responsabilidad civil extracontractual y existe una pluralidad de responsables indistinta. — III. Los casos más comunes: condenaciones y detenciones preventivas erróneas. — IV. Responsabilidad de los jueces por su hecho propio. — V. La responsabilidad del Estado Juzgador.

I. Introducción

Habremos de comenzar recordando que los administrativistas apuntan, ante todo, a que la aceptación de la responsabilidad del Estado, cuando el mismo desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición, ya que originariamente se sostenía la irresponsabilidad del mismo como principio general. Ab initio al Estado soberano se lo consideraba irresponsable salvo en los casos especialmente contemplados por la ley; atento que, se decía, el mismo no puede causar daños (*the king can do not wrong*), o, en todo caso, que tenía relativamente muy pocas posibilidades de poderlos ocasionar.

A su vez, como lo recuerda Sagarna: “De las tres funciones estatales típicas, la judicial fue la última en reconocer la responsabilidad por los actos

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 26 de junio de 2008.

por ella emanados” (1). Aunque todavía hoy ello no sería del todo así, especialmente en el derecho anglosajón que ha seguido sosteniendo la inmunidad de los magistrados judiciales y aún la de los propios abogados; al punto que todavía en 1969 la Cámara de los Lores (máximo tribunal de alzada) en el juicio “Ronday vs. Wondey” (2), en un juicio entablado contra un abogado por su anterior actuación en un proceso penal, resolvió que el letrado tiene inmunidad por razones de orden público, frente a los reclamos de sus antiguos clientes, atento la negativa incidencia que ello podría tener para el buen funcionamiento del servicio de justicia, “la administración de justicia exige que los abogados sean capaces de desempeñar su deber frente al tribunal, sin la amenaza de un mal mayor—sin miedo— y de manera independiente”. Agregando Sagarna que: “En la actualidad, se acepta mayoritariamente la responsabilidad judicial proveniente de actos ilícitos, y en algunos supuestos muy específicos de los lícitos...”.

Pero lo cierto es que lo ideal es, como lo señalara Morello, que “*Abogados 'jueces' y abogados profesionales, deben responder por los daños originados en su obrar con culpabilidad*” (3).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria de nuestro país admite hoy que la responsabilidad del estado por actividad jurisdiccional es de carácter excepcional, puesto que, como lo señala Cassagne: “En esta parte del derecho de la responsabilidad estatal se enfrentan varios principios antagónicos. De una parte, se encuentran los derechos de los afectados—puntualmente los que han sido privados de su libertad personal—. Sin embargo, de cara a estos derechos existen otros principios cuya dimensión de peso resulta proporcionalmente mayor, habida cuenta de que representan el interés de la comunidad en mantener ciertas cargas—como la de soportar el funcionamiento regular de la justicia— con el objeto de que esas cargas o privaciones que todos los ciudadanos deben asumir no resulten gravosas para el propio Estado, cuyos recursos provienen, en definitiva, de la

(1) SAGARNA, Fernando Alfredo, “La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas”, LA LEY, 1996-E, 890.

(2) The Law Reports 1969-I-191.

(3) MORELLO, Augusto Mario, “La profesión de abogado”, Ponencia a la IX Conferencia Nacional de Abogados de San Francisco (Pcia. de Córdoba), 3 al 7 de octubre de 1979, en MORELLO, Augusto Mario - BERIZONCE, Roberto, “Abogacía y colegiación”, Bs.As., Hammurabi, 1981, p. 37, § 11.

masa de ciudadanos” (4). Agregando este mismo autor que: “en toda comunidad jurídicamente organizada todos sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable. Este deber se concreta, muchas veces, en el sacrificio que tiene que aceptar todo particular —sin indemnización— de soportar los daños que le provoca el sometimiento al proceso, hasta tanto obtenga una sentencia que haga lugar a su pretensión. Ello constituye un principio general del derecho cuyo fundamento reposa en la justicia legal o general, que es la especie de la justicia que establece los deberes de las partes con el todo social. Por esta causa, la restitución, de haber daños a los particulares, no puede sino constituir un supuesto excepcional, aun cuando el ejercicio de la actividad jurisdiccional cause perjuicios especiales a los particulares, ya sea que éstos provengan de la actividad jurisdiccional legítima como de sentencias judiciales que después son anuladas por otro tribunal de instancia superior” (5).

II. Precisiones previas: se trata de responsabilidad civil extracontractual y existe una pluralidad de responsables indistinta

Ahora bien, el tratamiento específico del tema requiere a su vez de algunas precisiones previas.

a) *Responsabilidad civil extracontractual.* Ante todo se trata de una responsabilidad extracontractual, ya que las partes litigantes no pueden elegir a su gusto y arbitrio a quienes habrán de juzgarlos, sino que ello resultará de las normas sobre jurisdicción y competencia de los tribunales, dictadas por el propio Estado, las que habrán de determinar quien o quienes serán el o los jueces de la causa. Amén de que muchas veces alguien se ve involucrado en una litis, penal o civil, contra su voluntad.

El término de prescripción de la respectiva acción indemnizatoria habrá de ser pues el de dos (2) años del art. 4037 del Cód. Civil, el cual recién comienza a correr desde el momento en que al litigante dañado le ha quedado expedita su acción, lo que no sucede hasta tanto no exista una

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, “El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites” en LA LEY, 2002-A, 484.

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho administrativo”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991, T° I, p. 303.

resolución que reconozca la existencia de la “falla” judicial, sea del propio juez, o del superior que revoque el acto lesivo.

b) *Existencia de una pluralidad de responsables indistinta.* Además, en esta responsabilidad existe ab initio una pluralidad de responsables.

Por un lado, ante todo, el juez o funcionario judicial, o sea una persona física, que pueda ser tenida como autor directo del daño, por su obrar culposo contra derecho; ya que no cabe pensar que pueda excluirse de toda responsabilidad al causante material del perjuicio.

Y de otra el propio Estado-Juzgador, ya que el Poder Judicial es uno de los tres “Poderes” del Estado, tratándose entonces de una persona jurídica de carácter público (art. 33 inc. 1° del Código Civil), que causa daños al dictar o realizar actos judiciales.

En efecto, después de la reforma de la ley 17.711/68 (Adla, XXVIII-B, 1810), el artículo 43 del Código Civil quedó redactado de la siguiente manera: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”* (Título 9 de la Sección Segunda de Libro II). Dicho nuevo artículo 43 establece la responsabilidad de las “personas jurídicas” en términos generales y sin calificativos, por lo que comprende entonces a todas ellas, es decir tanto a las de carácter público, como privado, mencionadas en el nuevo artículo 33 del Código Civil; dado que según un conocido aforismo romano: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*(6).

Pero sucede a la vez que la persona jurídica, que no es por cierto un ser humano sino un ente ideal, conformado a su vez por un conjunto de hombres; no puede por ende actuar por sí misma, sino que debe necesariamente hacerlo, siempre, por medio de sus representantes o agentes; por lo cual ha podido decirse con acierto que: *“Si es posible que las personas jurídicas respondan por daños y perjuicios, tiene que serlo, necesariamente, por el hecho ajeno, o sea, por el de las personas físicas que concurren a la realización de los fines de la entidad; porque ésta no puede,*

(6) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Ley 17.711: reforma del Código Civil”, en J.A. 1968-V, p. 682, n° 3.

partiendo de su incapacidad de hecho y de la distinción entre la persona jurídica y sus miembros, resolver ni ejecutar por sí misma acto alguno” (7). Para realizar su vida la persona jurídica se sirve de representantes y agentes: los unos obran a nombre de aquélla, desarrollan su voluntad al servicio de un fin preordenado por el ente, desempeñan un cargo; los otros son meros instrumentos materiales de ejecución destinados a realizar la voluntad de aquélla. Pero ya sea de los unos o de los otros, la persona jurídica está obligada a soportar las consecuencias de los actos realizados en el círculo de las funciones que se les asignara (8). Y por ello es que, así como la persona jurídica debe responder de los actos ilícitos de sus gerentes o administradores, “con mayor razón será responsable... de los actos de sus agentes o auxiliares. En todos estos actos se trata en rigor de responsabilidad indirecta, o por el hecho de los representantes o empleados, pero prácticamente esto no importa, porque la extensión y el contenido de la responsabilidad es la misma, sólo que en el caso, además de la responsabilidad jurídica para con los terceros, concurre también la responsabilidad individual del agente para con el cuerpo moral” (9). Por todo lo cual forzoso es concluir que la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus dependientes, se rige también por los mismos principios que la responsabilidad por el hecho de sus administradores o directores; o sea, que responden siempre por el hecho ilícito de las personas físicas que concurren a la realización de los fines de la entidad, sean éstas funcionarios, representantes, agentes o empleados (10).

Ahora bien la acción indemnizatoria puede ser intentado indistintamente contra uno cualquiera de aquéllos: el Estado o el Juez o funcionario judicial, o contra todos. De manera que el damnificado vendrá a tener frente a sí a dos (o más) legitimados pasivos: el Estado y el funcionario judi-

(7) AGUIAR, Henoch D., “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”, Bs. As., TEA, 1950, T° III, p. 140, n° 166; Cfr. SCBA, 2-6-59, “Marchesini c. Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1959-VI-447.

(8) FERRARA, Francisco, “Teoría de las personas jurídicas”, trad. de la 2ª ed. italiana de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Ed. Reus SA, 1929, p. 823, n° 124; BARCIA LÓPEZ, Arturo “Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos”, 2ª ed., Bs. As., Valerio Abeledo, 1922, p. 432 y ss.

(9) FERRARA, “Teoría de las personas jurídicas” cit., p. 824, n° 124.

(10) FIORINI, Bartolomé, “El servicio militar, el derecho administrativo y daño por “faute de service”, nota en LA LEY, 152-349 y ss.; Cám. Nac. Civil, sala F, 21-8-73, “Corvalán de Salinas c. Gobierno Nacional”, LA LEY, 152-351; J.A. 20-1973-351 y E.D. 51-744; CSN, 11-4-75, “Corvalán de Salinas c. Gobierno Nacional”, E.D. 61-570.

cial directo causante material del perjuicio con su obrar; siendo las obligaciones de éstos “concurrentes”, “conexas” o “*in solidum*”, atento que todos ellos resultan indistintamente obligados por el todo de la misma prestación: la indemnización del perjuicio. Tratándose en suma de dos deudas independientes entre sí pero con relación al mismo acreedor, y entre las que media además la conexión resultante de referirse ambas a un idéntico objeto: el resarcimiento del mismo daño (11).

Nos hallamos pues en presencia de una suerte de responsabilidad colectiva, generadora de varios *debitums* que, pese a no ser solidarios, de todas maneras importan para el acreedor la posibilidad de poder reclamar la totalidad de lo adeudado, de uno solo, cualquiera, de los distintos obligados (12). Y de tal forma, el damnificado podrá demandar el total de la indemnización contra uno u otro, o contra ambos, aunque quedando en claro que una vez obtenida la reparación plena de uno de ellos, ya no podrá perseguir al otro; o a la inversa, que de haber accionado solamente contra uno de ellos y no haber obtenido la reparación integral de sus

(11) BUSSO, Eduardo B., “Código civil anotado”, Bs. As., EDIAR, 1955, t. V, ps. 17 y ss., n.ºs. 14 y ss. y p. 91, n.º 32; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Bs. As., Perrot, 1970, T.º II, p. 594, n.º 1287; REZZÓNICO, Luis María, “Estudio de las obligaciones”, 9a. ed., Bs. As., Depalma, 1961, t. 1, p. 621; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Régimen de las obligaciones concurrentes, en nuestro derecho privado positivo” en “Zeus”, Rosario, T.º 11, Secc. Doctrina, ps. 7 y ss.; ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, “Derecho civil. Obligaciones”, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1947, t. I, p. 438, n.ºs. 90-93; LARENZ, Karl, “Derecho de las obligaciones”, trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, T.º I, p. 517; VON TUHR, Andreas, “Tratado de las obligaciones”, trad. de W. Roces, Madrid, Reus, 1934, T.º II, ps. 259 y ss., y 284 y ss.

(12) ANDORNO, Luis Orlando, “La responsabilidad civil y la obligación in solidum” en J. A. Doctrina 1972, p. 430, n.º 2; BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Bs. As., La Ley, 2008, t. I, ps. 458 y sigte., n.º 580; BUSSO, “Código Civil anotado” cit., t. V, p. 96, n.º 58; LLAMBIAS, “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., t. II, ps. 594 y ss., n.ºs. 1287 y ss.; SAFONTÁS, Simón P., “Cuasidelitos. Responsabilidad in totum” en el N.º 3 de la Revista “Jus”, La Plata, Ed. Platense, ps. 32 y ss.; SPOTA, Alberto G., “El dependiente y el principal como obligados indistintos en la responsabilidad por acto ilícito”, en J.A. 1953-III, p. 438; JOSSERAND, Louis - BRUN, André, “Derecho civil”, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Bs. As., E.J.E.A., 1953, t. 2, vol. 1, p. 618, n.º 771 bis; MAZEAUD, Henri y Léon - 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, Bs. As., E.J.E.A., 1962, t. 2, vol. II, ps. 595 y ss., n.ºs. 1961 y ss.; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, “Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol”, trad. de Delia García Daireaux, Bs. As., ed. La Ley, 1965, t. V, p. 542, n.º 1838.

perjuicios, podrá intentar el cobro del saldo insoluto de su crédito contra el otro coobligado (13).

No obstante existen notorias diferencias entre las obligaciones “solidarias” y las “concurrentes o indistintas”, lo que se pasa a considerar a continuación:

a) La obligación solidaria es una sola, las concurrentes son varias —dos o más—, que se conectan por la circunstancia de tener idéntico objeto y existir en favor del mismo acreedor.

b) En las solidarias, una vez efectuado el pago de la obligación por cualquiera de los codeudores, van a existir entre ellos relaciones internas de “contribución”, ya que cada uno sólo estaba obligado, en definitiva, a su parte y porción —arts. 716, 717 y concordantes del Código Civil (14)—; razón por la cual el solvens puede luego recuperar el desembolso por él efectuado en todo cuanto excediese de su respectiva cuota-parte obligacional, mediante acciones de regreso contra sus coobligados: sea por la vía del pago con subrogación —art. 768 inciso 2° del Cód. Civil—, o por la del mandato —arts. 727, 1949, 1950 y concordantes del mismo Código—, o, en su caso, por la de gestión de negocios —arts. 727, 2288, 2298 y concordantes del mismo Código—.

En cambio en general ello no sucede en las obligaciones “concurrentes”, en las que quien paga la deuda debe a veces soportarla íntegramente, cuando era el verdadero responsable de la misma, o por el contrario puede en otros casos procurar el reintegro total de lo por él abonado; así, en el supuesto de un incendio provocado del que es víctima alguien asegurado contra ese siniestro, si el damnificado hubiese sido indemnizado por la compañía aseguradora, ésta podrá luego perseguir el reintegro total de lo pagado contra el autor del hecho ilícito dañoso, por aplicación de los principios del pago con subrogación —arts. 80 de la ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677); y 767 y ss. del Cód. Civil—, en tanto que si se hubiese cobrado el resarcimiento directamente del incendiario, como éste era en realidad el único responsable, deberá soportar todo el peso de esa deuda,

(13) Cám. Nac. Civil, Sala E, 4/4/95, “Oksemtiuk c. Sanatorio y Policlínico del Norte SA”, J.A. 1998-III, síntesis; Cám. Civ. Com. Rosario, Sala IIª, 16/12/97, “D., C. A. c. S. B., S.A.”, LA LEY, 1998-F, 852 (40.994-S) y LL Litoral, 1998-2-177.

(14) BUSSO, “Código Civil anotado” cit., t. V, ps. 18, n° 16 y 92, n° 34.

careciendo por supuesto de ninguna acción contra la compañía aseguradora. Siendo algo similar lo que ocurre cuando el principal o comitente indemniza los daños causados por el hecho ilícito cometido por su dependiente, en cuyo caso tendrá acción recursoria contra este último y por el total de lo que hubiese abonado —art. 1123 del Cód. Civil— (15).

c) En las obligaciones solidarias los efectos de la prescripción operada en favor de un deudor o la interrupción producida en su contra, se propagan masivamente a los demás coobligados —arts. 713 y 3.994 del Cód. Civil—; lo cual no ocurre en las obligaciones “concurrentes”, en las que, por tratarse de obligaciones independientes entre sí, los efectos de la interrupción actúan separadamente para cada obligado, afectando únicamente a aquel contra quien se hubiese producido (16). Es más, por tratarse de obligaciones distintas, también puede ser diferente el término de la prescripción de cada una de ellas; tal como ocurre verbigracia, en el supuesto de una inejecución contractual concretada con la participación de un tercero cómplice, como sucede en la cesión de una locación o en las sublocaciones, cuando ellas estaban prohibidas, en las que la prescripción de la obligación de indemnizar a cargo del cocontratante que no cumplió es la decenal, ordinaria, del art. 4023 del Código Civil, en tanto que la prescripción de la responsabilidad extracontractual del tercero cómplice, es la de dos años establecidos por el art. 4037 del mismo Código (17); y

d) Con la salvedad del pago, existen también diferencias en punto a otros medios extintivos de las obligaciones. Pues en efecto, siendo la misma la prestación debida, es claro que una vez satisfecha aquélla integralmente por cualquier de los deudores, el acreedor queda totalmente desin-

(15) BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T° I, p. 459, n° 580; BUSSO, “Código Civil anotado” cit., T° V, p. 92, n° 34; LLAMBÍAS, “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T° II, p. 597, n° 1289; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Régimen de las obligaciones “concurrentes” en nuestro derecho privado positivo” en “Zeus”, t. 11, Secc. Doctrina, ps. 8 y sigte., n° III-b).

(16) BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T° I, p. 459, n° 580; BUSSO, “Código Civil anotado” cit., T° V, p. 92, n° 34; LLAMBÍAS, “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T° II, p. 597, n° 1289; TRIGO REPRESAS, “Régimen de las obligaciones “concurrentes” en nuestro derecho privado positivo” cit. en “Zeus”, t. 11, Secc. Doctrina, p. 9, n° III-c).

(17) Cám. Nac. de Paz en pleno Cap. Fed., 7/7/70, “Instituto Paul Hnos. c. Castagna”, J.A. 7-1970, p. 229 y E.D. 33-139; Cám. 1a. Civ. Com. La Plata, Sala 3a., 16/6/66, “Vaamonde de Marino c. Coretti”, J.A. 1966-VI, Sección Provincia, p. 41.

teresado y cesa su derecho para pretender otro cobro de los restantes obligados (18).

Pero la situación varía cuando se trata de otros medios extintivos. Así, si bien “la novación, compensación o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación” solidaria —art. 707 Cód. civil—; no sucede lo mismo con las obligaciones “concurrentes”, con relación a las cuales por ejemplo, si el acreedor hiciera remisión de la deuda a uno de sus obligados conexos, ello quizá no alteraría para nada la situación del otro, tal como sucede si el damnificado renuncia a perseguir la reparación contra el civilmente responsable, lo que por si solo no puede obviamente afectar su derecho para obtener la misma del autor material del daño (19).

Siguiendo tales lineamientos doctrinarios, en el Proyecto de Reforma de 1993, preparado por la comisión designada por Decreto del Poder Ejecutivo nacional n° 468/92 (Adla, LII-B, 1641), se propiciaba incorporar a esta categoría de obligaciones “concurrentes”, “indistintas” o “conexas” al articulado del Código Civil, sometiéndolas a un régimen del tenor del expuesto precedentemente. Tal Proyecto, en efecto, se ocupaba de este nuevo tipo obligacional en un único texto, el art. 776, que decía: “Las obligaciones concurrentes o indistintas producirán los mismos efectos que las solidarias, con las siguientes excepciones: 1) La novación, compensación o remisión de la deuda hecha a cualquiera de los obligados, la mora de cualquiera de ellos y la interrupción y suspensión de la prescripción en contra de uno de los deudores, no producen efectos expansivos respecto de los otros codeudores. 2) La acción de repetición del deudor que pagó la deuda contra los codeudores concurrentes se rige por las relaciones causales que originaron la concurrencia” (20).

Y por otra parte, de ser el Estado quien pague la indemnización, en la medida en que estaría respondiendo por un daño causado por el hecho de otra persona, física, en principio siempre podría después intentar la

(18) LLAMBÍAS, “Tratado... Obligaciones” cit., t. II, ps. 595 y ss., n° 1287 y 598, n° 1289-f).

(19) BORDA, “Tratado... Obligaciones” cit., t. I, p. 459, n° 580; LLAMBÍAS, “Tratado... Obligaciones” cit., t. II, p. 598, n° 1289 y nota 242.

(20) “Reformas al Código Civil”, Bs. As., Astrea, 1993, p. 145.

acción recursoria del art. 1123 del Código Civil, para “*repetir lo que hubiese pagado*” contra quien materialmente hubiese causado el daño.

III. Los casos más comunes: condenaciones y detenciones preventivas erróneas

Obviamente que los casos más graves de errores judiciales y que por ello han merecida mayor atención, son aquellos en los que se ha visto afectada, injustificadamente, la libertad de las personas, por detenciones preventivas y condenas erróneas en sede penal.

Sobre el respecto puede agregarse que, en dos de los “Pactos” incorporados con “jerarquía constitucional” en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional de 1994, existen normas expresas sobre este derecho a indemnización. Uno es el art. 10 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”, que dice: “*Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial*”; y el restante es el art. 14 inc. 6° del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” que reza: “*Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido*” (21).

Esta cuestión ha sido muy debatida por la doctrina. Estando los que niegan la posibilidad de reclamar indemnización a quienes estuvieron privados de su libertad como medida cautelar en un proceso penal y luego fueron absueltos o sobreseídos, tales: Altamira Gigena, Escola y Maiorano en nuestro país (22), y también Duguit y Rivero en Francia (23).

(21) BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2006, T° II, p. 1182, n° 385.

(22) ESCOLA, Héctor J., “Compendio de Derecho Administrativo”, Bs. As., Depalma, 1984, T° VII, p. 1140, MAIORANO, Jorge Luis, “Responsabilidad del estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, LA LEY, 1984-D, 986.

(23) DUGUIT, Léon, “Traité de Droit Constitutionnel”, 3ª ed., Paris, Ancienne Librairie Fontembing, 1924/30, T° 3, ps. 540 y 542-43.

Mientras que mayoritariamente se reconoce, aunque con diferente extensión y alcances según los distintos autores, el derecho al resarcimiento de los detenidos preventivamente, luego de ser absueltos o sobreseídos, invocándose como fundamento el principio de la igualdad de las cargas sociales ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional): Bidart Campos, Cassagne, Diez, Gherzi, Hitters, Kemelmajer de Carlucci y Parellada, Sargana y Semon (24) en nuestro país y Waline (25) en Francia; siendo ésta la postura que también compartimos (26).

Por otra parte, diversas constituciones provinciales del país, reconocen la responsabilidad estatal derivada de mantener a una persona en prisión preventiva, si el imputado luego resulta sobreseído definitivamente o absuelto por sentencia firme. En este sentido pueden mencionarse a las Constituciones de: Chaco (arts. 21 y 72), Chubut (art. 28), Entre Ríos (art. 23), Formosa (art. 19), La Pampa (art. 11), Mendoza (art. 48), Neuquén (art. 40), Río Negro (arts. 9 y 23), San Luis (arts. 21 y 22), Santa Cruz (art. 29) y Santa Fe (arts. 9 y 13). Además las Constituciones de Catamarca (arts. 47 y 219) y Misiones (arts. 27 y 80), reconocen la responsabilidad estatal por errores judiciales, con indemnización de daños emergentes de condenas y de su ejecución.

También en varias provincias se contempla el tema de la responsabilidad por prisión preventiva indebida en sus Códigos procesales penales, tales como los de Córdoba (art. 538), Corrientes (art. 523), Entre Ríos (art.

(24) BIDART CAMPOS, Germán, “¿Una posible y audaz elastización (justa) del ´error judicial´ susceptible de reparación?” en E.D. 143-563; CASSAGNE, “Derecho Administrativo” cit., T° I, ps. 248 y sigte.; DIEZ, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Bs. As., Ed. Plus Ultra, 1971, T° V, ps. 170 y ss.; GHERSI, Carlos A., “Responsabilidad el Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de ´privación legítima de la libertad´ y su obligación de reparación del daño individual”, J.A. 1994-I-296 y ss.; HITTERS, Juan Manuel, “Responsabilidad del estado por error judicial”, LA LEY, 2003-F, 1070; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – PARELLADA, Carlos A., “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial” en “Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial”, por ... y Jorge Mosset Iturraspe, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1986, ps. 199 y sigte., n° 6; SARGANA, Fernando, “La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas”, LA LEY, 1996-E, 890; Semon, Juan M., “La reparación a las víctimas de errores judiciales” en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año XX, T° XIX, 1941, p. 82, N° 2 y 3.

(25) WALINE, Marcel, “Droit Administratif”, Paris, Sirey, 1962, p. 910.

(26) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Bs. As., La Ley, 2004, T. IV, p. 171, n° 2.

506), Jujuy (art. 476), La Pampa (art. 549), Mendoza (art. 531), La Rioja (art. 522), Santiago del Estero (art. 443), Tucumán (art. 522).

Y en Santa Fe la ley 7658 de 1976, establece la procedencia de la indemnización, cuando prospere el recurso de revisión interpuesto a favor de una persona condenada por error judicial *excusable* a pena privativa de libertad, de cumplimiento efectivo.

En este sentido existe un caso verdaderamente paradigmático fallado por la Sala IV de la Cámara Nacional Contencioso Administrativa, resolviendo la responsabilidad del Estado por daños, a favor de quien permaneciera detenido tres meses, por una orden gravemente ilegítima de un Juez Federal de Dolores, el Dr. Hernán G. Bernasconi, en causa seguida contra Guillermo Coppola y otros, siendo que dicho Juez fue luego condenado penalmente por integrar una organización dedicada a “inventar” procesos judiciales en base a pruebas fraguadas; dado que así la función judicial constituyó el antecedente necesario del daño causado al actor, atento que sin ella no se hubiese podido ocasionar perjuicio alguno (27).

Asimismo existe otro caso de detención indebida, llevada a cabo por orden de Gendarmería Nacional en la frontera con Uruguay, a una mujer que conducía un vehículo, a quien se le imputara la sustracción del mismo a su propietario, en razón de existir actuaciones abiertas por tal motivo en la justicia penal bonaerense. Había sucedido que el vehículo en cuestión fue recuperado después de haber sido robado, habiendo omitido el juez interviniente notificar a las fuerzas de seguridad la restitución del mismo a su dueño, motivo por el cual seguía pesando sobre el automotor una orden de secuestro. Ello motivó que se detuviera a la conductora, como presunta autora de los delitos de “tentativa de contrabando de exportación y presunto hurto de automotor”, poniéndosela a disposición del Juez Federal de Concepción del Uruguay, quien dispuso luego su libertad. La Corte Suprema responsabilizó a la Provincia de Buenos Aires por la omisión de las autoridades judiciales de la Provincia de levantar el pedido de secuestro, condenándola a indemnizar el daño moral ocasionado a dicha conductora detenida, en un monto de pesos 10.000, que en ese entonces no era tan simbólico (28).

(27) Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 6-12-2005, “Cozza c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”, LA LEY, 2006-C, 386.

(28) CSN, 4-16-95, “De Gandia c. Pcia. de Buenos Aires”, E.D. 165-85 y LA LEY, 1996-D, 79.

Pero la afectación de la libertad de una persona, también puede acaecer en un juicio civil, como sucediera en el caso de una persona que fuera internada por orden judicial, en razón de padecer de una patología psiquiátrica, y que luego demandara contra el Estado por indemnización de daños; aunque tal acción fue sin embargo rechazada, en razón de que su internación había sido dispuesta judicialmente, con fundamento en elementos objetivos: los dictámenes médicos, que convencieron a la Juez de la evidencia del peligro del estado patológico que sufría la internada, amén de que además se dijo que no se demostró el perjuicio concreto que habría podido soportar la accionante y su relación con aquella internación, máxime atento que durante la misma se le dispensó el pertinente tratamiento médico para el tipo de patología que padecía (29).

Ya a nivel internacional se puede mencionar también al fallo del Tribunal Superior de España, Sala I, del 23 de enero de 2005, que condenó a los 11 miembros del Tribunal Constitucional a indemnizar el daño moral sufrido por el actor, al negarse dicho Tribunal a entrar a resolver una petición de amparo (sobre la obligatoriedad de convocar a concurso para cubrir plazas de letrado de dicho Tribunal Constitucional), por la circunstancia de que el pedido se había planteado ante un tribunal que sustituiría a los jueces titulares, a los fines de garantizar “un examen imparcial”, o sea que se requirió que los jueces del Tribunal Constitucional se abstuviesen de conocer en dicha causa, por tener un interés directo en la misma, habiéndose planteado subsidiariamente su recusación. El Tribunal Superior entendió que tal rechazo implicó un “non liquet” inadmisibles, dado que el Código Civil en su art. 1-7 proclama que los jueces y Tribunales deben inexcusablemente resolver los asuntos en que conozcan, o sea que había existido en los hechos una denegación de justicia (30).

Y otro fallo trascendente es el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de Junio de 2006, que condenó a Italia por entender que el hecho de no estar prevista la responsabilidad del Estado por errores judiciales en su ley 117/1988, importaba violación del derecho comunitario europeo, que obsta a que una legislación nacional excluya a priori la res-

(29) Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 9-8-2005, “S. de B., M. del C. c. Estado Nacional”, LA LEY, 2005-B, 181 y RCyS, 2005-1278.

(30) Tribunal Supremo de España, Sala I 23-01-2004, “José Luis c. Magistrados del Tribunal Constitucional”, LA LEY, 2004-E, 282 y RCyS, 2004-1573.

ponsabilidad de un Estado miembro, por daños causados por errores judiciales (31).

IV. Responsabilidad de los jueces por su hecho propio

Habremos de ocuparnos ahora de la Responsabilidad de los jueces por su hecho propio.

Sobre este punto lo primero a considerar es la necesidad o no del desafuero previo del Juez al que se le atribuye haber causado un daño a tercero con un obrar suyo antijurídico.

Hasta la reforma constitucional de 1994 y con invocación de los textos de los arts. 45, 51 y 52 de nuestra Constitución Nacional, la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de la Nación, desde el año 1884 en el caso “Contreras, José Santos c. Juez Nacional de Mendoza” (32), fue siempre la de decidir la necesidad del desafuero del magistrado, como paso previo a toda acción judicial contra el mismo. Habiendo sido reiterado tal criterio, entre otros casos, el 12 de abril de 1994 en “Irurzun” (33) y más recientemente el 23 de mayo de 2006 en “Tortorelli” (34).

Este último caso, que versa en realidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, es particularmente muy interesante: el daño consistió en que una persona no pudo salir del país, en razón de pesar sobre ella una interdicción provocada por la declaración de su quiebra, tratándose en realidad de un homónimo de primer nombre y de apellido; pero además en el hecho dañoso habían intervenido dos jueces: uno provincial, que fue quien decretara la quiebra del homónimo y ordenó las medidas cautelares que fueron la causa del daño; y otro nacional, que a través de su actuación en un juicio ejecutivo individual, al dictar un auto de identidad, posibilitó la confusión de las personas

(31) Tribunal Justicia Unión Europea, 13-6-2006, “Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana”, RSYC, 2006-1504.

(32) Fallos 1:302.

(33) CSN, 12-4-1994, “Irurzun c. Estado nacional-Secretaría de justicia y otro”, LA LEY, 1995-A, 494 y DJ, 1995-2-132.

(34) CSN, 23-05-2006, “Tortorelli c. Pcia. de Buenos Aires y otros”, LA LEY, 2006-D, 345 y RCyS, 2006-515.

en el proceso de quiebra. Además, a su vez la actitud de los magistrados fue diferente: pues el juez provincial declinó expresamente la necesidad del desafuero y se sometió al juicio en el que resultara en definitiva condenado; en tanto que el Juez nacional se opuso a su juzgamiento a través de la defensa de falta de legitimación pasiva, que fue acogida por la Corte Suprema.

Hoy en día, después de la reforma constitucional de 1994, podría pensarse a priori que la situación no ha cambiado mayormente, dado que los primitivos arts. 45, 51 y 52, se reiteran en los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución vigente. Pero con la diferencia de que ya no es facultad de la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a los miembros de los “demás Tribunales inferiores de la Nación”; lo que se ha atribuido por el actual art. 114 inc. 5°, al nuevo organismo del “Consejo de la Magistratura”, el que puede “*decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente*”, cuyo juzgamiento en su caso habrá de corresponder a un “*un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal*” conforme al primer párrafo del art. 115 de la Constitución Nacional de 1994 (35), en cuyo segundo párrafo además se repite con relación a los magistrados de los Tribunales inferiores del país, lo ya establecido en el art. 60 de aquella sobre los efectos de la sentencia de remoción con respecto a los miembros de la Corte Suprema.

O sea que la mayor complejidad actual del proceso de remoción de los jueces inferiores y su presumible mayor duración temporal, bien podría constituirse en un argumento más, puramente pragmático, en contra de la necesidad del previo “desafuero” de los magistrados judiciales, como requisito previo para poderlos demandar por los daños y perjuicios provocados por errores judiciales. Máxime si se tiene en cuenta que, en rigor, nuestra Corte Suprema no se ha expedido aún sobre la cuestión con relación a hechos acaecidos después de la vigencia de la nueva Constitución Nacional de 1994.

Fuera de ello, en la doctrina ius privatista, se habían pronunciado por la necesidad del desafuero previo: Borda, Llambías, Andrada y Sagarna (36).

(35) BADENI, “Tratado de Derecho Constitucional” cit., T° II, ps. 1875 y sigte., n° 625.

(36) BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones” cit., T° II, ps. 512, n° 1648 y ps. 514 y sigte., n° 1652; LLAMBÍAS, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones” cit., T° IV-B, ps. 116 y sigte., n° 2807; Andrada, Alejandro Dalmacio “Responsabilidad de los magistrados judi-

En tanto que los constitucionalistas Sagües y Linares habían propiciado en defensa de la función judicial, un sistema de exclusiva responsabilidad del Estado frente a la víctima, con sólo una eventual posterior acción de regreso del Estado contra el juez (37).

Mientras que otra parte de la doctrina sostenía lo contrario. Así Aguiar afirma que el requisito del previo desafuero viola la igualdad de las partes, por lo que resulta injusto e inconstitucional (38). Kemelmajer de Carlucci ha dicho que tal requisito lleva a que los juicios se tramiten sólo contra el Estado, sin oír al juez a quien se le imputa el error, al que le será inoponible la sentencia que pueda recaer en un ulterior juicio de repetición, agregando que además hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción del magistrado (39). También Mosset Iturraspe ha sostenido lo mismo, haciendo notar que difícilmente se hará lugar a un desafuero, faltando la ilicitud y la culpabilidad a título de dolo o de malicia, o sea que el desafuero, al tornarse una exigencia límite, obsta o impide las acciones de indemnización por daños (40). Siendo esta asimismo la postura de José F. Márquez (41) y lo que igualmente hemos sostenido nosotros con anterioridad (42).

ciales. Derecho Argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana”, LA LEY, 1998-D, 1157; SAGARNA, Fernando A., su comentario al art. 1112 en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” de Bueres (Director) – Highton (Coordinadora), Bs. As., Hammurabi, 1999, T. 3-A, ps. 461 y ss.; ídem “Código Civil comentado y anotado”, Director Santos Cifuentes y Coordinador Fernando A. Sagarna, La Ley, Bs. As., 2003, T. I, p. 885.

(37) SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Sobre la responsabilidad de los jueces”, La Ley Online visitada el 6 de junio de 2006, según cita de: MÁRQUEZ, José P., “Responsabilidad de los jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial” en RCyS, 2006-513 y nota 12; LINARES, Juan Francisco, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, LA LEY, 153-601.

(38) AGUIAR, “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley” cit., Tº II, ps. 462 y ss.

(39) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El deber de los jueces de reparar el daño causado” en Nº 9 de la “Revista de Derecho de Daños”, año 2000, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 124.

(40) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Responsabilidad del Estado por errores judiciales” en “Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial”, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos A. cit., especialmente ps. 206 y ss., nº 5.

(41) MÁRQUEZ, “Responsabilidad de los jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial” cit., en RCyS, 2006-513 y ss., nº III.

(42) TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad Civil” cit., Tº IV, p. 183.

Por su parte la Constitución de la Provincia de Córdoba, reformada en 1987, otorga competencia al Tribunal Superior de Justicia para conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno: "*De las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados y funcionario del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones, sin necesidad de remoción previa*" (art. 165 inc. 1°, apartado d).

Y el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, proponía como texto de su art. 1677: "Alcances. Los agentes públicos tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. *Para requerírsela no son necesarios ni la determinación previa de su responsabilidad administrativa ni, en su caso, su desafuero*".

Fuera de lo expuesto, los presupuestos de la responsabilidad civil de los Jueces han de ser, a priori, los mismos de toda responsabilidad, o sea que deberán concurrir los cuatro recaudos clásicos de: un obrar contrario a derecho, que infringe deberes jurídicos de conducta impuestos por el ordenamiento jurídico (antijuridicidad o ilicitud); que además ocasiona o provoca un daño a otro; la relación o nexo de causalidad entre aquel hecho y el referido perjuicio; y un factor de atribución de la responsabilidad, que el ordenamiento considere suficiente para sindicar o señalar, con fundadas razones, a quien o quienes considere como responsables (43). En este sentido bien se ha dicho que: "El sesgo ordinario que derive de la aplicación de la 'falta de servicio' no obsta a que se deba tener presente a los restantes presupuestos que hacen procedente la responsabilidad en este campo: el daño o perjuicio, la relación de causalidad directa e inme-

(43) En la doctrina nacional: ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 158, n° 371 y p. 689, n° 1691; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones" cit., t. II, p. 240, n° 1309; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 108, n° 170; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", de Augusto C. Belluscio (Director) y Eduardo A. Zannoni (Coordinador), Bs. As., Astrea, 1984 t. 5, p. 27 y sig., art. 1067, § 1; ídem "Daños causados por abogados y procuradores" en J.A. 1993-III, ps. 707 y ss., n° II y ss.; LLAMBÍAS, "Tratado de derecho civil. Obligaciones" cit., t. III, p. 611, n° 2205; REZZÓNICO, Luis María, "Estudio de las obligaciones", 9ª ed., Bs. As. Depalma, 1961, t. II, p. 1242; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. "Responsabilidad civil del abogado", Bs. As., Hammurabi, 1991, ps. 51 y sig., § 10-a); VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "Responsabilidad por daños (elementos)", Bs. As., Depalma, 1993, ps. 111 y ss., n° 9. En el extranjero: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, "Teoría de las obligaciones", Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1934, p. 129, n° 80; AMÉ-

diata entre el accionar estatal y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente el daños a la persona jurídica Estado, al que pertenece el órgano que lo ocasionara. Con respecto a los recaudos mencionados, también cabe observar que una de las situaciones más reiteradas en la jurisprudencia es la falta de relación causal adecuada entre la irregular prestación del servicio judicial y el daño invocado. Este quiebre de la causalidad ha llevado, en ocasiones, a atenuar la indemnización (caso ‘Bodegas y Viñedos Giol’ y ‘Bisi’); en otras, directamente a rechazar la demanda (Casos ‘Bareco’ y ‘Odetti’). En definitiva, la conclusión que surge de los fallos comentados es la consolidación de tendencias positivas en esta área de la responsabilidad estatal” (44).

Pero en estos casos hay además otras exigencias:

1º) Ante todo algo así como una adaptación del requisito del factor de atribución, ya que debe tratarse de una violación legal grave, determinada por dolo o por negligencia inexcusable; lo que excluye cualquier actividad de interpretación de las normas de derecho y las referidas a la valoración de los hechos y de las pruebas; o sea que lo opinable queda fuera de esta responsabilidad.

En este sentido ha dicho el Tribunal Supremo de España que: “el error judicial no es la equivocación opinable, que unas personas reconocen y otras pueden no hacerlo con argumentos razonables, sino que el error judicial es aquella disparatada solución que cualquiera advierte desviada del sentido común y que llama la atención a simple vista” (45).

Entre nosotros se ha sostenido que el error judicial es todo acto realizado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con

ZAGA, Juan J., “Culpa aquiliana. Lecciones del curso de derecho civil”, Montevideo, Escuela Nac. de Artes y Oficios, 1914, p. 18; HEDEMANN, J. W., “Derecho de las obligaciones”, trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1958, p. 512, n° 63; PEIRANO FACIO, Jorge, “Responsabilidad extracontractual”, Bogotá, ed. Temis, 1979, p. 233, n° 126; SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil”, 2ª. ed., Madrid, ed. Montecorvo, 1977, ps. 23 y sigte., n° I; etc.

(44) CAPUTI, María Claudia, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso ‘Amiano’)”, LA LEY, 2000-C, 750.

(45) Trib. Supremo, Sala 3ª, Sec. 2ª, 19-4-02, ponente Dr. Rodríguez Arribas, Sist. Infom. El Derecho (España), caso 2002/18390.

los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar. Es un verdadero acto ilícito o contrario a la ley (46); o una grave equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos inexistentes (47).

2°) Que se hubiesen agotado todos los recursos ordinarios. En efecto, el acto atacado como erróneo ha dicho nuestra Corte Suprema, debe haber sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previsto a ese fin en el ordenamiento (48).

O sea que no debe poder ser revertido por las vías judiciales comunes. Habiendo resuelto en este sentido el Tribunal Superior de Córdoba, que es improcedente la demanda por responsabilidad civil contra un magistrado, por su actuación en una causa en perjuicio del actor, si el hecho que funda la pretensión —en la especie una subasta errónea de un bien—, se halla pendiente de decisión judicial, ya que *interin* no existe daño consumado (49).

3°) Que los actos o decisorios considerados erróneos o arbitrarios, no deben haber sido consentidos por las partes, puesto que en este caso no cabría un reclamo posterior. Así en el mismo caso antes mencionado se resolvió que era improcedente la demanda por responsabilidad civil contra un magistrado, por su actuar perjudicial al actor respecto de ciertos actos consentidos en el desarrollo del proceso —en el caso entrega de la posesión al adquirente en la subasta cuestionada—, pues ello le impide agravarse con posterioridad por considerarlos lesivos a sus intereses (50).

(46) Bustamante Alsina “Responsabilidad del Estado por error judicial” en LA LEY, 1996-B, 314; HITTERS, Juan Manuel, “Responsabilidad del estado por error judicial”, LA LEY, 2003-F, 1070.

(47) MAIORANO, Jorge Luis, “Responsabilidad del estado por errores judiciales, otra forma de proteger los derechos humanos”, LA LEY, 1984-D, 985.

(48) CSN, 11-4-2000, “Larocca, Salvador R. c. Pcia. de Buenos Aires y otro”, LA LEY, 2000-E-687.

(49) TS Córdoba en pleno, 28-11-00, “O., M.E. c. B. de B., A. M.”, LLC, 2001-423.

(50) TS Córdoba en pleno, 28-11-00, “O., M.E. c. B. de B., A. M.”, LLC, 2001-423. En igual sentido: Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala III, 11-8-92, “Ferrari c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia”, LA LEY, 1993-A-484; *íd.* Sala IV, 3-8-2000, “Berdun c. Poder Judicial de la Nación”, LA LEY, 2001-C-273.

4°) Por último, la sentencia errónea que se reputa generadora del daño, debe haber sido en definitiva revocada, pues errónea o no, mientras se halle en vigencia no puede dar derecho a reclamo alguno. Nuestra Corte Suprema ha resuelto que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial, en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto (51), pues antes de este momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, impide, en tanto se mantenga, se pueda juzgar que hay error; lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños vendría a constituir un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley (52).

Pero además se ha hablado de responsabilidad del Estado-juzgador por el funcionamiento irregular o anormal del Poder Judicial, por errores “*in procedendo*” cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia, que individualmente o en conjunto, concurren a la defectuosa prestación del servicio de justicia. Lo cual engloba a un conjunto de supuestos de contornos difusos, que atañen al desenvolvimiento del poder judicial. Habiéndose inclusive dicho por Berizonce, que: “debe admitirse, igualmente, la responsabilidad civil objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional, aplicable en los supuestos objetivos de *falta de servicio* que resultan de retardo frustratorio de la garantía del debido proceso”, además de los casos de ‘error judicial’; como así que: “esta doctrina de la responsabilidad del Estado, sustentada en la idea objetiva de la *falta de servicio*, comprensiva aún de la actividad lícita pero desviada o defectuosa que causa perjuicio, ha sido recientemente aplicada a la actividad jurisdiccional por los tribunales argentinos con sustento en la norma del art. 1112 C.C.” (53).

Todo lo cual, aun dentro del marco tradicional de la doctrina restrictiva de la responsabilidad civil de los jueces, sin vulnerar la independencia y

(51) CSN, 19-10-95, “Balda c. Pcia. de Buenos Aires”, LA LEY, 1996-B, 312 y DJ, 1996-1-993.

(52) C.S.N., 29-10-96, “Egües c. Pcia. de Bs. As.”, LA LEY, 1998-A, 116; Cám. Nac. Fed. Civ. Com., Sala I, 21-10-93, “V., J. y otros c. Ministerio del Interior”, E.D. 157-553; Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 3-8-2000, “Berduin c. Poder Jud. Nación”, LA LEY, 2001-C-273.

(53) BERIZONCE, Roberto O., “El contralor de la labor jurisdiccional del Poder Judicial”, en “Anales” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, T° 30, 1987, ps. 14, n° 3 y 18, n° VII-D.

libertad de conciencia imprescindibles para el recto ejercicio de su misión, posibilita la sanción del ‘cumplimiento irregular’, que supone la omisión culposa del deber básico de administrar justicia en los plazos legales.

V. La responsabilidad del Estado Juzgador

Finalmente habremos de referirnos a la responsabilidad civil del Estado-Juzgador, que encuadra claramente dentro de la previsto en el art. 1112 del Código Civil: “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título*”; aludiéndose al Título 9, de la Sección Segunda, del Libro II, dedicado a la responsabilidad, extracontractual, que nace de “los hechos ilícitos que no son delitos”.

Y debemos señalar ante todo, que tratándose de una responsabilidad por el hecho de otras personas (las que pueden ser órganos o funcionarios del Estado, o bien dependientes o subordinados del mismo), la responsabilidad del Estado sólo podría existir en principio, siempre que medie asimismo una responsabilidad del juez directamente interviniente, puesto que si la conducta de éste fue lícita, o siendo contraria a derecho no le era imputable, desaparece el fundamento de la responsabilidad civil por el hecho ajeno (54).

Pero en el caso “Tortorelli c. Pcia. de Buenos Aires” (55), la Corte Suprema Nacional condenó al Juez de la quiebra por su propia negligencia, a la

(54) Este criterio es pacíficamente aceptado, cuando se trata de la responsabilidad de sanatorios o establecimientos asistenciales, que requiere sine qua non una responsabilidad directa de los médicos y/u otro personal interviniente (BELLUSCIO, Augusto C. “Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, en LA LEY, 1979-C, p. 22, n° 4; BUERES, Alberto J. “Responsabilidad civil de los médicos”, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1992, T° 1, ps. 347 y ss., § 25; BUSTAMANTE ALSINA, “Responsabilidad de los médicos en el ejercicio de su profesión” en LA LEY, 1976-C, ps. 67 y ss. y en “Responsabilidad civil y otros estudios”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, p. 452, n° III; VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A. “Responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médica sanitaria” en el tomo 70 de “Zeus”, diario n° 5375 del 5/3/96, p. 6, 2da. columna; Cam. Nac. Civil, sala F, 24/8/82, “Bernal c. Direcc. Bienestar Armada”, E.D. 102-331; ídem Sala K, 10/5/98, “C. T. de A., A. I. c. Baimi”, D. J. 1999-2-420; S.C.B.A., 15/11/94, “S., A. S. c. O.S.P.I.N. C.O.C.M.S.F.”, E.D. 165-682; Cám. Civ. Com. Azul, 15/12/98, “M. de F. M., C. c. C., P.”, LLBA, 1999-473; Cám. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 2/9/97, “Zapatero c. Alberti”, LLBA 1998-793; etc.

(55) C.S.N., 23-05-2006, “Tortorelli c. Provincia de Buenos Aires y otros”, LA LEY, 2006-D, 345 y RCyS, 2006-517.

Provincia de Buenos Aires, por la conducta del magistrado (considerando 11), “en tanto la actuación de aquel tiene aptitud para comprometer la responsabilidad de esta última (art. 1112 del Código Civil), y al Estado Nacional por los defectos propios del servicio” (Considerando 13). O sea que aplicó en el caso la doctrina de la “falta o falla de servicio” en la prestación del servicio de justicia, para fundar *una responsabilidad directa del Estado*, y no refleja por el hecho de sus funcionarios o agentes (56); lo que sin duda abre expectativas más amplias.

Ya se había señalado con relación al sistema de la responsabilidad del Estado, sobre la base de un minucioso análisis de diversos fallos de nuestros tribunales, que: “La tendencia más firme que resulta de la decena de fallos citados, y verdadero común denominador de todos ellos, es el empleo de la noción de ‘falta de servicio’ como factor de atribución de la responsabilidad estatal. Unas de las consecuencias de esto es, ... despojar a la responsabilidad por irregular funcionamiento de los órganos judiciales de las notas excepcionales que rodean a la temática del Estado-juez” (57).

Esa responsabilidad del Estado se dice, obedece a una mala organización en cuanto al servicio que presta, en este caso el de la justicia; pudiendo entonces llegar a sostenerse que, aun no pudiéndose individualizar ninguna conducta culposa de los hombres que forman parte del Estado-Juez, existe sin embargo la certeza de que la causa del perjuicio está dentro de la organización estatal, ya que ésta debía prestar adecuadamente el servicio de Justicia y, obviamente, ello no se logró si el justiciable sufre daños en su integridad psicofísica o en su patrimonio, que no debería haber sufrido de acuerdo con el “*curso natural y ordinario de las cosas*” o de los acontecimientos (doctrina del art. 901 del Código Civil).

(56) MARQUEZ, “Responsabilidad de los jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial”, en RCyS 2006, p. 517, n° V.

(57) CAPUTI, María Claudia, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso ‘Amiano’)”, LA LEY, 2000-C, 750.

JUSTICIA Y JUDICATURA EN LA VIGENCIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

A la memoria del lúcido mentor y noble amigo Académico Jorge A. Aja Espil

I. El verbo “otear” tiene en nuestro idioma dos acepciones: en la primera, significa “registrar desde un lugar alto lo que está abajo”; y en la segunda, es un sinónimo de “escudriñar”, “registrar” o “mirar con cuidado” (RAE). No vamos a emplear el vocablo en su primera acepción, pues ello llevaría a un juego de disquisiciones entorno a quién está situado arriba y quién se encuentra abajo: si la “judicatura” entendida como cuerpo constituido por todos los magistrados, o los “justiciables” considerados como el conjunto de quienes pueden someterse a la acción de los tribunales como actores o demandados (o como acusadores o acusados).

Vamos a enfocar el tópico a partir de una constatación: la experiencia arroja la conclusión de que en una porción no menor de casos, el Poder Judicial *ofrece la imagen ante la sociedad de ser un reflejo de lo que los poderes políticos quieren que sea*. Y el interrogante que cerrará nuestra meditación quedará expresado así: ¿se podrá revertir esta tendencia tan

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 24 de julio de 2008.

Ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Académico.

“desublimante” y muy frustratoria de las expectativas de calidad institucional, elevación de nivel y de las admirable y eminente virtud de la sencillez de la excelencia?

Las reflexiones que voy a transmitirles a ustedes van a ser todas producto de la experiencia, consecuencia de la observación, motivación de la crítica, resultado de lecturas que uno nunca termina de finalizar porque vuelve a releer viejos textos y descubrir nuevos yacimientos de sugerencias en torno a un tema tan permanente, tan eterno como es el tema de la Justicia, de su organización como poder y de la situación de los que, en el otro lado del mostrador reclaman Justicia, esperan Justicia, sufren injusticia o gozan Justicia según las circunstancias. No hay duda de que Ihering golpeó en el clavo cuando en una frase que siempre llevo conmigo, extraída de su obra “La lucha por el derecho” y que la ha citado muchas veces la Corte Suprema de la Nación, afirma una cosa tan sencilla como la siguiente: “La función del derecho es la de realizarse, lo que no es realizable nunca podrá ser derecho”. *Lo que no es realizable nunca podrá ser derecho*. De alguna manera y en estos términos tan escuetos, Ihering estaba remarcando, valga la redundancia, *el derecho a la autorrealización del derecho*. Ese “derecho a la autorrealización del derecho” depende en gran medida de la organización judicial, del Poder Judicial, de la justicia en todos sus niveles y en todos sus términos. Una de las claves de bóveda de la autorrealización del derecho está precisamente en esa garantía. Entonces, queda claro ahora que no sólo es *conditio sine qua non* la seguridad jurídica. El Estado de Derecho depende fundamentalmente no sólo de la predictibilidad de las normas, no sólo de la regla de la calculabilidad, sino que depende básicamente del Poder que tiene que asegurar en su aplicación el cumplimiento de esos rasgos distintivos y característicos de lo que se llama “seguridad jurídica” como un componente inescindible del Estado de Derecho. No hay Estado de Derecho sin seguridad jurídica y no perdura la seguridad jurídica si no existe el Estado de Derecho. Para eso es menester también que se ponderen *con* los demás poderes y/o *por* todos los poderes, la efectiva vigencia y las partes que hacen “factualmente” al cumplimiento del derecho. Entre ellas es menester que se pondere la viabilidad y el andamio de las normas que se han de sancionar y que después tendrán que ser aplicadas, por el Ejecutivo y, eventualmente, por el Poder Judicial. Hay una responsabilidad del legislador, que muchas veces se traduce en una irresponsabilidad, de sancionar normas cuya efectividad y real cumplimiento están *ab initio* retaceadas por factores muy determinantes, muy concretos, que muchas veces son visibles y conocidos, pero que a sabiendas de ellos se insiste en la sanción de leyes que

después se culpa de su incumplimiento a los otros poderes y, en última instancia, al Poder Judicial. El camino sensato es sencillo y es factible. *No sancionar leyes, normas y Constituciones que no puedan concretarse*. Sí: reformar o modificar lo que no es viable ni tenga andamio, para no mantener ilusiones que no se puedan cumplir, porque esa es una forma de *desconstitucionalizar* en la mente de la ciudadanía.

Otro tanto puede afirmarse de las sentencias y de las decisiones judiciales. Los jueces, en la potestad casi inconmensurable de su jurisdicción, pueden hacer muchísimas cosas. Un juez en lo penal muchas veces tiene, sobre todo en los países donde los jueces en lo penal llevan a cabo su función a cabalidad, más poder que un presidente de la República. Pueden disponer de los derechos, pueden disponer de la libertad deambulatoria de las personas, etc. De modo que como consecuencia de ello, a mayores jerarquías y a mayores potestades deben corresponder paralelamente mayores responsabilidades (Art. 902 del Código Civil) y, también, ciertamente, un nivel de apreciación de la prudencia, de la *Prudentia Iuris* que está dirigida a todos aquellos que ostentan en definitiva una potestad. Se le presenta siempre al juez un viejo dilema, una tensión permanente que se da en la antinomia entre dos adagios que vienen del derecho romano: uno es el *Dura Lex est Lex* y el otro es *Summa Ius Summa Injuria*. Esto puede ser, consecuentemente, originado por la emocionalidad, por racionalidad o por apego a las tradiciones de uno u otro, a tenor del factor de predominio que decida en la motivación. *Dura Lex est Lex* implica desde luego la posibilidad de que al no ponderarse las particularidades del caso se cometa una injusticia. *Summun Ius Summa Injuria* de alguna manera significa la contracara de la moneda, si se lo aplica también en forma literal o en forma rigurosa. Como bien advertía el poeta alemán Friedrich Holderlin (1770-1843), “donde crece el peligro crece lo que salva”: otro tanto vale para el Derecho cuando sus órganos deben inspirarse para salvaguardar el equilibrio del sistema.

II. La previsión de la “consecuencialidad” (como se la llama ahora), no es una novedad ni un descubrimiento. Está de moda el llamado “análisis económico del derecho” sobre el cual no voy a entrar en demasiados detalles en esta oportunidad. Es una escuela de origen norteamericano y con alguna difusión y apego en el discipulado que ha encontrado en muchos otros países y que, más allá de reconocerle un aporte positivo que nadie puede negar, hay una exageración cuando se lo convierte en el factor decisivo y decisorio, una variante de “unicato causal” que lleva en definitiva a un resultado opinable. En mi modesta opinión, “el análisis

económico del derecho” es un enfoque, *es un approach*, es una aproximación que sirve como una *linterna* para iluminar, sobre todo en el caso del legislador, respecto de las secuelas de la norma y, con relación al juez, respecto de las consecuencias de su decisión. Pero de ninguna manera puede convertirse en un condicionante que coloque en primacía a una idea de la economía que es cada vez más “econometría” y en una sumisión del derecho que, fundamentalmente, defiende valores y protege creencias, ya que está inspirado por otra mayor *linterna* aun, que es el valor supremo de la Justicia. Esto, que naturalmente acontece no sólo con el derecho, también ocurre con muchas otras novedades y con muchas otras modas, algunas pasajeras, otras perdurables. Pero de aceptarlo tal cual se presenta, sería lo mismo confundir los progresos de la medicina que se logran a través de la investigación científica y a través de la praxis médica propiamente dicha, que conducen a la mayor posibilidad de penetrar en el conocimiento de los males para advertir la forma de sus curas, con los grandes adelantos que la medicina logra gracias a la tecnología y merced al aparataje que esa tecnología pone a disposición de las ciencias médicas para aliviar el dolor, para superar una enfermedad o para detectar y conocer mejor —diríamos— el análisis previo respecto de lo que es lo que está padeciendo la persona enferma. El medir las consecuencias de las sentencias judiciales como nota fundamental para poder fijar el contenido de la decisión, tampoco es una novedad.

III. El control de constitucionalidad, en definitiva, nació de una captación de la “consecuencialidad” por parte del juez Marshall cuando tuvo que resolver el caso *Marbury Vs. Madison* y probablemente la herramienta que creó declarando la inconstitucionalidad *de oficio* en un caso que *ya era abstracto*, con relación a una norma que había modificado la distribución de competencias de la Constitución, estaba motivada en el recuerdo de la renuncia de su antecesor como Chief Justice, John Jay, que se había alejado de la Corte al convencerse de la creencia que abrigaba Madison en el sentido de que ésta no tenía significación, porque al carecer “de la bolsa y de la espada”, es decir del poder para llevar adelante sus decisiones y de los recursos para poderse organizar, estaba condenada a la intrascendencia. Y Marshall sabía, escuchaba rumores o había percibido noticias, quizás no dichas directamente por el secretario de Estado James Madison (de acuerdo a la costumbre norteamericana era el que aparecía como demandado en la carátula de ese expediente) que el presidente Jefferson no estaba dispuesto a darle la razón a Marbury en su petición de posesión del cargo para el cual había sido nombrado pero no entronizado. Entonces, en vez de optar por una providencia tan escueta como decir “ocurra ante

quien corresponda”, máxime en una controversia en la que ya era extemporáneo porque el caso se había convertido en “abstracto”, Marshall buscó la forma de eludir un conflicto de poderes en el que reconociendo que la Corte era el poder más débil (todavía en ese momento, pues después las cosas cambiaron) optó por acudir a la inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* como la mejor forma de preservar la sobrevivencia de ese tribunal y su desenvolvimiento a través de una solución ingeniosa que, en definitiva, vino con su pluma y su inteligencia a crear lo que con el transcurso del tiempo sería una herramienta mucho más temible para el Poder Ejecutivo y para el Poder Legislativo. Resultó así, a la postre, mucho más poderosa y mucho más potente la posibilidad de no aplicar las normas inferiores que contradigan a las superiores. Eso fue un caso de “consecuencialidad”, pero aplicándose a un análisis no económico aunque sí político respecto de las secuelas que podía tener una decisión judicial.

Las potestades y obligaciones (me refiero en este caso a los deberes públicos de “medio” y no de “resultado”) deben valerse en su dictado y ejecución de todos los resortes eficaces y eficientes para asegurar la *efectividad*. Esto quiere decir que las decisiones deben ir acompañadas, al mismo tiempo (y si bien son de “medio”) con la posibilidad de convertirse en un resultado concreto y comprobable; y para poderlo mensurar así, se tienen que tener en cuenta esos dos términos. Hay una diferencia entre eficacia y eficiencia. *Eficacia* es alcanzar el resultado lisa y llanamente (“cueste lo que cueste y caiga quien caiga”). *Eficiencia* es alcanzar el resultado con el menor coste y desgaste posible. La ecuación se puede traducir en un cálculo costo-beneficio, tomando en cuenta que no se alcance el resultado a cualquier precio, con cualquier desgaste o aceptando cualquier erosión, sino que se alcance en términos razonables y en un tiempo y espacio donde no resulte despreservado o menguado el poder que dicta la decisión. Para ello es evidente que los jueces tienen muchos instrumentos, verdaderas herramientas que a veces utilizan y que a veces no utilizan, pero que inciden en la confiabilidad que la sociedad después puede anidar respecto de la eficacia de las decisiones judiciales. Hace poco se celebró en la Argentina el cincuentenario del amparo. Una decisión trascendental de la Corte Suprema (caso Siri, año 1957, Fallos 239:459 —LA LEY, 89-531—) en la cual, supliendo la omisión del legislador, el Alto Tribunal decidió levantar la clausura de un periódico (originada en una medida oficial) por una vía procesal que no estaba legislativamente prevista. Y así nació la acción de amparo (que al año siguiente se amplió, con el caso Kot, Fallos 241:295 (LA LEY, 92-632), para afrontar lesiones de derechos causadas por grupos particulares). Muchos siglos antes, incluso antes de que se

aprobara la Carta Magna en 1215, en el Fuero de Aragón del año 1198 se creaba el cargo del “Justicia”. Era un magistrado al que el Fuero le otorgaba la potestad de ir con la pica y derribar la puerta o el portón o el puente que impidiera el acceso al sitio donde hubiera que acudir para liberar a quien estaba injustamente prisionero, o fuera menester levantar la restricción, la proscripción o el impedimento para obtener el goce de un derecho. O sea que el juez podía constituirse en ejecutor, si las circunstancias llevaban al triste desafío de tener que poner en juego su potestad jurisdiccional, para que el derecho no quedara en la letra de la sentencia sino que se tradujera, en definitiva, en el reestablecimiento de un derecho violado. De poco valen las sentencias “exhortantes”, que valdrán como “consejo” o expondrán una “directriz”, con un abundante acopio de “recomendaciones”, que suenan a “bla-bla, bla”; cuando los justiciables aguardan actos concretos de *potestas*, verdaderas manifestaciones de *imperium*, el testimonio real de una disposición de *executio*, es decir, por autoridad del magistrado (*imperio magistratus*).

En el derecho contemporáneo los jueces pueden aplicar “*astreintes*”, los magistrados también pueden considerar el supuesto de un “*contempt of Court*”, o sea, desacato al tribunal, que es la ofensa o el agravio que se produce si el Ejecutivo u otro poder público o privado no cumple una decisión. Estos *remedios sancionatorios* los aplican también en el derecho comparado y provienen del sistema judicial anglosajón. Y por supuesto, los jueces pueden incoar por vía del fuero pertinente *las acciones penales* contra actos u omisiones que implique la comisión de desobediencia o de incumplimiento de los deberes de funcionario público con respecto a la autoridad que se niegue a ejecutar o dilate el cumplimiento de una decisión. Lo que no se puede admitir es que los jueces permanezcan indiferentes ante esa situación. Hablo de mi país porque es el que conozco, donde hay casos paradigmáticos de inoperancia en la ejecución, que se inmoviliza con alarde de lenguaje “recomendatorio” y “aconsejante”, que a la postre esconden eufemismos dilatorios o distractivos.

IV. Mientras tanto, llegan a nuestros oídos mucho discurso, mucha proclamación, severos arrestos enjundiosos respecto de la autonomía del Poder Judicial, con jactancias respecto de su independencia, pero frecuentemente después del “verseo”, hay un silencio que perdura en el tiempo y que abre suspicacias acerca del incumplimiento de decisiones judiciales. En el año en que estamos (y recordemos que la Corte empezó a funcionar en 1863) se da el caso de que una reiterada decisión de la Corte Suprema ordenando a las autoridades de una provincia a reestablecer en el cargo al

Procurador General ante la Corte Suprema local, esa decisión final e inapelable no sea cumplida en los términos que nuestro supremo “tribunal de garantías” ha determinado, o sea, no mediante una indemnización sino la reincorporación del magistrado. La Corte continúa silenciosa frente a la situación de desacatamiento en que el Poder Ejecutivo de esa provincia incurre ante una decisión del máximo tribunal, órgano supremo que se autodefine desde toda su vida como la “cabeza visible del Poder Judicial”, como el “tribunal de garantías constitucionales” y como el “intérprete final de la Constitución Nacional”. Todo eso está muy bien en la letra, pero si no va acompañado de hechos prácticos queda como una ilusión más. ¿Y que expectativa alimentan la sociedad y los justiciables? Pues ninguna pose osada de hacer valer sobre la mesa de decisiones del Tribunal sus atributos, sino la señal inequívoca de que su empeño es el propio de los altos magistrados que no quieren ser recordados como personajes de la figuración y, menos aun, como acomodaticios. Para ello hay que asumir “perfiles de coraje” (Kennedy), o sea, con impetuosa decisión y esfuerzo de ánimo y valor (RAE).

Cuando se reclama ese tipo de *voluntad de decisión* en los jueces, no se trata de ninguna manera de instaurar un pretendido o supuesto “gobierno de los jueces”. La expresión despectiva, original del famoso escritor y jurista francés Lambert, se refería a un caso muy especial de sobreactuación producida en un período de la historia de Estados Unidos después de la Guerra de Secesión y hasta vísperas de la crisis del '29; años en que se produjo una dilatación excesiva de la potestad anulatoria que llevó casi a una deformación patológica en el uso y abuso de las declaraciones de inconstitucionalidad. Fueron casos resueltos años más tarde de la “barra-basada” del caso Dred Scott, en que la Corte Suprema había dicho que un negro no era un hombre sino un semoviente (sic). Los jueces supremos que vinieron después trataron de enmendar tamaña aberración y comenzaron a practicar con gran impulso el control de razonabilidad, lo que llevó al maestro Corwin en las sucesivas ediciones de su obra “La Constitución Americana y su significado actual” a hablar del “*carnaval de la inconstitucionalidad*”. Téngase en cuenta que hoy no se trata evidentemente de predicar eso. De lo que se trata es en definitiva: *no de sustituir sino de energizar*. No de reemplazar o desplazar, sino de potenciar. Lo que se reclama de los jueces, sobre todo en nuestros países, es que pongan la mayor *energía jurisdiccional* dentro de su ámbito competencial. Hay leyes, decretos y hasta ordenanzas que no se cumplen, y aparecen fallos judiciales “exhortatorios” que quedan en la nada. Es inadmisibles resignarse ante sentencias meramente “invocatorias”, con plazos que tampoco

se cumplen (casos “Badaro” y ley de subrogancias judiciales). Porque a veces notamos que dentro de la incumbencia puede haber una cierta situación de “dejación” o palidez y no de coraje institucional. Eso deja la impresión del reconocimiento tácito de una cierta impotencia, cuando lo que se impetra es una ejecución aplicando normas. De lo que se trata es de “energizar” la función que está ya concedida, con lo que se evitará que les caiga encima el sayo de la admonición proferida por Homero Espósito, cuando al referirse a otros destinatarios —que no eran jueces— les espetó: “comprendo que en la vida se cuiden los zapatos andando de rodillas”. Nadie pretende convertir al juez en un “führer”; de lo que se trata es de que con su capacidad pretoriana de creación de la norma individual amplíe y potencie la garantía protectora de los derechos y libertades reconocidas; y para ello basta con *la apertura de un procedimiento idóneo y eficaz*. No se piden jueces invasores ni sustituyentes de los otros poderes; basta tan sólo que pongan en funcionamiento su imaginación y creatividad pretoriana.

V. Es obvio que para ello hay por lo menos tres controles importantes que los jueces tienen en sus manos:

1) Cuentan con el *control de constitucionalidad* propiamente dicho; y todos ellos lo ejercen en los países que practican un sistema difuso, porque en los países que tienen un sistema de control concentrado lo asume también un tribunal, que es independiente, pero siguiendo el modelo kenseniense posee el monopolio de esa función. Con cualquier sistema de que se trata, la dualidad entre el “activismo” del control y la pasividad, es una falsa antinomia. Tampoco creo que se pueda optar entre un supuesto activismo “bueno” y otro que sería “malo”. Lo único cierto es que la *energía* judicial es la reacción legítima frente a la *pusilanimidad*: ése es el vicio que a la postre resulta siempre nocivo.

2) Tienen el *control de la “razonabilidad”* de las normas (no sólo leyes o decretos sino también otros actos) por lo que se aplica la doctrina de la *inalterabilidad sustancial* del derecho, cuyo sentido material no puede ser violado por obra de cualquier reglamentación u ordenanza que provoque una restricción. Esta siempre tiene que responder a una proporcionalidad debida entre el *medio* elegido y el *fin* perseguido. Esa proporcionalidad puede variar en las situaciones de emergencia, de crisis o de estado de necesidad, pero en los tiempos de normalidad debe ser una restricción mínima (y siempre debe quedar expedita una acción residual hasta obtener finalmente la reparación integral del derecho que fue limitado duran-

te la crisis), porque ese principio de sustancialidad del derecho está consagrado, ya no sólo en Constituciones emanadas del Poder Constituyente interno (Art. 28) sino de tratados y declaraciones de derecho y convenciones internacionales de Derechos Humanos, que en muchos países tienen rango constitucional (Art. 75, inc. 22) y a veces supralegal respecto de las demás normas del derecho interno (según los Estados). Valga como ejemplo el caso de la “confiscatoriedad”, cuya prohibición fija la Constitución pero cuya dimensión excedió los márgenes de la razonabilidad por cuenta del legislador: la Corte Suprema no anduvo con dilaciones ni tibiezas, estableciendo el preciso límite del 33% sobre el capital o la renta gravada. ¿Por qué no hace lo mismo con la “proporcionalidad” de los haberes jubilatorios? Es rehuir la definición de un derecho (Art. 14 bis) a la “movilidad”.

Como parte de este control de la razonabilidad queda comprendido el *control de la “desviación de poder” (détournement de pouvoir)* que actúa cuando una autoridad aplica o ejerce sus potestades con una finalidad o con motivaciones ajenas a las conferidas por la Constitución o las leyes (p. ej., favoritismo, persecución, venganza, lucro) (véase: Vanossi, “La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Diciembre 2002).

3) Hay también otro control fundamental que es el *control de la operatividad*. Este *control de autosustentabilidad* es necesario, yo diría que es fundamentalmente necesario, y sobretodo, a medida que aumenta la frondosidad tropical constituyente, también legislativa y muchas veces reglamentaria, que se visualiza en el afán de sancionar normas que se cree que de por sí van a ser ejecutables, pero que resultan estar pendientes de otra norma que otro órgano de igual o inferior jerarquía (por lo general de menor rango) tiene que dictar para acordar los recursos humanos o los medios materiales necesarios, o para crear el organismo competente a efectos de cumplimentar lo que esa norma de carácter “directivo” ha enunciado, pero a la poste faltándole operatividad propia. Muchas veces las normas —aun sin esperar los recursos monetarios o los recursos humanos— pueden, por vía de *la energía jurisdiccional*, adquirir una operatividad mínima suficiente para convertir en derecho efectivo aquello que está todavía en derecho proclamado. Por eso es que hemos sostenido y seguimos sosteniendo que así como este tema se ha considerado en el orden internacional respecto de la operatividad o no de los tratados y compromisos internacionales, pues del mismo modo también en el orden interno

la solución pasa porque la presunción *iuris tantum* debe ser la operatividad y el que pretenda sostener la no operatividad debe demostrarlo. O sea, que el “negativista” o negador debe argumentar, debiendo volcar sobre el órgano jurisdiccional el arsenal de datos y elementos que conformen una argumentación suficiente para que la cuestión no sea considerada meramente baladí o intrascendente. Y esa fundamentación se debe arrimar antes de que se llegue a la triste conclusión de la no operatividad, es decir que no goza de la calidad o condición *self execute* la norma que establece un determinado derecho. Es justo recordar que le bastó a Alfredo Orgaz citar un escueto párrafo del “Manual de la Constitución” de Joaquín V. González para sustentar la doctrina de la plenitud aplicativa de los preceptos constitucionales consagratorios de los derechos y libertades personales.

VI. Otro de los rasgos fundamentales que contribuyen a la afirmación del Poder Judicial en su “energía jurisdiccional” es la *permanencia* y, además, la continuidad *ininterrumpida* de la prestación de su alta función. No hablo ya de los casos tan tristes en nuestro continente de los gobiernos de facto, cuando el que desaparece es el Congreso, donde el Ejecutivo suele ser un usurpador y a los jueces a veces se los reemplaza por otros que adhieren explícita o implícitamente a la nueva legalidad instaurada. Me estoy refiriendo a algo mucho más práctico; y al hacerlo me acuerdo de los penalistas alemanes que hablaban de las partes “facticiales” (vocablo ideado por el traductor) del proceso. Se referían ya no a la acusación, a la defensa, a las pruebas, a la sentencia, a la apelación, sino al hecho concreto y material de que el tribunal funcionara, que el edificio estuviera abierto, que el expediente existiera y apareciera, que el empleado estuviera atendiendo. Pues bien: entre las partes *fácticas* del proceso habrá que incluir algún día la superación de esta antigualla colonial que sólo sobrevive en algunos países latinos, que son las prolongadas “ferias” judiciales. En los países más avanzados del mundo, por supuesto que todos los jueces tienen su vacación, todos los empleados y los funcionarios también. Hay un calendario de turnos. Pero no existe la parálisis de un poder del Estado como ocurre en nuestro país durante todo un mes (en enero) y veinte días (porque sumando los fines de semana se hacen veinte días) a mediados de año (entre la segunda quincena de julio y los primeros días de agosto). Esto ya no lo concebía ni admitía John Locke, uno de los primeros en enunciar la doctrina de la separación de los poderes, antes de Montesquieu. El inglés John Locke (1632-1704), en su “Segundo Tratado de Gobierno Civil” (Capítulo XIII) sostiene que es aceptable y hasta aconsejable que el que sanciona la ley, que es el legislador, entre en reposo

para que en la serenidad de esa pausa perciba las nuevas necesidades y luego, teniendo en cuenta a sus electores, que son sus mandantes, escuchando al pueblo (no se hablaba del soberano, que era la Corona, sino de los súbditos), en consecuencia de esa actitud de auscultar, el Parlamento modifique normas o sancione nuevas normas o derogue normas ya superadas. Pero Locke entendía que los poderes que aplican las normas, léase el Ejecutivo y el Judicial (el Ejecutivo para administrar y el Judicial para resolver controversias o conflictos) nunca pueden detenerse ni tener largas pausas en el ejercicio de sus funciones. Y es verdad. Uno no puede concebir que un día concurra al Ministerio de Interior y encuentre que está cerrado por vacaciones hasta el mes que viene o que la Cancillería esté en receso durante todo un mes, o que lo mismo acontezca con el Ministerio de Obras Públicas o el Ministerio de Trabajo o el Ministerio de Vivienda o el que sea. Tampoco pueden estar los tribunales cerrados, aunque sabemos que quedan jueces de feria o jueces de turno, que durante los primeros quince días resuelven los problemas más urgentes y en los segundos quince días dicen que como falta poco para que termine la feria el caso no es tan urgente o tan apremiante resolver. La permanencia, la no interrupción, la continuidad de la alta función de justicia va a contribuir también a la mayor confiabilidad de aquellos que ante la angustia por la opresión o por la restricción de un derecho buscan acudir a lo que los tratados internacionales llaman un “remedio rápido y eficaz”. Es decir una instancia de revisión (Judicial Review) rápida y eficaz, lo que supone para quien la ha de brindar que no puede estar ausente.

VII. Una cosa son las *declaraciones de derecho* y otra muy distinta son las *declamaciones de ilusiones de derecho de realización diferida*. Es mucho más importante hacer enunciados de derecho, con el añadido de los medios indispensables para cumplirlo, que agregar “catálogos de ilusiones”. Hace varias décadas que en un congreso de juristas del ámbito del derecho público se plantearon en Alemania el tema de la reforma a Ley Fundamental de Bonn (1949), que sigue siendo la Constitución de la República reunificada, pues hasta hoy no ha sido modificada sustancialmente. Y la conclusión mayoritaria de esa reunión fue que no se trataba de incorporar nuevos repertorios de derechos sino de completar la faz de operativización y ejecutabilidad de los derechos ya consagrados. Ellos entendían que por la vía concurrente de lo que se llaman derechos enumerados y derechos no enumerados, derechos explícitos o derechos derivados de la interpretación por la que implícitamente se puedan inferir de los explícitos, es suficiente para avanzar en la calidad de vida del garantismo y las libertades, cuando hay voluntad política y jurisdiccional para

hacerlo. Por su parte, la Constitución Argentina incluye en su Art. 33 derechos y garantías no enumerados; y con apoyo en esa norma se reconocieron el derecho de reunión, la garantía de un proceso rápido, la actuación de los partidos políticos, etc.; y lo propio hizo la Suprema Corte de U.S.A. con la admisión de la “libertad frente a la opresión” (*freedom from oppression*).

¿Qué pasa cuando se proclaman más y más derechos y no se cuenta con los medios para efectivizarlos? Los jueces hacen lo que pueden, pero sabemos que no pueden hacer lo imposible. No son dioses, no tienen poderes demiúrgicos, pues son seres humanos. Tienen limitaciones. La culpa está en todo caso en el legislador o en el constituyente, que también son seres humanos, pero que a veces y debido a sus veleidades parecen tener mucha menos *responsabilidad* que aquella de la que hacen gala (la “responsabilidad” es uno de los seis principios básicos de la forma republicana, junto con la democracia, la separación de poderes, la igualdad ante la ley, la publicidad de los actos y la periodicidad en la función, pero los seis están mitigados por la proterva obstinación de una dirigencia incapacitada o despreparada para sus funciones).

VIII. Por eso hay que tener presente que crear una expectativa que sea de concreción frustrada, es decir irrealizable, genera: primero, un resentimiento y, segundo, una reacción; porque casi siempre el resentimiento impulsa a la reacción y el paso siguiente es la anarquía que, obviamente, aumenta y alimenta la tentación de la tiranía. Nuestra Corte Suprema dijo hace muchísimos años que “fuera de la Constitución sólo cabía esperar o la anarquía o la tiranía” (confr. Fallos 191:197). De mi cosecha agrego: la experiencia política indica que la primera genera y abre el paso a la segunda. Una alimenta a la otra, de modo tal que entonces la anomia (el famoso tema del cual Carlos Nino hizo todo un *leit motiv* de la última etapa de su fecunda vida jurídica) es un desánimo que desata la anemia en el cuerpo social. Por tanto, *la anomia* entre otras consecuencias ya no jurídicas sino casi diríamos de la fisiología social, es *la anemia* que en el cuerpo social empieza a difundirse con un carácter endémico respecto del valor del derecho y de la poca eficacia de la justicia. Por eso hay que recuperar el rol de los *vectores*, entendiendo por ellos a los agentes o factores con fuerza proyectiva y que operan con sentido y dirección. Asistimos a una desvirtuación y a una decadencia de los vectores considerados como fuerza. Tenemos países donde los vectores de la cultura no pasan por las universidades y las academias; donde los vectores de la política no pasan por los parlamentos, por los congresos o por los partidos políticos; donde los

vectores de las relaciones económicas y sociales no pasan por las organizaciones regulares o naturales de trabajadores y empleadores por las cuales deberían transitar. Tenemos países donde una función esencial del Estado, que es brindar la seguridad individual, no existe porque ha desaparecido el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza pública en manos del Estado, que en conocidos precedentes ha “tercerizado” o “privatizado” el control del orden público en manos de grupos llamados “*pique-teros*” de signo oficialista, para quienes su proceder violento anticipa el deseo y el instinto de acelerar paulatinamente una abrogación o enervamiento de las normas constitucionales y penales que tienen incuestionable legalidad pero adolecen de escasa efectividad. No sea que con el vaciamiento y transferencia del “poder de represión” que le corresponde al Estado y que éste debe ejercer dentro de los límites constitucionales, sobrevengan el sigilo —que conduce a los extremos patibularios—, como ha sido el caso de las “checas”, denominación asignada a la policía secreta soviética en su época inicial y que luego se expandió a otros países y a otras situaciones, con el común rasgo de su absoluta falta de respeto por los derechos humanos (p. ej. la “Gestapo” de Hitler, la “*securitate*” de Ceausescu en Rumania y la “Stasi” en la ex-Alemania Oriental).

IX. Cuando se llega a ese punto de inflexión, los mal llamados o demonizados como *casos de “represión”* (que es en definitiva la aplicación del código penal por parte del juez, con la intervención del Ministerio público y a través de las autoridades que conforman al poder público) pasan a manos del “*llanero solitario*”, del “*justiciero*” o de los “*escuadrones de la muerte*”. Con lo cual se entra en el atavismo de la tribu, en la rémora del salvaje, en la etapa de la jungla y de la cual sabemos que cuando se penetra en ella es muy difícil salir. Para ello el mejor camino es la senda de la participación institucionalizada, toda vez que así como no hay república sin republicanos y así como no hay, en definitiva, democracia sin demócratas, pues tampoco puede haber participación institucional adecuada sin partícipes. En otras palabras: hay que ir más allá de los jueces, más allá de los legisladores, más allá de los administradores. Hay que apelar a la sociedad para sacarla del estado de lumpenaje y ponerla en el estado de conciencia social, a fin de que se transforme en una sociedad activa y participativa con las herramientas que tiene legítimamente. La indiferencia y el “*conformismo*” son el germen habitual de las más graves e impredecibles consecuencias que dañan a toda la sociedad: en efecto, el dicho que se atribuye a Bertolt Brecht es, en verdad, un sermón pronunciado en la Semana Santa de 1946 por el pastor luterano alemán Martín Niemüller que se opuso a la “*nazificación*” de las iglesias y que con su oración quiso

poner de manifiesto el peligro de no resistir a los despotismos desde su punto inicial. El final de la frase “Cuando los nazis vinieron...” es lo más aleccionador, y dice: “Cuando vinieron a buscarme, no había nadie más que pudiera protestar” (datos extraídos de Wikipedia).

IX. Quisiera en las últimas reflexiones señalar algunas cosas más que son situaciones que se pueden dar con la justicia, y se pueden dar de varias maneras:

Primero: cuando hay justicia para pocos, que son los pudientes. Malo, muy malo. Quiere decir que reina el privilegio. Si pocos tienen acceso a la justicia hay privilegio y hay mucha exclusión.

Segunda situación: cuando algún sector está anticipada y expresamente privado de justicia. Por más pequeño que sea, pero la exclusión es evidentemente una sumisión. Ese sector es un sector sumiso o que lo han doblegado fuerzas muy superiores.

Ytercero: el paroxismo, expresado al decir: “al enemigo ni justicia”. Equivale a decir que la justicia sólo está reservada para los que coinciden con el detentador del poder. De ser así, si la justicia para el adversario no existe, estamos ante una situación lisa y llanamente de tiranía. La meta, estimados amigos, es el acceso de todos a la justicia, el acceso de todos sin exclusiones, pues “justiciables” somos todos. La clave de bóveda para la medición de la calidad de vida institucional de un país, si hay un dato que hay que tomar en cuenta (un dato arcóntico y no secundario) está dado cualitativa y cuantitativamente por los niveles de acceso a la justicia. Por eso hay que poner el acento en tres cosas como mínimo:

Primero: derechos subjetivos plenos y, por lo tanto, se entiende por “derechos subjetivos plenos” en la acepción más estricta y kelseniana: 1°) el derecho de contar con el órgano, 2°) de acceder al órgano y que éste pueda dictar la decisión, 3°) que la decisión anule a la medida infractora, 4°) que además sea reparado el daño causado, y 5°) que eventualmente sea responsabilizado, removido o de otra forma sancionado quien dictó la medida atentatoria del derecho. Eso es un derecho subjetivo, un derecho subjetivo plenario, pues por “pleno” se abarcan esos cinco aspectos que deben reunirse para que se vuelva un poco a lo que ahora reclama el derecho ambiental: es decir, no sólo la reparación sino también la recuperación, y evitar la reiteración violatoria. Aunque parezca premonitorio, nuestra Corte Suprema Nacional anticipó notas semejantes en su fallo

“ecológico” sobre los Saladeros de Barracas al Sur (sentencia del 14 de Mayo de 1887, en Fallos 31:274 a 284).

Segundo: que la justicia llegue a tiempo. Esto es más conocido que la ruda. Es decir, justicia morosa no es justicia. Pero sigue predominando la morosidad por un motivo o por otro. Y hay casos en que los expedientes se “cajonean” (sic).

Tercero: el sistema de premios y castigos. Desde los asirios y caldeos en adelante ningún país ha podido progresar, ninguna nación, ninguna cultura se ha desarrollado ni se ha enriquecido, si no existe un sistema de premios y castigos para todos: gobernantes y gobernados. No sé como habrá sido antes de los asirios y caldeos porque no llegué hasta Adán y Eva en mi investigación. Pero lo que sí sé es que Montesquieu (1689-1755), ya que citamos a Locke (y para que no se ponga celoso el “franchute”) señala claramente en “El espíritu de las leyes” *que lo grave no es que las penas sean leves sino que las penas no se apliquen*, de modo que una vez más caemos en el tema de la “efectividad”, sobretodo de la aplicación o ejecución real de las penalidades como forma correctiva. Para ello hay que tomar conciencia y hay que *proceder* asumiendo que la mayor responsabilidad que tiene un gobernante, la más delicada, la más difícil, es elegir a un juez. El día que los gobernantes, sean presidentes o ministros de justicia o cuerpos colegiados que tienen que prestar el acuerdo, pongan una neurona a pensar qué es lo más importante en la salud de la república, cuál es el acto por el cual van a ser o pueden ser más censurados o elogiados, en el desacierto lo primero y en el acierto lo segundo: es en la elección de un juez. Ante un mal ministro, pues se le pide la renuncia. Si se trata de un diputado que no sirve, no se lo reelige. A un senador, también se lo puede no reelegir. Frente a un presidente, termina su período y el voto popular puede inclinarse no sólo por otro presidente sino por otro partido. Pero en general los jueces son *ad vitam*, son *for life*. Por lo tanto, el cargo es para siempre (*for ever*) y eso supone una particular responsabilidad en la selección y en el nombramiento del magistrado, porque cualquier error puede ser realmente fatal.

X. Visto y atento a lo antedicho, es obvio que la necesaria concretización y efectividad es fundamental. Por ende, es indubitable que hay que tornar cierto y efectivo el derecho, y los jueces tienen un papel importantísimo en esto. Por supuesto, que los jueces encuentran muchas veces situaciones de lo más variadas, como las encontramos también los justiciables, pero entre todos podemos superar el “berenjenal” (embrollo, jaleo y lío)

de la creciente desconstitucionalización para *subtender*, que es como unir con una línea recta los extremos de una línea quebrada (me refiero a la legalidad quebrada por la inseguridad jurídica) y dar pulsión y energía que orienten el comportamiento de gobernantes y gobernados.

Voy a mencionar algunas a vuelo de pájaro: cuántas veces uno se encuentra con un “basto”. ¿Qué es un basto, aparte del naípe? Se trata de una persona rústica, una persona grosera, tosca, sin pulimento. A veces lo es el justiciable que trata mal al juez. A veces lo es el personal judicial que no sabe tratar a los abogados, que por ley están equiparados en el respeto y en la consideración a un juez, como se los debería tratar según el Decreto-Ley 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587), que fue convertido luego en ley por el Congreso Nacional. Otras veces nos encontramos con personajes “cazuros”, expresión muy castiza pero de permanente actualidad. Es el personaje malicioso, el personaje reservado, el personaje lento en comprender, que a veces esconde sus limitaciones cazurramente, porque no comprende y no puede hacer bien el análisis de la situación. Por lo general actúa soberbiamente o maliciosamente. En otros casos nos encontramos con una aberración, cuando estamos frente a un “peleonero”; y los que están fundamentalmente en este caso suelen ser particulares o suelen ser funcionarios ejecutivos. Son pendencieros, son riñeros, son cuestionadores. En nuestro país se ve muchas veces a un ministro desautorizando a un juez o, por ejemplo, también cuando el Poder Ejecutivo no está de acuerdo con una sentencia judicial e insinúa a algunos legisladores o consejeros adictos que le inicien proceso de remoción al magistrado. Un jury de enjuiciamiento o un juicio político, según la jerarquía del tribunal al cual pertenece. Amagan con una sanción, que es una venganza, indirectamente hecha, pero directamente dirigida, a veces para persuadir a otros para que no hagan lo que disgustó al mandón de turno. A menudo nos encontramos con personajes “safios”, es decir faltos de tacto en su comportamiento, que no toman las actitudes dignas. Una vez hubo un juez que salió al balcón de su despacho para saludar y levantar las manos agradeciendo a la multitud que había concurrido para agradecerle una decisión crematísticamente favorable a un impedimento que se había formulado y con ese *show* él mismo creyó que ya estaba habilitado para pasar a la política, aunque hasta ahora no tuvo éxito en su “carrera política”. En los buenos tiempos de este país, al cual tengo el orgullo de pertenecer, era al revés: si se había tenido un buen desempeño, entonces se recibía la excelsa gratificación de pasar a la magistratura. El redactor principal de la Constitución Argentina, el santiagueño José Benjamín Gorostiaga (que tenía 29 años cuando la redactó) después se desempeñó veinte años en la Corte Supre-

ma de Justicia. Antes pasó por el Ministerio y por la Cámara de Diputados y por último llegó a ser candidato presidencial. Pero fue veinte años juez, de los cuales durante diez años fue *chief justice*, o sea, presidente de la Corte. El Dr. Antonio Sagarna (para hablar del siglo XX y no del XIX) fue primero diputado, luego ministro y después fue Juez de la Corte, encontrándose entre “los grandes” de la Corte: absolutamente independiente, sin ningún deber de gratitud ni de lisonja hacia quienes lo habían designado, ni pleitesía hacia el presidente ni genuflexión hacia el partido político del cual provenía. Más tarde, a partir del juicio político de 1946, fue exactamente al revés y recientemente hay demasiados casos que (por lo menos en mi país) indican que se ha invertido el orden de prelación.

XI. Por último y a manera de mensaje, quiero recordar algo ya muchas veces repetido. No hablemos más, por favor, de la “administración de justicia”. Que la justicia tiene que tener su administración es otra cosa. Pero que se la considere a la justicia como una administración más, es un resabio monárquico. Esto viene de los tiempos pre-constitucionales, cuando el juez era quien administraba justicia en nombre del rey. Ahora se aplica justicia en nombre de la república o en nombre del pueblo, de modo que no se administra: se está *impartiendo la Justicia*; se está cumpliendo una alta función. Hay una cuestión de semiótica o semiología atinente a los *signos* en la vida social, cuando indican una enfermedad. La semiótica es muy importante porque lleva a veces a advertir la confusión de conceptos, lo que ocurre al creer que somos súbditos y no ciudadanos. Por favor, erradiquemos eso de hablar de “servicio” de justicia que, a partir del Art. 114, inciso 6° de la defectuosa reforma constitucional argentina del '94 ha sido protocolizado en el texto. ¿Qué se pretende: una equiparación con el servicio de alumbrado, barrido y limpieza? ¿O con el desagote de las cloacas? ¿O con el servicio público de transporte? No, la Justicia no es un servicio, es *una función*, una *altísima* función que en nuestros países es “*poder de Estado*”. En la Constitución es la *potestas* que Francia tardó muchísimos años en reconocer y que en los países europeos uno de los primeros en jerarquizarlo como poder de Estado ha sido la Constitución Española vigente; siendo un mérito de ellos, que habiendo tenido tanta dictadura, otrora tanta monarquía absolutista, tanto autoritarismo, adjudicaron rango de poder de Estado a la Justicia en la Constitución vigente. ¿Por qué? Porque es el gran poder moderador. ¿Tiene poder moderador el rey? Por supuesto, en una monarquía constitucional. Eso lo ideó Benjamín Constant para mentar de Luis Felipe de Orleans, concibiéndolo en el Rey constitucional de una monarquía liberal entre los años 1830 y 1848. Pero en nuestras repúblicas es la Justicia el gran poder mode-

rador, porque no es partidista. En cambio, los presidentes casi siempre son partidistas y cuando asumen la jefatura del Poder Ejecutivo ni renuncian al partido al cual pertenecen; aunque Alvear se cuenta entre las pocas excepciones en la República Argentina. La Justicia en cambio es y debe ser apartidaria, estando por encima de esas distinciones de facción: hay que colocar a la Nación por encima de la facción; y en ese supuesto la Justicia es servidora de la Nación y es defensora de la Constitución, por lo que tiene que estar por encima de lo sectorial. El gran “poder moderador” lo tiene en definitiva la Justicia. Ese es el ideal a alcanzar, ese es el rumbo a seguir. De todos modos, en el camino nos vamos a encontrar con serias dificultades. Nos podemos topar con la presunción del silogismo perfecto, sabiendo que no es así. Nunca va a encontrar un juez el silogismo perfecto si pretende elaborar mecánicamente una sentencia. ¡“Olvidalo cariño”, pues siempre hay complejidades! Lo que puede haber es “abducción”. Abducción es un silogismo cuya premisa mayor es evidente pero la menor es menos evidente o sólo probable; y eso es, por lo general, lo que el juez tiene ante sí. Muchas veces la premisa mayor —que es la norma— requiere un gran esfuerzo interpretativo. Por ello vale decir: dime qué Facultades de Derecho tienes y te diré qué jueces hay. Claro está que lo mismo vale para los abogados. Y del mismo modo: dime qué Jueces tienes y te diré qué calidad de Estado de Derecho hay (sic).

XII. La justicia se suele encontrar con la sorpresa de que ante la sociedad es un cuerpo *desangelado*. Que la sociedad la mira como un sujeto extraño y lejano, que no tiene ángel o que está falto de gracia o de simpatía. Enhorabuena, porque si en la Justicia fueran vistos como *actores del show off* (jueces *showman*), la misma sería confundida con la chabacanería o con la farandulería, lo que sería peor. Mejor es que la Justicia sea considerada fría y distante, que no tiene ángel. Pero tiene que estar cercana, para acceder a ella con facilidad. Tiene que ser si simpática, tiene que tener *amusant* como dirían los franceses. ¿Esto qué quiere decir? Pues que, no está para hacer demagogia, sino para mantener las reglas de lo que alguien llamó la cordialidad o la cortesía. La “cordialidad” parlamentaria o la “cortesía” parlamentaria que reclamaba un respetable presidente del Senado argentino también vale en la relación de la Justicia con los justiciables, entre la Justicia y los ciudadanos y de los magistrados entre sí. El trato entre los actores de la vida judicial y forense debe estar signado por la “modosidad”, que es la debida guarda del modo y la compostura en sus conductas y ademanes. No tiene que ser una relación de agresividad, como tampoco la tiene que haber entre los tres poderes del Estado. No puede reclamarse públicamente por radio y televisión “que se vayan todos” (re-

ferido a los componentes de un poder del Estado) porque le irrita al Ejecutivo o le molesta al partido gobernante que exista una Justicia independiente. De aquella “cortesía” o “cordialidad” parlamentaria que invocaba “Julito” Roca, debemos transitar en la justicia y el foro al equivalente —en inglés— de la “armonía”, la “vinculación”, a trabajar juntos: *TOGETHERNESS*; como estilo o reproducción de comportamientos; es decir, como el “facsimilar” de las conductas de los hombres públicos.

La Justicia también padece otro malestar. Tiene que frecuentarse y encontrarse, y estar oliendo y sintiendo, percibiendo y escuchando, a la ralea infecta que pulula por doquier. Porque desgraciadamente el mundo está así; y si miramos en visión “macro”, resulta que los casos lindos, limpios, transparentes, alegres y joviales no llegan a la justicia porque no son conflictivos y, cuando se produce alguna controversia, éstas se resuelven por otra vía o de otros modos. La Justicia se encuentra con personas y personajes, con castas y linajes, con sujetos humanos y subhumanos, y hasta con especies que se consideran superiores cuando quieren ponerse por encima del nivel medio de la sociedad. Muchas veces se presencian en “ambos lados del mostrador” actitudes con la rabia en los dientes: esas son verdaderas “dentelladas”: dar malas razones o respuestas agrias (RAE). También la Justicia tiene el inconveniente de visualizar espectáculos que pueden ser irritativos. Allí aparece la náusea del “cochambre” que, como dice el diccionario de la Academia, se trata de situaciones de suciedad, de cosa puerca (la “cerda” o “la porcata”), propia de cosa grasienta y de mal olor. En verdad, es una tarea “estomagante”, es decir, desagradable y anti-pática. Por ejemplo cuando hay que indagar a los funcionarios públicos, cuando hay que llevar la investigación hasta comprobar el cohecho, el peculado, la coima, la extorsión y las mafias, entendiendo que hoy en día la intransparencia (para usar un término delicado cuando nos referimos a la corrupción en la función pública) ya no es la de antes, que era el corrupto aislado, el caso individual, que se suicidaba o la sociedad lo segregaba; sino que es grupal, organizado y se vale de la cercanía del poder o de la pertenencia al mismo para poder conjurar los riesgos y contar con la impunidad, el beneplácito, la complicidad y, si es posible, con la inmunidad posterior que le puede dar la función pública. Por eso la Justicia tiene que estar en el pantano cochambroso de tener que investigar esa porquería, esa basura, ese cáncer que dinamita a los sistemas políticos de América Latina y que causa tanto daño y tantas pérdidas como las guerras: en ambas tragedias las bajas de recursos —humanos y dinerarios— son incommensurables. En ese punto se asemejan *la guerra y la corrupción*, como que en otro orden de desgracias colectivas, parece evidente que *la inefica-*

cia y *la ineficiencia* pueden ser execradas por tan dañinas que son como formas de corrupción.

XIII. Si el mito de Sísifo del cual nos habla Albert Camus reviviera, diríamos que la tarea de la Justicia es pesada, ya que es subir la piedra hasta la cima y que la piedra se caiga de nuevo, y así sucesivamente; pero no hay que desanimarse. ¿Cuántas veces un juez cree que consiguió hacer Justicia y le revocan la decisión o no se la revocan pero después el Ejecutivo no la cumple, o los poderes de hecho y los de tensión o subversión, que pueden ser más fuertes que los poderes de la Ley y de la Constitución desbaratan la Justicia? Hoy en día las sociedades dinámicas tienen grupos de interés legítimos, porque defienden intereses, son grupos de presión, hacen *lobby*; pero también actúan grupos de resistencia y grupos ilícitos que desde la violencia, en la clandestinidad y con el terror, proceden artatamente con el objetivo de demoler a la Justicia y que no impere otra cosa más que venganza, linchamiento y arbitrariedad. Por eso la Justicia tiene que enfrentar la “graveza”. ¿Qué es la graveza? Es la carga y la dificultad que importa todo aquello que es grave, pesado o muy difícil.

Y por último, el “eretismo”, cuando hay que apuntar a la exaltación de propiedades vitales, o necesita acudir —diríamos— a otra cosa. El Juez necesita, sí, acudir al estímulo, a la confianza, a la convicción. Todos tenemos que abrigar la certeza y tener la convicción de que el juez ejercita realmente la función primigenia y la virtud fundamental, de “dar a cada uno lo suyo”, aunque se elude a veces la definición de qué es lo suyo de cada cual. Pero precisamente el “eretismo”, que es la exaltación de las propiedades vitales, esas cualidades que tiene que ejercitar el juez, sirve y basta para derrumbar todos los contratiempos que se le imponen, muchas veces originados en el lenguaje críptico de los autores de la ley. Les dejo este mensaje con la ilusión de que creo en la Justicia, refiriéndome a la Justicia del Poder Judicial y no al prejuzgamiento mediático. El juez más seguro no necesita ser demagogo, ni carismático, ni mediático, ni mesiánico, ni egocéntrico. Como dirían los ingleses, es suficiente con la distinción de su señorío, es decir, una dignidad —cualquiera sea su género o sexo— que ponga en juego el “dominio y libertad en obrar, sujetando las pasiones a la razón” (RAE).

¿Llegaremos al ideal de elevar el promedio de la calidad de nuestros recursos humanos en el sector público en general y en la esfera judicial en especial? Es un desafío pendiente, al que debemos abordar y encarar con la mayor vitalidad posible. De lo contrario, caeríamos en la previsión del pesimista nato, Friedrich Nietzsche, cuando, bajando los brazos, exclama-

ba: “La meta está demasiado lejos, y cuando al final la alcanzamos, casi siempre hemos agotado nuestras fuerzas en el largo buscar y luchar: llega uno a la libertad y está agotado, como una mosca fugaz en la noche” (confr., “Correspondencia”, t. II, Madrid, Ed. Trotta, 2008).

XIV. La decisión al respecto incube a la conciencia de cada uno. Las determinaciones se traman (en la acepción de “disponer con habilidad la ejecución de lo complicado y difícil”) a partir de una escala de valores cuya protección se entiende compartida por la mayoría de la sociedad. Que ese entendimiento no se malogre por errores de “implementación”, o que el lenguaje nos traicione con algún equívoco, como desgraciadamente sucede con el uso de vocablos que pueden expresar —la misma palabra— los extremos opuestos: tal es el caso del verbo “propulsar”, que tanto puede indicar lo que necesitamos, o sea, impeler hacia adelante (1ª acepción) o la acción contraria de “rechazar” y “repulsar” (2ª acepción). Tratemos pues de acertar en el hallazgo del camino a seguir. La bifurcación de los caminos puede llevarnos a un “imperio” —el de la justicia, la Constitución, la idoneidad ética y la técnica, la eficiencia, etc.— o puede desviarnos a un mero “emporio”, que si bien podemos apreciarlo con la mirada de un sitio floreciente, distará mucho de colmar los ideales y los valores que proclama el Preámbulo de nuestra Constitución en su cláusula final invocativa de “la protección de Dios, fuente de toda *razón* y *justicia*”.

Pido disculpas por la franca manifestación de mi pensamiento. Acaso suenen demasiado altos algunos tonos de la exposición formulada. Pero como todos tenemos un compromiso con la sociedad de la que formamos parte, considero que ni ustedes ni yo podemos sentirnos incómodos con el ejercicio debido de auscultar los males y sus raíces, pues no es el caso de sufrir “culpógenos” el reto que alguna vez brotó de la pluma o de los labios de William Shakespeare, cuando endilgó y apostrofó que “pocos quieren oír los pecados que les gusta cometer”. Ese no es nuestro caso.

Y respecto de los medios de comunicación y de la prensa en judicial: ¿qué espera la sociedad? Pues, muy sencillamente, que prosiga en su tarea, cumpliendo sus funciones con libertad y sin miedo, guardando la independencia que le permite ejercer la vigilancia sin pausa; pero también el pueblo que la sigue con respeto y atención ruega para que el periodismo no se convierta en escandaloso ni la prensa se torne “amarilla”. Dicho con palabras de Karl Popper, deberíamos evitar a los que por tentación o por intereses caen bajo la “ley de la adicción a las especies picantes...”. Una fina ironía de un gran pensador. ¡Punto final!

Conclusiones:

Las conclusiones de esta comunicación pueden resumirse en la afirmación de que la Justicia —en cualquiera de sus instancias pero con mayor razón en su “cabeza visible” que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación— sólo adquiere la dimensión y la visión de un real Poder del Estado cuando aparece ante los justiciables ejerciendo plenamente las facultades que le permiten convertir en potestades efectivas y concretas a sus funciones jurisdiccionales atribuidas por el ordenamiento jurídico, desde la Constitución Nacional hasta las leyes y reglamentos consecuentes.

De no ser así, estaríamos ante un poder virtual y no ante la dimensión cuantitativa y cualitativa de lo que la Ley Suprema reconoce y atribuye como un Poder del Estado: el Poder Judicial, estimado como tal en la misma jerarquía ontológica que los otros Poderes que a partir de Locke, Bolingbroke y Montesquieu se han constituido como elementos fundamentales del Estado constitucional de Derecho (confr. Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, año 1789, de Francia para la Humanidad).

Todo lo demás es lógica pura. Bien afirma Jorge A. Aja Espil en su consagrada tesis doctoral que “si los poderes implícitos son los medios idóneos para hacer viables las atribuciones expresas con que la Constitución ha investido a cada uno de los tres poderes, surge el interrogante del margen de discrecionalidad con que deberán ejercerse”; para concluir sosteniendo que “la regla jurisprudencial de la *razonabilidad*...es la que determinará si existe la “relación constitucional” entre el poder expreso y el poder implícito que hace eficaz a aquel” (confr., “Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes”, Ed. Tea, Bs. As., 1987, pág. 25). Este afamado maestro del Derecho reconoció en su obra que la proliferación de vocablos empleados, tales como poderes implícitos, poderes inherentes, poderes resultantes, etc., ha generado una “gran disparidad doctrinaria” (confr. “Poderes inherentes del Poder Judicial”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Marzo de 2004).

De allí que nuestra conclusión consista en desaconsejar enredarse en el bizantinismo terminológico, habida cuenta que de hacerlo tampoco se encontrarán equivalencias exactas o totales con el lenguaje adoptado por otros textos y exégesis de Constituciones afines (v.gr., la de EE.UU.); por lo

que parece más simple y útil adherir a las palabras de la propia Corte Suprema argentina cuando se ha considerado a sí misma como poseedora de las “facultades o privilegios *inherentes* a todo poder público, para su existencia y conservación; de ahí que tenga todas las facultades *implícitas necesarias* para la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado Nacional” (Fallos 319:24).

En consecuencia, más allá del juego de palabras y de la tropicalidad semántica, queda claro que si los llamados “implícitos” son poderes que auxilian y acompañan a las facultades que en forma expresa confiere la Constitución, los denominados “inherentes” también son consecuencia de atributos propios del órgano creado por la Ley Suprema: son inseparables, pues de no serlo así el órgano o instituto quedaría enervado o anulado en su *energía jurisdiccional*. Por ello coincidimos con el criterio de Aja Espil en el sentido de que podemos describir los “poderes inherentes” como aquellas potestades que son “propias y originarias” de cada uno de los órganos creados por el sistema constitucional (confr. ob. cit., “Constitución y Poder”, p. 160).

Por ello, es compatible la terminante aseveración de Carlos S. Fayt y de otros autores, en el deber —más que la posibilidad— de la aplicación de esos poderes para dotar a los tribunales (y en especial a los Supremos) “para dotar de efectividad a sus decisiones, o bien para enfrentar aquellas circunstancias en que dicha efectividad se encontrara en peligro” (confr., Fayt, “Los Poderes Implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. LA LEY, Bs. As., 2006, p. 92). A manera de colofón, nos permitimos susurrar que más allá del deleite literario del juego de los vocablos en danza, la verdad inconcusa radica en la necesidad imperiosa de apelar a todo lo “inherente” que sea necesario para materializar lo “implícito” o lo “explícito” en el duro desafío que se presenta ante la osadía de obstaculizar, ignorar o impedir la efectiva “realización” del Derecho —como la llamaba Von Ihering— a través de la eficacia y eficiencia de todas las decisiones jurisdiccionales. El Derecho será o no será nada.

Un Derecho no cumplido o ejecutado a medias, no es un Derecho ni puede ser considerado el cumplimiento del deber de otorgar justicia. El empalagamiento de la retórica promisorio no puede salvar la amargura y la frustración que causan las obligaciones no prestadas. Los jueces deben actuar en el momento oportuno (en “la estación procesal” correcta) y con la “serena firmeza” que el prologuista de la colección de “Fallos” señaló en la publicación del primer tomo de ese formidable monumento e insig-

nia del Derecho Constitucional que emana del repertorio de las sentencias que nos custodia como “Palas Atenea” en el pórtico de los desafíos que afronta la perpetua lucha entre la defensa el Derecho y la burla de la justicia por las impudicias y el atrevimiento de los ofensores.

Los jueces tienen a mano los instrumentos, las armas legales y las herramientas técnicas para cumplir cabal (y no burocráticamente) su altísima *función* de justicia: los “astreintes”, el “contempt of Court”, los delitos inculpables e imputables de desobediencia e incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, la promoción del “juicio político” a los altos jerarcas embriagados de la soberbia y la impunidad; y, especialmente, el apoyo de una sociedad que clama por la vigencia palpable, visible y concreta de la exigencia de la “responsabilidad” en el desempeño de las autoridades. ¿O es que somos menos corajudos que “el Justicia” de Aragón, que llevaba a cabo su cometido enfrentando la reticencia y hasta la resistencia del Rey con el uso razonable pero enérgico de sus potestades ejecutorias?.

La respuesta se hace esperar. ¿Hasta cuándo Catilina, cuidando los ascensos o precaviendo las remociones que puedan emanar el “dictum” de componentes politizados de un Consejo de la Magistratura?.

La Nación reclama actos de autoridad y no espasmos de autoritarismo.

Apéndice:

1) “*CONTEMPT OF COURT*”

Es un instituto propio de los regímenes anglosajones. La expresión inglesa apunta a sancionar el agravio al tribunal o al magistrado judicial. Dicho agravio puede residir en una agresión “en vivo y en directo”, consistente en un acto de rebeldía o contumacia (*contumelia*); o bien en forma indirecta, a manera de desacato, cuando frente a una orden judicial se incurre en su incumplimiento pese a estar en condiciones o ser de su incumbencia darle cumplimiento y efectividad (es el caso de los funcionarios y autoridades que consienten tal violación del Derecho, a sabiendas).

2) “*ASTREINTES*”

Son sanciones conminatorias, contempladas en el Art. 666 Bis del Código Civil argentino. Es una forma de compulsión para constreñir o presio-

nar al condenado remiso para que cumpla su deber u obligación. No es una pena ni una indemnización, sino una medida disciplinaria que toma el magistrado en ejercicio de su “imperium” con el fin de que se respete y se acate la decisión judicial. Al igual que en el “Contempt of Court” está en juego la necesidad de que se respete a la Justicia. Algunos la consideran una “presión psicológica”, pero su concreción es a través de una sanción crematística consistente en un pago por cada día de incumplimiento. Comenzaron a practicar esta modalidad los tribunales franceses en las primeras décadas del Siglo XIX, como medida accesoria de la resolución judicial que fuere desobedecida. Como dicen Salerno y Lacomarsino, “Código Civil” comentado (Ed. Heliasta, pág. 211): “Es un medio indirecto de obtener la ejecución de un pronunciamiento de la Justicia, aunque éste no tuviese efectos patrimoniales”.

3) “JUSTICIA DE ARAGON”

Fue establecido a fines del siglo XII como un magistrado independiente, con competencia para obligar al Rey a cumplir las leyes y las decisiones judiciales que se dictaran en amparo de los derechos y en la interpretación del Derecho foral. Con la llegada del Rey borbón Felipe V el “justiciazo” fue suprimido en 1711. En la actualidad existe y actúa a partir del Estatuto que rige la autonomía de Aragón, desde 1982. Tiene potestades para efectivizar sus decisiones.

4) “CONSTITUCION” de España

Si bien la primera Constitución (1812), conocida como “La Pepa” por su sanción en el día de la festividad de San José, por las Cortes reunidas en Cádiz, contemplaba la organización judicial en su “Título V”, no empleaba la expresión “Poder Judicial”. El mencionado texto estaba encabezado por una referencia que apuntaba al status y funciones de los jueces, con el siguiente texto: “De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal”. Esa Constitución contemplaba un régimen de monarquía limitada, aunque tuvo escasa vigencia con el retorno al poder absolutista por parte de Fernando VII.

La Constitución actual (año 1978) contiene un Título VI bajo la denominación “Del Poder Judicial” (Arts. 117 a 127): el inciso 1 del Art. 117 reconoce a los Jueces y Magistrados como “integrantes del Poder Judicial” y que “la Justicia emana del pueblo”, si bien se imparte “en nombre del Rey”.

5) *SEPARACION DE PODERES*

Al referirnos a este principio fundamental del constitucionalismo, es habitual la mención de Locke y de Montesquieu como sus grandes fundamentadores. Ello es cierto; pero no es superfluo traer a colación en este tema el nombre de Henry St. John, Primer Vizconde de Bolingbroke (1678-1751) cuyas ideas al respecto influyeron en la obra de Montesquieu. Se trata de un pensador y político inglés que desempeñó funciones parlamentarias y diplomáticas, con suerte variada: fue exitoso en la negociación de los Tratados de Utrecht, pero tuvo que emprender el camino del exilio a Francia a raíz de sus posturas contra Walpole. Se desempeñó como Primer Ministro durante un breve tiempo (1714-1715); pero su predicamento gravitó más a través de su influencia sobre Voltaire y Rousseau (o sea, del otro lado del Canal de la Mancha...), como ironía del destino.

TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

SUMARIO: 1. La polémica entre Alberdi y Sarmiento. — 2. Los antecedentes remotos. — 3. Los antecedentes patrios. — 4. La generación de 1837. — 5. La originalidad de Alberdi. — 6. La Constitución Nacional. — 7. Una nueva tipología de Loewestein.

Hace ya muchas décadas, había un tema que nos apasionaba a los entonces jóvenes adjuntos de la cátedra a cargo del maestro Segundo V. Linares Quintana, quien nos orientaba y estimulaba con su sabiduría y generosidad habituales.

Se trataba del *concepto de Constitución* que es, según la enseñanza de aquel, uno de los que ofrecen mayor número y variedad de formulaciones (1). Señala que “la pluralidad, a la vez que lo diverso de los conceptos de Constitución que han sido expuestos en el curso del tiempo, impone la necesidad de intentar la formulación de una *tipología* de las mismas...”.

En ese intento, Linares Quintana nos introducía al estudio de una amplia variedad de autores que sucesivamente nos atrapaban. En la imposibilidad de seguirlos, me limitaré a recordar primero a solo dos de ellos, para encuadrar a nuestra Constitución de 1853/60.

La tipología formulada por el Profesor *Manuel García Pelayo*(2) tiene la ventaja de que reposa sobre cada una de las grandes corrientes espiritua-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 14 de agosto de 2008.

(1) Verse el desarrollo del tema en LINARES QUINTANA, Segundo V.: “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, pág. 371 y siguientes.

(2) GARCÍA PELAYO, Manuel: “Derecho Constitucional comparado”, Primera Edición, Madrid, 1950, pág. 79 y siguientes.

les y sociales del Siglo XX. Clasifica aquél a las Constituciones en tres grandes tipos: I) el Concepto *Racional Normativo*; II) el Concepto *Histórico Tradicional*; III) el Concepto *Sociológico*.

Anticipo que, a mi juicio, nuestra Constitución dictada en 1853 contenía o exhibía, en diversa medida, elementos o rasgos incluidos en los tres tipos señalados. Los desarrollaremos sucintamente.

Así, en el *Concepto Racional Normativo*, la Constitución es un sistema de normas que establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. “Se trata de un concepto de ley con que opera el *liberalismo*, en la creencia de una planificación de la vida política, en una racionalización del acaecer político, basado en la razón como módulo”, afirma García Pelayo.

Hay una despersonalización de la soberanía; la Constitución es la soberana. O sea se eliminan los poderes arbitrarios y se crea el Estado bajo el signo del Derecho. Y éste se orienta según ciertos principios, que garantiza la Constitución, que es escrita, siendo aquellos válidos en todas las latitudes. Para ello se apela a dos condiciones: la garantía de los derechos individuales y la división de poderes.

Este concepto racional normativo es sin duda aplicable a nuestra Constitución de 1853/60, por su indiscutible ideología liberal, predominante entre quienes la sancionaron, resguardando en su parte dogmática los derechos individuales sostenidos por el jusnaturalismo y precaviendo en la edificación de los órganos de gobierno su independencia y equilibrio, conforme con aquella ideología.

En la explicación de García Pelayo, el *Concepto Histórico Tradicional* aparece como ideología del conservatismo frente al liberalismo, como la antítesis entre razón e historia, entre Racionalismo e Historicismo. Dice aquel: “Pero en todo caso, el *historicismo* constituye el fundamento espiritual de la tesis de que la Constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y furtivos irreductibles a un esquema” “La organización constitucional ha de responder al espíritu o al carácter nacional, sin que sea posible su extensión a otros países o su recepción por ellos”.

Sin entrar al análisis de las diversas modalidades que abarca el Concepto Histórico Tradicional, según el estudio del maestro español, lo que

recordaremos más adelante sobre los antecedentes históricos nacionales de nuestra Constitución nos exime ahora de mayores comentarios. Bástenos por ello afirmar que también el Concepto Histórico Tradicional es aplicable a nuestra Constitución.

El *Concepto Sociológico* de Constitución es, según García Pelayo, una aplicación del sociologismo en el campo constitucional. Aunque acepta coincidencias entre los conceptos histórico y sociológico, señala que éste se opone a los conceptos racional e histórico. Para el concepto sociológico: a) La Constitución es una forma de ser y no de deber-ser; b) La Constitución no es un resultado del pasado, sino inmanencia de situaciones y estructura sociales del presente.

Dentro de este orden de ideas, recordemos a Esteban Echeverría adalid de la Generación de 1857, quien en su “Ojeada retrospectiva”, que precedió al “Dogma Socialista”, recomendaba como punto de partida estudiar nuestras leyes, nuestras costumbres, *nuestro estado social...* “No salir del terreno práctico, no perderse en abstracciones; tener siempre clavado el ojo de la inteligencia en las *entrañas de nuestra sociedad...*”.

Quiero referirme a otra coincidencia práctica de nuestra génesis constitucional con un pensador militante en el concepto sociológico que cita García Pelayo: Fernando de Lasalle. Para éste, los problemas constitucionales no son prioritariamente problemas de Derecho sino de poder; la verdadera Constitución de un país reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas mas que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad.

Podríamos acotar una coincidencia del pensamiento aludido con un episodio de nuestro proceso constitucional, lo que antes he tenido oportunidad de señalar (3). Hace tiempo, citando a Lasalle, recordé la importancia práctica que tuvo el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos al asociar a la empresa constitucional a los factores de poder actuantes en las disímiles situaciones provinciales, para evitar otro salto en el vacío.

(3) Véase AGUIRRE LANARI, Juan R.: “La política de Corrientes y la acción del Dr. Pujol como antecedentes del Acuerdo de San Nicolás”; Boletín del Museo y Biblioteca de la Casa del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, Serie X, N°, pág. 19 y siguientes.

Además de la tipología de García Pelayo, resulta imprescindible para encuadrar a nuestra Constitución citar la clasificación de las constituciones en *Originarias* y *Derivadas*, que formula el maestro Karl Loewenstein (4).

La Constitución *originaria*, para Loewenstein, es un documento de gobierno que contiene un principio funcional nuevo, verdaderamente creador, y por tanto original, para el proceso del poder político y para la formación de la voluntad estatal”. En cambio, en la Constitución *derivada* nos referimos a un tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan solo una adaptación a las necesidades nacionales”.

Loewenstein señala que las Constituciones originarias son poco frecuentes, destacando que ello se debe al temperamento conservador del hombre político, dando unos pocos ejemplos o tipos de las mismas. Y agrega más adelante que “prácticamente todas las otras constituciones escritas son más o menos derivadas en el sentido de que se apropiaron de características de otras formas constitucionales y las adaptaron a sus necesidades naturales”.

Loewenstein destaca que “decidir si una Constitución es realmente creadora o simplemente una copia, supone, frecuentemente, un juicio de valor subjetivo”. Esto es una verdad incuestionable en el campo de la crítica constitucional y nos corresponde abordarlo en nuestro análisis sobre el encuadramiento de la Constitución de 1853/60.

1. La polémica entre Alberdi y Sarmiento

Establecidas las diferencias entre las Constituciones consideradas originarias y las derivadas, cabe encuadrar a la nuestra según corresponda.

El tema ha provocado divergencias desde la gestación de la Constitución de 1853. Las mismas se entrelazan respecto a la relación de ésta con la Constitución norteamericana. La identificación total, parcial o mínima entre la letra y el espíritu de las mismas, sostenida o pretendida y la presencia u olvido de los antecedentes nacionales, encendieron tempranamente las discrepancias a partir de la polémica entre Alberdi y Sarmiento.

(4) LOEWENSTEIN, Karl: “Teoría de la Constitución”, Editorial Ariel, Barcelona, 1964, pág. 209 y siguientes.

Con distintos matices ella fue revivida durante los años posteriores y hoy mismo, entre otros casos, dio motivo a diferencias de opinión, suscitadas entre un indiscutido maestro en la materia, el Académico doctor Dardo Pérez Guilhou (5) y dos jóvenes y promisorios estudiosos, los doctores Manuel José García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo (6).

1. Bajo la luz de los iniciales y memorables tiempos de Mayo nacen dos notables patriotas argentinos (7), dos hombres que desde muy temprano estarán destinados a tener una actuación por demás preponderante para los destinos de nuestra nación y de su *ordenamiento constitucional*. Sin duda con notas que los hicieron sobresalir entre un grupo generacional compuesto también, al mismo tiempo, de otras mentes brillantes. En el año 1810 nacía Juan Batista Alberdi y con algunos meses de diferencia, en 1811, Domingo Faustino Sarmiento. El ilustre jurista tucumano fue un pensador político de excepción, que trascendiendo el legado que recibiera de su entrañable Echeverría (8), resultará de fundamental, trascendente y decisiva significación para la definitiva organización del país (9). Por su lado, el sanjuanino, notable adalid de nuestra historia, fiel a su personalidad (en la que conjuga la razón y la pasión), mostrará su aguda y crítica visión sobre esa estructuración constitucional de la nación que los tiempos estaban demandando.

Las opiniones y puntos de vista de estos dos prohombres, en la etapa de nuestra historia tan determinante como lo fue la finalización del período rosista y la concluyente tarea de construcción constitucional argentina, nos mueven a efectuar algunos otros comentarios, sobre la conocida polémica suscitada entre los mismos en la época en que tanto Alberdi como Sarmiento se encontraban exiliados en Chile.

(5) La controversia la inicia un artículo del Académico PEREZ GUILHOU, D. titulado "Las fuentes de la Constitución Nacional", publicado en el "Suplemento La Ley Constitucional" del 15 de marzo de 2007, pág. 1.

(6) Véanse los libros de GARCIA MANSILLA, M. J. y RAMÍREZ CALVO, R. titulados "Las fuentes de la Constitución Nacional", Bs. As., 2006 y "La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana", Bs. As., 2008.

(7) "Los dos intelectuales más importantes de la primera mitad del siglo XIX argentino", afirma Marcos Mayer, en su Estudio Preliminar a "Cartas Quillotanas, Juan Bautista Alberdi – Las Ciento y una – Domingo Faustino Sarmiento", Editorial Losada, pág. 7.

(8) "Carta" en la que Echeverría lega su pensamiento a Alberdi y que figura en la pág. 437 de la edición del "Dogma socialista" publicado por la Universidad Nacional de La Plata, 1940, con prólogo de Alberto Palcos.

2. Al propio tiempo que la lucha contra Rosas se encaminaba en nuestro país, a una definición con el triunfo de los ejércitos del General Justo José de Urquiza, la estrecha relación de amistad que vinculaba a Sarmiento y Alberdi sufriría, estando éstos en el país trasandino, un duro distanciamiento y ruptura que, no obstante presagiarse en correspondencia que entre ellos venían dirigiéndose con anterioridad, se puso en evidencia de manera pública, por medio de las *“Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina”* que Alberdi le escribe a Sarmiento a comienzos de 1853, desde el retiro apacible de Quillota (*“Cartas quillotanas”*) y de las que este último, por su parte, hará llegar en contestación al tucumano al poco tiempo, en marzo de ese mismo año, con las denominadas *“Las ciento y una”*. Alberdi volverá nuevamente sobre estos escritos de Sarmiento en su *“Complicidad de la prensa en las guerras civiles de la República Argentina”*.

En esta conocida discusión, fuera de los ataques de carácter personal y de muy elevado tono que se dirigieron, las diferencias en las posiciones que ambos patriotas mantuvieron sobre la organización constitucional del país (y, porque no, en el fondo, las coincidencias que exhibieron en orden a principios superiores comunes), no solo podrían descubrirse en aquellos escritos, sino que también se continuaron, luego de sancionada la Constitución en Santa Fe en el mes de Mayo de 1853, en los *“Comentarios de la Constitución”* de Sarmiento y en la réplica de Alberdi, con sus *“Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”*, los dos del mismo año 1853 (10).

Pero la base conceptual de la polémica suscitada entre estos dos grandes hombres, se entronca sin duda con ideas políticas que cada uno personificaba, aunque hay que reconocer, que *“los dos creían, igualmente, en*

(9) Según PEREZ GUILHOU, Dardo, en la obra de Alberdi hay “una notable superación del amigo (Echeverría), ya desaparecido, en cuanto a la profundidad, riqueza, viabilidad en hechos concretos y vastedad de pensamiento”. Agrega este estudioso, que a su juicio “no hubo en la Argentina de ese momento, ni muchos años después, una respuesta que intentara abarcar con semejante coherencia todos los problemas del orden político... con su estilo ágil, pleno de respuestas prácticas, logró reflexiones de perdurable valor”: “El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853”, Depalma, 1984, pág. 2/3.

(10) La correspondencia privada que venían manteniendo Alberdi y Sarmiento con anterioridad a las “Cartas quillotanas” denotaban el alejamiento que se produciría. En ellas Sarmiento, con insistencia cada vez más acentuada, ponía en evidencia su disgusto por actitudes políticas del General Urquiza. Al propio tiempo Sarmiento, ya en Chile, se siente desplazado en la formación del Club de Valparaíso del que Alberdi fue su mentor.

el progreso, que ambos lo habían erigido en dogma"(11). Así, Zorraquín Becú, hace notar que "Alberdi se incorpora sin dificultad a la llamada *tradición liberal argentina...*, concibiendo el progreso como algo que se realiza través del tiempo y del espacio, algo que deviene con la humanidad misma y evoluciona de acuerdo con el ritmo social... algo que no se logra a golpes de puño ni puede imponerse a la concreta sabiduría de la historia". Sarmiento, dice asimismo este autor, "también pertenece al cónclave de los nacidos en los aledaños de la revolución de Mayo, ...pero en su pensamiento atribuye a la razón el carácter de supremo fetiche, motor exclusivo de todo progreso". "Ese es el origen intelectual del divorcio entre los pensamientos de estos dos patriotas"(12).

En su empeño por alcanzar la construcción constitucional del país, Alberdi defiende de tal forma a Urquiza, está con las provincias y el Acuerdo de San Nicolás, y proyecta sus Bases para la organización nacional. Sarmiento escribe contra el General de la Confederación, a quien lo ve como un ambicioso de poder, está con Buenos Aires y contra el Acuerdo de San Nicolás al que ataca despiadadamente.

3. La controversia personal desatada encuentra estos directos antecedentes. El 12 de noviembre de 1852 Sarmiento escribe "*La campaña en el ejército grande*" en contra del general Urquiza, con una "dedicatoria" dirigida a Alberdi. Tal dedicatoria (comenzada con un "*mi querido Alberdi*"), que hace referencia inicialmente a un "acuerdo" al que antes habrían llegado los dos para "*no mezclarse en este período de transición pasajera que se habría en el país luego de la caída de Rosas* (pero que ninguno de los dos observaría), pone de manifiesto las "*prudentes reservas*" que antes de conocerlo Sarmiento ya abrigaba sobre el vencedor de Caseros (13). Tal era la intención que traía Sarmiento en su vuelta a Chile, luego de haber viajado para estar junto a Urquiza, en una situación que lejos estuvo de complacerlo realmente (14).

(11) ZORRAQUIN BECU, H., "La polémica de Alberdi y Sarmiento en Chile", Prólogo en "Las ciento y una", Ed. Losada, 2005, pág. 63.

(12) ZORRAQUIN BECU, H., "La polémica..." citado pág. 65.

(13) SARMIENTO, D. F., "La campaña en el ejército grande", pág. 16.

(14) Fue "Boletín" del Ejército grande, pero lo que más afectó su espíritu, es la actitud de Urquiza que no le brinda la consideración que Sarmiento estimaba merecer, no dedicándole el tiempo necesario para escucharlo y detenerlo, como es posible lo pretendiera Sarmiento, como su "consejero" en esos momentos tan trascendentes de la organización nacional.

Era evidente que Alberdi y Sarmiento tomaban diferentes actitudes en relación al protagonismo de Urquiza en el proceso que se avecinó luego de la victoria de las armas. Sarmiento como hemos dicho, sufre decepciones en la relación que inicialmente pretende con el General, y basado además en la propia apreciación de los hechos que rodeaban el accionar político de Urquiza, lo llevan a adoptar una posición cada vez mas dura en su contra.

Muchos de los que habían emigrado de Argentina y se encontraban en Chile, en general coincidían que Urquiza era el hombre que el destino había puesto para “limpiar el camino de obstáculos” (derribar al régimen rosista), para poder “volver a la patria para gobernar”, pero “Urquiza se había propuesto al mismo tiempo la organización nacional y eso también era un programa político” (15).

4. Antes de la “*Dedicatoria*” de la “*Campaña...*”, Sarmiento (Diputado al Congreso Nacional Constituyente por la Provincia de San Juan) con fecha 13 de Octubre de 1852 había enviado al General Justo José de Urquiza la que se conoció luego como “*Carta de Yungay*”.

En esa larga misiva expone con crudeza sus opiniones. Sarmiento invoca para sí su “*patriotismo honrado*”, y a Urquiza le critica nombramientos y otras decisiones políticas, pidiéndole que enmiende los “errores” pues “si continúa en ellos, la paz pública, el orden, *la constitución que se propone dar*, serán la piedra de Sísifo que se le derrumbará a cada momento...”, a modo de invocación expresaba “...Estados Unidos enseñadles el medio de constituirse federales... (16).

Estos eran los puntos sobre los que giraba el pensar de Sarmiento.

5. Pero mantengámonos en el terreno de las opiniones que vertieron sobre las fuentes de la Constitución que nacía.

Juan B. Alberdi había emigrado a Chile en el año 1844, donde se radicaba vuelto de Europa. Sarmiento, que se encontraba ya en esa nación desde 1840, en el año 1845 parte de viaje por distintos países europeos y por Estados Unidos, regresando al país trasandino en el año 1848. Allí las

(15) ZORRAQUIN BECU, H., “La polémica...” citada, pág. 38.

(16) SARMIENTO, D. F., “Carta de Yungay”, 1852.

noticias sobre los movimientos militares contrarios al régimen rosista que se producían en la Argentina, lo llevan luego a trasladarse en el año 1851 a Montevideo con el fin de entrevistarse con el Jefe militar, que había comenzado allí la campaña contra el gobierno de Rosas. Sarmiento finalmente se reúne con Urquiza en Gualeguaychú, Entre Ríos.

De ese lugar, como ya adelantamos, vuelve Sarmiento a Chile el 10 de junio de 1852 desencantado de Urquiza. Entre tanto, los cientos de argentinos en Chile que vivían repartidos entre Valparaíso y Santiago, reciben en general la noticia de la caída del gobierno de Rosas con gran entusiasmo. Ven, como lo veía Alberdi, *la posibilidad de la organización del país con esperanzas y optimismo* (17).

Alberdi se mantiene en Chile y se concentra en la *elaboración de lo que serían las “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, que en su segunda edición de julio de 1852 incluirá su “Proyecto de Constitución”*.

Los antecedentes de los escritos de Sarmiento que se han comentado (*“Dedicatoria...”* y *“Carta de Yungay”*) darían lugar a lo que serían las recordadas cartas escritas por Alberdi en Quillota, que se dirigen a *controversar la resistencia de Sarmiento “al nuevo orden de cosas” nacido luego de la caída de Rosas* (18).

6. Alberdi habla de *“orden y pacificación”* en la nueva etapa de la nación, período en el cual se trataría *“de Constitución, de leyes orgánicas, de reglamentación de administración política y económica, de código civil, de código de comercio, de código penal, de derecho marítimo, de derecho administrativo”*, descalificando la *“prensa de combate”* (que atribuye a Sarmiento) que se presenta *“enana frente a estos deberes”*. Sarmiento, debe reconocerse que *no niega la proyección que sin duda tendrían tales*

(17) GUTIERREZ, J. M., que es uno de los que se encuentra exiliado con Alberdi, retorna a Buenos Aires y ocupa un Ministerio en el gobierno de Vicente López.

(18) Anotado el *“origen personal y apasionado”* de la posición del sanjuanino, Alberdi le dice a Sarmiento en su Primer Carta quillotana *“...Usted posee un crédito legítimo, que debe a sus nobles esfuerzos de diez años contra la tiranía derrocada por el general Urquiza. Ese crédito le ha dado imitadores y sectarios antes de ahora; y tanto como era provechosa su iniciativa cuando Ud., combatía lo que detestaba de corazón toda la República, sería peligroso que Ud., atrajese a la juventud, que conoce sus antiguos servicios, en el sentido turbulento y continuamente agitador de sus publicaciones posteriores a la caída de Rosas...”*.

temas, pero en esas circunstancias se limita a contestar, terminantemente, “...estamos en guerra”, no estamos en paz (19).

Puestos en el análisis que estamos efectuando, debe aceptarse que Alberdi *reconoce los méritos de Sarmiento* en su prédica anterior a la caída del gobierno de Rosas, coincidente con la que a su entender deben atraer la atención luego de desaparecido el régimen. Le señala así: “...por diez años usted, ha sido el soldado de la prensa, un escritor de guerra, de combate...*las doctrinas eran armas, instrumentos de combate, no fines...*es “un hecho que cede en honor suyo...*comercio, inmigración, instrucción, navegación de los ríos, abolición de las aduanas...*”, pero Alberdi le indica a Sarmiento, que tales cosas *deben tomarse de manera distinta, luego del triunfo sobre el enemigo de tales ideas* (20).

Al mismo tiempo que contestará los ataques que Sarmiento le hace, el tucumano señala como un *deber* de quienes piensan como él, el de defender a Urquiza de las acometidas de Sarmiento, como antes lo habían defendido de los ataques de Rosas.

Sarmiento, que inicialmente elogia las “Bases” y el “Proyecto de Constitución” de Alberdi, luego de su viaje por los Estados Unidos *se manifiesta decididamente partidario de la organización constitucional de ese país y de los autores americanos* (Hamilton, Madison y Jay, Story, Curtis, Marshall, Webster, etc.) *y ponderando la interpretación judicial que en esa nación del norte se efectuaba de la Constitución, insiste en varias oportunidades sobre la necesidad y conveniencia de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se aplique y sirva para interpretar la Constitución dictada en la Argentina.* Alberdi por su lado contestará, velando celosamente por su obra, que “si se desea ver destrozada a la Constitución de nuestro país, no se necesitará más que eso, la aplicación de la doctrina judicial americana” (21).

7. Alberdi entendía, y eso fue lo que condujo su labor de aporte a la gran obra constituyente argentina, *que el concepto de constitución debía conciliarse con la historia y la realidad.*

(19) SARMIENTO, D. F., “Las ciento y una”, Primera carta, Ed. Losada, pág. 308.

(20) ALBERDI, J. B., “Cartas quillotanas”, Primera carta, Ed. Losada, pág. 88.

(21) ALBERDI, J. B., “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, en “Obras completas” t. V, pág. 148.

Este criterio “*historicista*” en Alberdi lo destaca con acierto Pérez Guilhou al decir “...En Alberdi, por lo tanto, *la originalidad no está en captar solamente las distintas circunstancias nacionales* como lo había expresado en intentos anteriores. Ahora *se sustituye el concepto normativo-sociológico de constitución por su concepto mas rico que concilia razón, historia y realidad, en donde la segunda juega un papel importantísimo y enriquecedor de las otras notas*” (22).

8. En oposición al pensamiento de Alberdi, Sarmiento confía en un *método racional deductivo, al margen del acaecer histórico*. De ahí puede encontrarse en él la idea del “*trasplante institucional*”(23), que fundamenta su posición en el sentido de que *las mejores normas constitucionales deben buscarse y encontrarse con independencia de antecedentes históricos propios que puedan influenciarlas* y desde tal idea, luego de reconocer su alejamiento de la cultura y escuelas europeas (especialmente la francesa) en las que admite haberse educado, Sarmiento afirma que “...*ahora y desde estos últimos años me he vuelto a otro sol que no se eclipsa, que ninguna nube oculta: los Estados Unidos*(24). De ahí su afirmación de que “*la práctica de otras repúblicas haría jurisprudencia entre nosotros*” (25).

Reconoce Sarmiento la influencia de Alberdi en la Constitución de 1853, varios de cuyos artículos admite que han sido copiados de las “Bases” de este último. Advierte al mismo tiempo que *muchos otros lo han sido directamente de la Constitución americana de Filadelfia de 1787*. Precisa-

(22) PEREZ GUILHOU, D., “El pensamiento conservador de Alberdi...” citado, pág. 15. En “Historia de la originalidad constitucional argentina”, este autor agrega referido al pensamiento del Alberdi: “Es necesario empezar reconociendo las raíces hispánicas, aceptar el proceso institucional desde mayo de 1810, no ignorar la lucha fratricida entre unitarios y federales, considerar al hombre argentino con su ignorancia, estado semisalvaje, religiosidad y predisposición a levantar y seguir caudillo. De una vez encontrar un régimen político garantido por una constitución escrita que registre esas circunstancias dando estabilidad a las instituciones y poder así producir los cambios benefactores que impulsarán al país hacia un futuro mejor”, pág. 52.

(23) BOTANA, N. J., “La tradición republicana”, Ed. Sudamericana, 1984, pág. 340.

(24) “Como teoría, como hecho práctico, como poder, como influencia, como porvenir, por todos aspectos, la democracia allí la encuentro fuerte, consistente consigo misma y dominante aun como hecho”: Correspondencia entre Sarmiento y Lastarria (1844-1858), Anot. M. L. del Pino de Carbone, 1954, pág. 37.

(25) SARMIENTO, D. F., “Obras completas” tomo XXV, pág. 179, referido por D. Pérez Guilhou en “Historia de la originalidad...” citado, pág. 63.

mente la crítica que reitera, es, esencialmente, *porque no se ha efectuado una copia fiel y completa de la constitución del país del norte.*

Por lo tanto, no puede decirse, en rigor, que Sarmiento haya negado que distintos aspectos de la Constitución de 1853 fueran inspiración y creación de Alberdi (que rescataba la influencia de fuentes propiamente vernáculas), sino que *cuestiona básicamente que no se haya adoptado e “imitado” totalmente la constitución americana que ha servido, de todas formas, de fuente directa también a muchas de sus normas.* Para Sarmiento, en ese afán de imitar lo que concebía como un modelo de organización política constitucional, era mejor *“seguir un camino con tanto éxito trillado y aceptar maestros y antecesores, que el vano empeño de principiar la creación de un gobierno que al fin de cuentas no se sabe lo que será”*(26).

Desde ya debemos decir que Sarmiento en su *“Argirópolis”*, escrita en marzo de 1850, tiende ya a exponer su pensar acerca de la *organización del país mediante la sanción de una Constitución*(27).

Alberto Gerónimo Mosquera señala, aludiendo a estos dos patriotas, *“sin quererlo equiparar a Alberdi, quien lo aventaja por los estudios sistemáticos que pudo realizar en la universidad, Sarmiento no le va en zaga en cuanto a la documentación que atesora, a las lecturas que tiene hechas en materia de derecho público y a esa interpretación lúcida de la realidad del país, agregando, con un juicio que compartimos, que se trataba “de dos individuos cuyos talentos estaban fuera del común de los hombres; dos personalidades cuyos niveles intelectuales son raros ejemplos en la historia de los pueblos”*(28).

(26) SARMIENTO, D. F., “Obras completas” tomo XIX, pág. 69.

(27) En este libro se tratan diversos temas que intentan echar algunas bases en tal sentido: delegación de poderes de las provincias al Gobernador de Buenos Aires para las relaciones internacionales; formación de un estado federal integrado por la Argentina y repúblicas vecinas —Paraguay y Uruguay—; acuerdo para crear una capital (Argirópolis) que no fuera Buenos Aires, atribuciones del Congreso de la Confederación.

(28) MOSQUERA, A. G., “Sarmiento y la Constitución Nacional”, pág. 49 y sigtes. Es de hacer notar que los “Comentarios de la Constitución” de Sarmiento evidencian sin lugar a dudas, y aun sin ser abogado, los conocimientos de éste en la materia siendo que, como hecho destacable, que al introducirse la enseñanza del Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, Sarmiento es el primer profesor designado para dictarla en agosto de 1855.

9. Alberdi defiende su posición y los principios que sustentaron los trabajos que realiza para la “organización” institucional del país y el Proyecto de constitución que elabora. Así, y no obstante ser cierto que la Constitución norteamericana de Filadelfia puede descubrirse inspirando no solo el Preámbulo, sino varias disposiciones del proyecto del jurista tucumano, este señala a igual tiempo, como fuentes que le permitían sostener la originalidad de muchas otras normas de la carta fundamental que proyectaba: *“La historia política de la colonia hispano argentina y no la historia de las colonias inglesas de Norteamérica; la historia de la revolución del Plata y no la historia de la revolución norteamericana; nuestras constituciones ensayadas en los cuarenta años precedentes y no los ensayos precedentes de la constitución de la nación americana; los partidos, las luchas, las doctrinas de los pueblos argentinos y no las luchas de los intereses opuestos de los pueblos de Norteamérica tan distintos a los nuestros; la capacidad de los habitantes, la disposición del suelo, las clases de industria, el estado de cultura, la extensión de la población de los pueblos argentinos y no de otra nación diversísima en todos esos ramos es la verdadera fuente de comento y explicación de la constitución actual argentina, como ha sido de su elaboración para el Congreso”*(29).

10. Alberdi insiste en las fuentes vernáculas de la Constitución y del sistema federal que ella adopta. *Toda “nuestra historia colonial y revolucionaria y posterior a la organización nacional explica el sistema de Gobierno que nos rige”* (30). Las fuentes que según Alberdi sostienen la originalidad de los preceptos de la Constitución, fueron por él estudiadas y expuestas con prolijidad. De orden unitario en unos casos (unidad de origen español en la población, unidad de creencias, de gobiernos provinciales como integrantes de un solo estado, unidad territorial, etc.) y federales en otros (el largo interregno y aislamiento de las provincias, especialidades propias de cada una derivadas el suelo y del clima, distancias, falta de caminos, los pactos y tratados, el provincialismo monetario, etc.).

11. Aun cuando Sarmiento, ya lo hemos señalado, tiene a la Constitución norteamericana y a los autores de ese país como soporte de sus ideas sobre la organización constitucional que debe hacerse en nuestra nación,

(29) ALBERDI, J. B., “Estudios sobre la Constitución Argentina ...” citado págs. 161 y siguientes.

(30) ALBERDI, J. B., “Estudios sobre la constitución...” citado, pág. 130.

y sostiene que en esa Constitución de Estados Unidos debe encontrarse la fuente de nuestra carta de 1853, *puede no obstante descubrirse, que en el desarrollo de sus "Comentarios..." también ha llegado a aceptar que "...nuestras doctrinas, busquen su piedra de toque en los hechos peculiares del país que va a constituirse"*(31).

12. En este esbozo final, creemos que efectivamente ambos antecedentes deben reconocerse entre las fuentes de la Constitución Argentina. La influencia de Alberdi nadie podría negarla y resulta así incuestionable. Dice con acierto Jorge M. Mayer, que "basta comparar el proyecto de Alberdi con la Constitución de 1853 para constatar sus semejanzas" (32). Más de 46 artículos de la Constitución de 1853 han sido copiados, literalmente del proyecto de Alberdi "y su filosofía institucional es la misma".

Si bien también es indiscutible que Alberdi ha tenido en cuenta la Constitución de Estados Unidos como fuente en la elaboración de su Proyecto, de manera alguna podría sostenerse, según se ha dicho, que resulte una copia de la misma (como lo hubiera deseado Sarmiento, tan partidario como era de la Constitución norteamericana): *"La cuota de presencia del modelo norteamericano es ineludible, no obstante fue transformado y ajustado a los requerimientos que consideraron Alberdi y los hombres de Santa Fe"*(33).

13. El "Proyecto de Alberdi y la Constitución de 1853 se apartan paralelamente del método tanto de la Constitución norteamericana de 1787 como de la complicada constitución unitaria de 1826" (34). De tal manera, bastaría consignar por ejemplo, que el régimen federal que en nuestra constitu-

(31) SARMIENTO, D. F., "Examen crítico del Proyecto constitucional de Alberdi" en "Obras completas", tomo VIII, pág. 31. Incluso, es sabido que al poco tiempo de la publicación de las "Bases" de Alberdi y de su Proyecto de constitución (que aparece en la segunda edición de las Bases de julio de 1852, editada a instancias de su amigo Juan María Gutiérrez), Sarmiento le expresa a Alberdi en Carta del 19 de septiembre de ese mismo año, que "su Constitución es un monumento, es nuestra bandera, nuestro símbolo...va a ser el Decálogo argentino..." ALBERDI, J. B., "Obras completas", tomo IV, pág. 135.

(32) MAYER, J. M., "Las Bases de Alberdi", 1969, pág. 82.

(33) PEREZ GUILOHU, D., "Historia de la originalidad constitucional..." citado pág. 60.

(34) ALBERDI, J. B., "Bases", Ed. Julio 1852, pág. 230; MAYER, J. M., "La influencia de Alberdi, Gorostiaga, Campillo y Gutiérrez en la Constitución de 1853", AD, Anales, Año XVI, 2da. Epoca, Número 19, pág. 10.

ción se consagra como sistema de gobierno (...representativo, republicano y federal...) *es mucho menos acentuado que el norteamericano*. Alberdi mismo lo califica como un *régimen mixto de central y provincial*: "...el pueblo divide en dos partes el ejercicio de su soberanía: ejerce una de ellas solidariamente con las demás provincias y desempeña la otra aislada y separadamente, por medio de las autoridades locales, que gobiernan en los objetos particulares de las provincias" (35).

14. Refirmando estas características, encarecidas por Alberdi y que daban un sello original a nuestro federalismo, recordamos lo que con todo acierto mostraba José Manuel Estrada al dictar sus Conferencias en la Universidad de Buenos Aires hacia 1877/1878: "...La marcha histórica de los Estados Unidos desde el nacimiento de aquella nacionalidad hasta su organización definitiva ha sido *de la diversidad a la unidad* (las Colonias de Norteamérica eran absolutamente independientes entre sí; cada una su gobierno propio, leyes y costumbres diversas; podían tener ciertas analogías pero *jurídica e históricamente* eran independientes: estaban sujetas a la autoridad real de Inglaterra, pero no existía una *autoridad secundaria* que ejerciera el poder general sobre el cuerpo colonial...Completamente diversa ha sido la marcha de la república argentina en su desarrollo histórico, pues, no obstante la diversidad de corrientes de inmigración que poblaron las provincias y no obstante la independencia relativa en que se encontraban en los primeros tiempos de la colonia, mediaron causas que hacían de ellas una *verdadera unidad social*: conformación del territorio, unidad de legislación, la comunidad de intereses, la constitución industrial y mercantil del país..." (36).

15. Sobre este tema también señalaba nuestro siempre recordado Carlos Sánchez Viamonte, que la República Argentina es un estado federal "...que desde el punto de vista histórico es *"mixto de central y provincial"* (federación unitaria o sistema mixto de unidad federativa) (37).

(35) ALBERDI, J. B., "Bases" citada pág. 114 y sigtes. Asimismo AGUIRRE LANARI, J. R., "Los fundadores de la ciencia política en la Argentina", A. Nac. de Der., Anales, Año XXIV 2da., Epoca, nro. 17 pág. 72 y sigtes. SANCHEZ VIAMONTE "Manual de derecho constitucional", pág. 77 y siguientes.

(36) ESTRADA, J. M., "Curso de derecho constitucional, federal y administrativo", 1895, págs. 29, 291.

(37) SANCHEZ VIAMONTE, C., "Derecho constitucional", tomo I, pág. 407.

Matienzo, por su parte, manifestaba claramente que *“El federalismo argentino no era el norteamericano”*(38).

16. Considerando la posición que tanto Alberdi como Sarmiento sostienen sobre la auténtica explicación de los textos constitucionales, podemos concluir de acuerdo con nuestro admirado colega y querido amigo Jorge Aja Espil (que en alguna otra oportunidad hemos tenido también el honor de citar) (39), que a pesar de la polémica entre estos dos patriotas *“ni la crítica de Sarmiento ni la defensa de Alberdi son enteramente justas”*. Agrega Aja Espil, que *“analizados los hechos con la serena perspectiva que otorga el paso del tiempo, las conclusiones nos llevan a emitir una interpretación mas acorde con las sanas intenciones de esos eminentes prohombres. Así, puede concordarse que el propósito de Sarmiento está dirigido fundamentalmente, a sostener que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con la doctrina constitucional y jurisprudencia norteamericanas con el único fin de salvaguardar la letra constitucional, que tanta sangre y desvelos costaron al pueblo argentino, evitando que una interpretación torcida de sus normas eche por tierra tamaño esfuerzo”*(40).

17. Nicolás Avellaneda condensa finalmente una opinión justa y acertada acerca del pensamiento que de alguna manera hemos expuesto de Alberdi y Sarmiento. En sus escritos de 1859 y con una intención conciliadora que no siempre se observó por quienes abordaron este tema, pudo decir ese gran presidente argentino, que *“hay mucho de verdad en el sistema propiciado por Sarmiento; pero es cierto también, como lo afirma Alberdi, que no deben olvidarse en todo punto los antecedentes nacionales para la interpretación de la ley patria. Ambas tendencias pueden fácilmente armonizarse, reduciéndolas a su verdadera medida...”*, *los trabajos de Alberdi y Sarmiento, “hostiles como son, se explican, se complementan”*

(38) MATIENZO, J. N., “El gobierno representativo federal de la República Argentina”, Madrid, pág. 20.

(39) AGUIRRE LANARI, J. R., “Los fundadores de la ciencia política...” citado, pág. 105.

(40) AJA ESPIL, J. A., “Lecciones de derecho constitucional”, 1971, pág. 62. Añade también en esa obra *“...Bien es sabido que una errónea interpretación, una desviada interpretación puede hacer que en los hechos se haga decir a la Constitución algo que nunca estuvo en su espíritu. De tal manera, aprovechando la experiencia constitucional norteamericana, que en ese entonces se encontraba avalada por mas de ochenta años de aplicación jurisprudencial y elaboración doctrinaria, se evitaba el riesgo de caer en esos extremos”*, pág. 63.

y agregaba “que la ciencia puede intervenir como una religión para conciliar a los infatigables adversarios, asociando sus tendencias, diversas pero no opuestas” (41).

Aun dentro del apasionamiento de las polémicas que enfrentaron a Alberdi y a Sarmiento, debe rescatarse sin duda, como lo señalan varios estudiosos, los incuestionables deseos de lograr por parte de cada uno de estos grandes hombres, lo mejor para la nación, evidenciando, de la manera como uno y otro lo sintieron y vivieron, el “gran amor que los dos” mostraron por dotar a la argentina de una ley fundamental, de una Constitución, que sentara las imprescindibles y sólidas bases para su estabilidad y progreso.

2. Los antecedentes remotos

Aun cuando en el extenso examen de la polémica recordada han desfilarido diversos *antecedentes históricos* que corresponde asignar a nuestra Constitución, conviene sistematizarlos, empezando por los más remotos, para repasar luego los ocurridos a partir de la Revolución de Mayo.

I. - Un remoto antecedente guaraníico

Nos referimos a una práctica adoptada por el pueblo guaraní, que pobló lo que es hoy el Nordeste argentino y el Paraguay.

Un consagrado historiador correntino, el Dr. Manuel Florencio Manti-lla (42), recuerda aquel antecedente al referirse a dichos habitantes: “Eran templados en la comida y no borrachos. De natural blando, cuando se los trataba con suavidad y cariño, la conciencia de su superioridad los hacía sin embargo, altivos y presuntuosos, toda vez que se creían ofendidos”. “Jamás inquietaron a los conquistadores navegantes del alto y el bajo Paraná, sirviéndoles en más de una ocasión. Cuando muchos caciques se juntaban en un pueblo o cuando muchos pueblos estaban próximos y siempre en caso de guerra ofensiva y defensiva, nombraban por superior de todos al más principal o afamado de ellos pero el ejercicio del mando supremo no modificaba ni afectaba el parcial de cada jefe sobre sus vasallos: *SE CONFEDERABAN*”.

(41) AVELLANEDA, N., “Escritos y discursos” tomo X, pág. 394 y siguientes.

(42) MANSILLA, Manuel Florencio: “Crónica Histórica de la Provincia de Corrientes”, Buenos Aires, 1928, Tomo I, pág. 24.

Como vemos, la vocación federativa que los hijos de Corrientes lucieron durante las luchas por la organización nacional, cuenta con este antiguo y olvidado antecedente practicado en su tierra.

II. - Las raíces hispanas del constitucionalismo estudiadas por Linares Quintana

En un documentado estudio sobre el tema consignado (43), señala Linares Quintana: “Aun cuando generalmente se acepta que la Carta Magna, suscrita en 1215 por el Rey Juan sin tierra de Inglaterra, constituye el primer antecedente del constitucionalismo, con anterioridad se encuentran en tierras hispanas valiosas raíces de aquel movimiento jurídico-constitucional. Claro está que ni los fueros españoles, ni el preciado documento que los barones ingleses arrancaron espada en mano a su monarca, encuadran estrictamente en el marco del constitucionalismo —que exige el amparo de la libertad individual mediante limitaciones al poder público—, ya que los mismos descansan sobre la idea de un poder absoluto del rey, el que graciosamente concedía a los súbditos ciertos derechos o franquicias. No obstante, son legítimos antecedentes del moderno estado constitucional, en cuanto consagraban limitaciones a la entonces omnímoda voluntad de quien ejercía el poder”. Recordaremos sucintamente algunos antecedentes que desarrolla Linares Quintana:

a) Afirma el mismo que es clara la prioridad española en la formulación de los derechos constitucionales” y agrega más adelante: “En España merecen citarse los siguientes fueros, anteriores al célebre documento inglés de 1215: de León de 1020, de Jaca de 1064, de Nájera de 1076, de Toledo de 1085, de Burgos de 1073, de Calatayua de 1115, de Puebla de Organzón de 1191 y, muy especialmente, el ordenamiento de León o Pacto del Sobrarbe de 1188, que algunos autores consideran superior a la Carta Magna. Este último, acordado en las Cortes de León entre el Rey Alfonso IX y su reino, consagra algunas libertades que pueden considerarse modelos de principios reconocidos en las Constituciones modernas”.

b) Enfatiza Linares Quintana el valor de los *Fueros de Aragón* de 1283 como antecedentes valiosísimos de la moderna concepción de la supremacía constitucional y de la protección jurisdiccional de los derechos in-

(43) LINARES QUINTANA, Segundo V.: “Raíces Hispánicas del constitucionalismo”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, año 2001, pág. 11 y siguientes.

dividuales a la arbitrariedad y la injusticia”. “El Fuero tenía el valor de ley suprema y estaba por encima de la voluntad real. Todo lo que el Rey hiciera en contra de él carecía de valor y no podía aplicarse. Del mismo modo, lo que sus funcionarios, o los jueces, realizarán o pronunciarán contrariando sus preceptos, era nulo también *ipso foro*”.

c) Destaca también Linares Quintana la figura del *Justicia* de Aragón que “era un funcionario público que conocía los casos de fuerza y agravio, no solamente del rey, sino de los ricos hombres y demás tribunales eclesiásticos y seculares. Asesor jurídico del monarca, en su origen, a mediados del Siglo XIII su función jurisdiccional aparecía como derivada de un verdadero poder judicial”. Recuerda aquel maestro argentino que la figura de la Justicia de Aragón fue destacado en la Convención Constituyente de Estados Unidos de 1787 por John Dickinson, lo que nos hace reflexionar, en el tema que abordamos, que el entrelazamiento de antecedentes remotos de países diversos torna dificultosa la pretensión de originalidad de ciertas instituciones.

d) Señala también Linares Quintana un antecedente valioso del *habeas corpus* en el Reino de Aragón (44). Recuerda previamente que si bien en la Carta Magna de 1215, según es sabido, se resguardaba a los hombres libres de detenciones ilegales y prisiones arbitrarias, esos antecedentes “no pasaron de ser sendas regulaciones de la facultad de detener a las personas y que en Inglaterra recién una ley de 1640 reconoció formalmente al *habeas corpus*, cuya regulación fue perfeccionada por las *Habeas Corpus* act. de 1679, 1816 y 1862”.

“Corresponde al reino de Aragón el insigne mérito de haber creado el auténtico modelo del instituto a través del *juicio de manifestación*”, dice el de Linares Quintana, regulado por diversos *fueros* que precisa minuciosamente.

Linares Quintana recuerda elogiosamente el estudio de Carlos López de Haro (“La Constitución y las libertades de Aragón”) quien expresa que el juicio de manifestación de las personas que funcionó en Aragón “consistía en apartar a la autoridad de su acción contra la persona, previniendo toda arbitrariedad o tiranía a favor de los aragoneses y de quienes habitan Aragón, aunque no fueran del reino. Se demandaba por quien, preso o

(44) Véase el desarrollo circunstancial del tema en LINARES QUINTANA, Segundo V., “Raíces hispánicas...”, ob. cit., pág. 23 y siguientes.

detenido sin proceso o por juez incompetente, recurría a la justicia contra la fuerza de que era víctima”.

e) *Las cortes y la constitución de Cádiz*. Este constituye otro antecedente fundamental por su proyección en la evolución de nuestras ideas constitucionales, que aborda detalladamente Linares Quintana. Destaquemos la ponderación que él mismo efectúa, entre los que se ocuparon del tema, sobre el esfuerzo y aporte del académico Dr. Pérez Guilhou, al que califica justicieramente de notable, por la profunda investigación realizada por el mismo en diversas fuentes.

Sabido es que a raíz de la invasión napoleónica y estallada de la guerra de independencia en España, frente al bonapartismo, se reunieron las cortes en Cádiz en 1810. Las mismas no fueron convocadas por el rey, privado de su libertad, sino por el pueblo. Se ha señalado que ellas así tuvieron un carácter revolucionario y sancionaron la famosa constitución de Cádiz de 1812, de inspiración liberal, habiendo gravitado en España y en el constitucionalismo argentino.

Señala Linares Quintana: “una de las notas salientes de la constitución de 1812 es que no obstante su inspiración liberal así, como su afinidad con la línea del constitucionalismo, no contiene un capítulo de declaración de derechos; aun cuando, si bien no quiso hacerlo en un cuerpo orgánico, el texto reconoce los derechos y garantías mas importantes (seguridad personal, Art. 247; propiedad, art. 4º; inviolabilidad de domicilio, art. 306; libertad de imprenta, Art. 371; petición, Art. 373; habeas corpus, art. 287 y concordantes).

Y agrega luego Linares Quintana esta importante reflexión: “Pero es en la institución ministerial y en las relaciones entre el órgano ejecutivo y el legislativo, en lo que la Constitución de Cádiz influyó decisivamente sobre la ley fundamental argentina, la cual, si bien en ese punto se inspiró en el sistema presidencial norteamericano, modificó este modelo, perfeccionándolo, con la creación del ministerio y canales de comunicación entre presidente de la nación y congreso”. Ratifica Linares Quintana que “El agregado por nuestra Constitución de la institución ministerial surge claramente del cotejo de los textos pertinentes de ambas Constituciones”, citando a José Armando Seco Villalba, a quien nos referiremos oportunamente.

III. - La neo escolástica y las raíces del constitucionalismo

Nos referimos ahora a la neo escolástica española, y a su influencia en las raíces del Constitucionalismo, esquematizando el profundo estudio

realizado sobre el tema por nuestro distinguido colega, el Dr. Alberto Rodríguez Varela (45).

Destaca en tal sentido a los autores que durante los siglos XVI y XVII, “tienen sus raíces en España y remontan a la obra de San Isidro de Sevilla, al código Visigótico (Fuero Juzgo), a la monarquía asturleonera, a los concilios de Toledo y a las libertades reconocidas en fueros y cartas pueblas”.

Señala Rodríguez Varela que al principal foco del movimiento intelectual de la neo escolástica española fue la Universidad de Salamanca. Y agrega este enfoque que luego desarrolla al analizar a los neo escolásticos: “En momentos en que la Edad Moderna se inicia bajo el signo del *absolutismo*, fundado en la visión amoral de Maquiavelo, en el cesaropapismo de Enrique VIII, en el supuesto derecho divino de los reyes de Jacobo I, en la obediencia pasiva de Calvino, en la exaltación del poder de los príncipes por Lutero, en la soberanía absoluta de Bodin, en el galicanismo de Bossuet, en el *Leviatán* de Hobbes, los teólogos filósofos y juristas de la neo escolástica española desarrollaron un sólido magisterio que tiende a fijar límites infranqueables a la autoridad temporal y a elaborar ideas que ejercían influjo, directo o indirecto, en los grandes precursores del constitucionalismo, Locke y Montesquieu, en los propulsores de la emancipación americana, en la redacción de las cartas sancionadas por las colonias independizadas de la Corona Británica, en los autores de la Constitución de Filadelfia de 1787 y de sus enmiendas, y en los movimientos que estallaron con posterioridad en América Hispana, todos ellos coincidentes en su vocación emancipadora y en su adhesión al constitucionalismo”.

Este largo párrafo citado sería suficiente para la mención de antecedentes buscados sobre nuestra gestación constitucional. Bastaría remitir al oyente a la lectura del trabajo que ahora recordamos, dada la extensión del mismo y nuestra limitación del tiempo disponible.

Sin embargo, intentaremos una breve síntesis. Rodríguez Varela analiza sucesivamente figuras fundamentales del pensamiento en estudio:

a) *Francisco de Vitoria*. Como los demás neo escolásticos, reconoce “La existencia de un estado presocial que se habría dado” antes de reunirse

(45) RODRIGUEZ VARELA, Alberto: “La Neo Escolástica y Las Raíces Del Constitucionalismo”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Año 2005.

los hombres en un Estado. “Pensamos”, dice Rodríguez Varela, “que el dato es interesante porque es el mismo esquema que —como lo indicaremos más adelante— adopta John Locke, el gran precursor del constitucionalismo en sus escritos: *afirmación de un estado preestatal y simultáneo reconocimiento de la sociabilidad y politicidad del hombre*”.

Vitoria habla del poder, que viene de Dios y queda librado a la comunidad que debe regirla. “En este punto, referido al *pacto de sujeción*, resulta visible *la contribución de Vitoria al pensamiento de Locke*”, señala Rodríguez Varela. Pero las decisiones de la mayoría no pueden estar reñidas con el Derecho natural, señala aquél.

Afirma Rodríguez Varela que Francisco de Vitoria, a quien se recuerda como precursor del Derecho Internacional, fue también del más genuino constitucionalismo y de una de sus motivaciones fundamentales: *la libertad religiosa*. Este legado, como veremos, lo *transmitió a John Locke*, llegando así a las constituciones estaduales americanas y a la primera enmienda de la Constitución de Filadelfia”.

Tengamos en cuenta este antecedente hispánico de una libertad fundamental consignada en nuestra Constitución.

b) *Francisco Suárez*. No podemos seguir el concienzudo análisis de Rodríguez Varela sobre este autor. Pero es interesante consignar la respuesta adversa de Suárez frente a la teoría de Derecho Divino sostenida por Jacobo I, Rey de Inglaterra y Escocia.

Su obra objetada *Defensio Fidei*, fue considerada cierta e inobjetable. Recalca Rodríguez Varela: “En el Reino Unido, bajo la dinastía de Tudor y Estuardo, el absolutismo fue muy pesado”. Por eso resulta evidente que John Locke, el gran precursor del constitucionalismo, donde mejor podía encontrar inspiración para su defensa de las libertades civiles y políticas era en el tomismo medioeval y en sus continuadores británicos y continentales, especialmente en los integrantes de la llamada Escuela Política Española de los Siglos XVI y XVII. Recordemos también que Suárez delimitó el célebre “*Derecho de resistencia a la opresión*”.

c) *Juan de Mariana*. Recuerda Rodríguez Varela también a este hispano vinculado al *derecho de resistencia a la opresión*. Pero aclara que su opinión sobre el *tiranicidio* no es la que frecuentemente se le asigna. Es la *república* quien puede enjuiciar al tirano y condenarlo a muerte, no un individuo.

La cita de Mariana es asimismo oportuna para nuestro objetivo. Cuando Rodríguez Varela se pregunta de dónde pudo sacar *Locke* su “*jus resistendi*”, que él denomina *apelación al cielo*; se responde: “Sin margen para la duda de los dominicos y jesuitas que en España enseñaron el derecho de resistencia en los Siglos XVI y XVII, siguiendo las líneas trazadas en el Siglo XII por Santo Tomás de Aquino”.

Recordemos finalmente que Mariana, con el mismo enfoque de Vitoria y Suárez, según señala Rodríguez Varela, ubica a la potestad del Rey teniendo su origen en el pueblo. Muchos años después, en el Cabildo Abierto de 1810, Cornelio Saavedra diría también que es “El pueblo quien confiere la autoridad o mando”.

Rodríguez Varela, enfatiza en su enfoque sobre los autores citados, que “desde la península ibérica, y a través de los doctores de la neo escolástica, se preparaba una reacción que encontrará en el Siglo XVIII su cauce en el constitucionalismo. Lamentablemente, al tiempo de declarar los colonos de América del Norte su independencia, y de sancionar las constituciones estaduales y de Filadelfia (1787) España e Hispanoamérica, a diferencia de lo que ocurría en los siglos XVI y XVII, se encontraba sometida al absolutismo de los Borbones”.

d) *John Locke*. En su profundo estudio sobre él mismo, Rodríguez Varela, apoyándose en diversos autores, entre ellos una ponderada tesis de Joaquín Migliore, ratifica la presencia de la escolástica en la formación de Locke.

Nuestro distinguido colega realiza un minucioso análisis del pensamiento de Locke, desde su polémica con Filmer, defensor del absolutismo. Este “acusa a los sutiles escolásticos, mostrando que todavía entonces, en 1680, ellos eran perfectamente conocidos en ámbitos académicos”.

En su análisis sobre Locke, Rodríguez Varela estudia sus ideas, que enlaza a una tradición medioeval y a los ideales constitucionales de la Revolución de 1688.

Estudia así sus concepciones sobre el estado de naturaleza, los pactos o contratos sociales, la división de poderes que cierra con el denominado poder federativo y el derecho de resistencia a la opresión (que Locke denomina *apelación al cielo*). En todas ellas Rodríguez Varela anota la influencia de sus colásticos antes recordada.

Como vimos, Locke, unos de los inspiradores indiscutidos de los constituyentes de Filadelfia, abrevia en fuentes que también son heredadas por Hispanoamérica.

Recordemos también lo que se señalara al tratar sobre la Carta Magna y los fueros españoles, algunos de estos anteriores a aquella.

No parece aventurado entonces, en el tema que abordamos, nuestra anterior reflexión de que el entrelazamiento de antecedentes remotos de países diversos, a veces dificultaba la pretensión de originalidad de ciertas instituciones.

3. *Los antecedentes patrios*

Antes de recordar algunos antecedentes institucionales ocurridos a partir de mayo de 1810, conviene precisar las *vertientes ideológicas* sobre las que abrevaron sus actores

a) Ya hemos explicado la ideología sostenida por los jesuitas en España y su influencia, según el relato del académico Rodríguez Varela.

Esta corriente de catedráticos de formación católica, estuvo inspirada, entre otros, por el recordado académico Ambrosio Romera Carranza, quien afirmó: “los hombres de mayo se educaron y aprendieron todo cuanto en su tiempo se aprendía y se sabía, en escuelas y universidades, cuyos maestros impartían una enseñanza moldeada en el espiritualismo o humanismo cristiano; y la formación espiritual o intelectual que recibieron nuestros primeros próceres al basarse en tal humanismo, propicio que en su espíritu, nacieran, se arraigaran y desarrollaran cuatro grandes amores: el amor a Dios, a la familia, a la patria y a la libertad” (46).

b) Pero hay también otras influencias ideológicas evidentes sobre algunos de los hombres directrices de mayo. *Los enciclopedistas* como

(46) Puede consultarse sobre lo aludido el libro “Las ideas políticas de Mayo”, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1937, con las colaboraciones del aludido Dr. Romero Carranza, Germán J. Bidart Campos, Carlos Alberto Floria, Estanislao del Campo, Wilson, José Martínez de Hoz, Federico Videla Escalada y Alberto Rodríguez Varela.

Puede consultarse también: ROMERO CARRANZA, RODRIGUEZ VARELA y VENTURA PIRAN: “Historia política de la Argentina”, Buenos Aires, 1970, Ediciones Panedile, T. I, pág. 136 y siguientes. En el mismo sentido: RODRIGUEZ VARELA, Alberto: “La universidad argentina”, en la revista Rumbo Social, N°, octubre de 1976, pág. 9.

Voltaire, Diderot y otros, eran conocidos por algunos de ellos, a pesar de la censura existente (47). Las doctrinas de Adam Smith son desarrolladas en el consulado, donde actúa *Belgrano*.

Mariano Moreno y el constitucionalismo

Pero en materia de pensamientos, nadie duda de la influencia ejercida por *Mariano Moreno* en la estructuración ideológica y dinamismo político, con el que imprime su sello al destino histórico de Mayo.

He tenido oportunidad de referirme aquí, a Mariano Moreno (48). Recordé entonces que en una fundamental y documentada disertación sobre "*Mariano Moreno y la Doctrina Constitucional de Mayo*", efectuada por el Dr. Segundo V. Linares Quintana en sesión pública en esta Academia, se ha expresado con verdad: "En la gloriosa gesta de nuestra Independencia, correspondió a Moreno la sublime y trascendental misión de elaborar y redactar el basamento original y monolítico de *la Doctrina Constitucional de Mayo*; y lo hizo principalmente a través de sus luminosos escritos publicados en la "Gaceta", así como en las memorables resoluciones de la Junta de Gobierno en la cual actuó como secretario. Por ello, no exagera Miguel Angel Cárcano cuando sostiene que "Mariano Moreno es un símbolo en la Revolución de Mayo" (49).

Señala más adelante Linares Quintana, después de recordar que Ricardo Levene considera a Moreno como el creador del constitucionalismo entre nosotros: "...Moreno fue además el primer constituyente argentino, a quien el destino adverso privó de consumir su obra cumbre: la Constitución de la Nación Argentina, pero que en cambio, y por fortuna, sentó las bases de

(47) El Dr. RAVIGNANI recuerda que en el inventario de una biblioteca constaba la existencia de una colección completa de las obras de Voltaire en casa de un empleado de la aduana de Montevideo (RAVIGNANI, Emilio: *Historia Constitucional de la República Argentina*, Buenos Aires, 1926, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, T. I., pág. 100 y siguientes).

(48) AGUIRRE LANARI, Juan R.: "Los Fundadores de la Ciencia Política en la Argentina", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 24 a 40.

(49) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Mariano Moreno y la doctrina constitucional de Mayo", disertación en la sesión pública celebrada en homenaje al prócer, en el bicentenario de su nacimiento, por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el día 28 de septiembre de 1978.

la *Doctrina Constitucional de Mayo* que, desarrollada por otros grandes escritores políticos, quedaría institucionalizada en la magnífica Constitución de 1853-1860”.

“Las ideas filosófico-políticas que inspiraron el pensamiento de Moreno son las que genéricamente influyeron en el espíritu y la acción de los hombres de Mayo, y son las que conformaron el respaldo doctrinario del constitucionalismo, fundado, en esencia, en las concepciones jusnaturalista y contractualista en sus distintas versiones: tanto la tomista, con Mariana, Vitoria, Suárez, como en la línea racionalista, con Rousseau, Montesquieu y en general los enciclopedistas y revolucionarios franceses. Sin embargo, debe señalarse que forman la columna vertebral del sistema constitucional de Moreno, el principio de la soberanía popular, la idea del contrato social sobre todo a través del enfoque roussoniano, la doctrina de los derechos naturales del hombre, la concepción de la Constitución equilibrada y la teoría de la separación de los poderes de Montesquieu, todo ello fundamentado en la capacitación cívica del pueblo, mediante la educación para el cumplimiento de su función soberana” (50).

A mi juicio, la mayor originalidad del importante estudio realizado por el académico Linares Quintana respecto de las ideas de Moreno consiste en destacar la influencia que en el mismo ejerció Montesquieu con su concepción de la Constitución equilibrada y la separación de los poderes: “A pesar de que Moreno menciona a menudo a Rousseau en sus escritos, con calurosas alabanzas, y en ninguna de sus vibrantes páginas alude siquiera a Montesquieu, las ideas del ilustre autor del *Espíritu de las leyes* inspiraron al prócer de Mayo mucho más que las del notable filósofo ginebrino. Y debemos felicitarnos que así fuera, ya que de esta manera la concepción dogmática y abstracta de Rousseau resultó en Moreno contrarrestada y equilibrada por la influencia del enfoque realista de la política y del influjo del medio ambiente sobre las instituciones de Montesquieu” (51).

En apoyo de las afirmaciones anteriores y en contra de opiniones antaño muy comunes, creo oportuno señalar que no obstante su confesada admiración por Rousseau, Moreno y desde luego los directivos de Mayo, no fueron sus secuaces incondicionales. Así Moreno, que ordena la publicación del “Contrato Social” de Rousseau y redacta su prólogo, explica sin

(50) LINARES QUINTANA, Segundo V., Conferencia citada.

(51) LINARES QUINTANA, Segundo V., Conferencia citada.

embargo en éste: “Como el autor tuvo la desgracias de delirar en materias religiosas, suprime el capítulo y principales pasajes donde ha tratado de ellas”.

En la imposibilidad de analizar el pensamiento de Moreno sobre los fundamentos del poder monárquico, la voluntad general y las ventajas de la Constitución firme como límite de los defensores del poder, remitiendo a lo antes expuesto (52), creo oportuno para el tema en examen referirme a *Moreno y el federalismo*, sintetizando reflexiones que en la ocasión recordada efectúe (53).

No existe coincidencia entre quienes han estudiado el ideario moreniano en cuanto a si fue partidario del sistema federal. Voces autorizadas han sostenido su militancia federal y unitaria y no faltan opiniones, como la de Ricardo Rojas (54) que entiende que “es posible que no fuera Moreno, ni federal, ni unitario”.

Aun admitiendo que el asunto permite legitimar diferencias, pienso que Moreno trasunta una evidente admiración por el régimen federal, según surge en su conocido artículo “Sobre las miras del congreso”. Allí pondera a las tribus de Virginia, cuando habla de “*un estado admirable*” que reúne al gobierno patriarcal la forma de una rigurosa *federación*”.

También, en este párrafo de aquel refiriéndose al federalismo, señala: “*Este sistema es el mejor, quizá que se ha discurrido entre los hombres, pero difícilmente podría aplicarse a toda América*”. Pensamos que aquí Moreno se está refiriendo a la confederación de Estados, según surge del párrafo transcrito y de otro en el que desarrolle el tema.

Para terminar con el pensamiento moreniano sobre el tema cabe recordar la tesis de un destacado estudioso del prócer, el Dr. Eduardo Durnhofer (55), quien publicó, entre otras, un documento al cual denomina “Pro-

(52) Véase AGUIRRE LANARI, Juan R., “Los fundadores...”, ob. cit., pág. 26 a 31.

(53) Véase sobre Moreno y el Federalismo AGUIRRE LANARI, Juan R.: “Los fundadores...”, ob. cit., pág. 31 a 37.

(54) ROJAS, Ricardo: “Historia de la literatura Argentina”, Buenos Aires, 1923, t. 3 pág. 17.

(55) DURNHOFER, Eduardo: “Mariano Moreno inédito: sus manuscritos”, Buenos Aires, 1972, pág. 75.

yectos de Constitución de Moreno”. El mismo sería según Durnhofer, no una simple traducción sino una adaptación de la Constitución de Estados Unidos al pensamiento filosófico- político de Moreno.

El Dr. Alberto G. Padilla ha formulado dudas sobre la existencia de una traducción hecha por el prócer (56). En cambio Linares Quintana, en su recordada conferencia, aprueba entusiastamente la tesis de Durnhoser.

Recordemos ahora esquemáticamente hechos y documentos que constituyen valiosos antecedentes en la senda de nuestra organización constitucional.

I. - El cabildo abierto del 22 de mayo

El cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 significa el quiebre definitivo de nuestra sujeción a la monarquía española, y resulta importante señalar que este acontecimiento se realizó bajo el signo pacífico del Derecho. Cierto es que en el cuartel de Patricios las armas velaban la decisión del pueblo. Pero fueron los juristas quienes encontraron las fórmulas que legalizan la trascendente decisión que se tomara, inauguraba un camino institucional cuyos hitos fundamentales culminarían en 1816 y 1853.

Frente a la conocida posición de *Lué*, que perpetuaba el dominio de España y sus hijos sobre estas tierras, será *Castelli* quien recordara el juramento de fidelidad que América prestara al monarca español. Caducado el poder real, sentó Castelli, retrovierte a los pueblos del derecho a gobernarse.

En el plano jurídico establecido, *el fiscal Villota* replica que aun admitiendo dicha tesis, en la reunión estaba solo representado el pueblo de Buenos Aires, no pudiendo tomarse una resolución sin los representantes de las otras partes que integraban el Virreinato. Como señala Mitre y reitera González Calderón que lo cita, Villota reivindicaba antiguos precedentes del Derecho español, cuando los procuradores iban a las cortes.

Ante el impacto que provoca Villota, surge *Juan José Paso*, avezado jurista, quien recoge el argumento de Villota y lo debate apelando a la figura de “La gestión de negocios” del Derecho Romano. Buenos Aires, como hermana mayor, ante el peligro de un posible ataque a su puerto, tomaba la

(56) PADILLA, Alberto G.: “Moreno y la Constitución de Estados Unidos”, La Prensa, 8 de Febrero de 1973, pág. 6.

revolución. Cesaba la autoridad del Virrey y debía nombrarse una corporación o junta hasta tanto los pueblos del interior unidos al de Buenos Aires decidieran sobre la *forma de gobierno* que corresponda mientras tanto, se creaba una junta de Gobierno, que será la primera autoridad patria.

Cabe recordar finalmente, en el Cabildo del 22 de Mayo, el voto de Saavedra; quien al postular el cambio del titular de Gobierno, afirma “...y que no cabe duda de que el pueblo es el que confiere la autoridad o mando”.

Como señala Sánchez Viamonte (57), Saavedra “no atribuye al cabildo —como lo hace Ruiz Huidobro— el carácter de representante del pueblo para ejercer la autoridad a abrogada. En lo que aventaja el voto de aquél es en la condición puesta para la formación del gobierno que deberá establecerse y que debe provenir del pueblo, con la rotunda afirmación final de que es el *pueblo quien confiere la autoridad o mando*. Dada su redacción, esta afirmación final asume el carácter abstracto de un principio doctrinario, relativo a la naturaleza misma de la soberanía, y, como a diferencia de Ruiz Huidobro, no hace mención alguna al monarca, es noble atribuir a esa afirmación un significado francamente revolucionario”.

II. - Las bases institucionales de mayo de 1810. Las actas capitulares. Los principios republicanos, democráticos y federales.

Interesaría destacar algunos antecedentes institucionales nacidos de una convicción institucional de los actores de ese momento, sin duda imbuidos de las fuentes ideológicas que hemos venido citando.

En el *acta capitular del 25 de Mayo*, cuando se instala el Gobierno Patrio, se establece el *Reglamento para la actuación de la Primera Junta*... Allí se delimitan las facultades de ésta y su modo de actuación con las restantes instituciones que continuaban vigentes.

a) Se establece que la *duración* de la Junta sería hasta que se reunieran los diputados según lo previsto el 22 de Mayo.

b) La *deposición* de los miembros de la Junta sería efectuada por el Cabildo. Aquí hay una aplicación del Derecho Constitucional moderno y la institución del juicio político, donde el Cabildo aparece como el Poder Legislativo que juzga al Poder Ejecutivo (Primera Junta).

(57) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, “Historia institucional de Argentina”, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 34 y siguientes.

c) *Publicidad de los actos de gobierno*. Todos los principios de mes debía publicarse el estado de las finanzas.

d) Se disponía también que las ciudades designaran diputados “*para establecer la forma de gobierno que se considere más conveniente*”. Es el origen de la Circular del 27 de Mayo, sobre la que volveremos. ¿Cuáles son entonces las consecuencias institucionales que podemos poner en evidencia a través de los hechos y disposiciones examinadas? En primer lugar, se sienta el principio de soberanía popular, corporizado por la masa popular antes y durante el 25 de Mayo y explicitado en el voto de Saavedra.

Se estableció que *las contribuciones tenían que ser autorizadas* por el Cabildo (Poder Legislativo) y no por la Junta (Poder Ejecutivo), cumpliendo así con el axioma primario de que no hay impuestos sin el voto de los representantes del pueblo. Se sientan así las bases del *principio republicano de la separación de los poderes*, el que se ratificaba en cuanto se prohibía a quienes ejercían las voces del Poder Ejecutivo, o sea, los miembros de la Junta, abocarse a las causas judiciales, reservadas al tribunal de la Real Audiencia.

Se asumía la *periodicidad en la función pública* que estaba implícita en cuanto a la constitución del nuevo gobierno ya que era una forma provisional y la resolución final sobre la forma de gobierno debió ser adoptada por el congreso general a reunirse. Finalmente, otra base institucional que surge en Mayo es la que concierne al *régimen federativo*, otro embrión que surge vigorosamente de los hechos entonces ocurridos. En efecto, de la tesis de Villota y la réplica de Paso, quedó afirmado el derecho de los pueblos interiores a participar en la decisión sobre las firmas de gobierno que debían adoptarse.

Como veremos, principios elementales, presentados después en nuestra Constitución, afloraban ya entonces. No se revestían de lúcidos ropajes académicos, pero estaban en la conciencia de los actores. En sus mentes, cuando menos en la de los hombres directrices, confluían sin duda las lecturas y antecedentes que hemos recordado.

III. - La incorporación de los diputados provinciales a la junta de gobierno y el federalismo

En las actas capitulares del 24 y 25 de Mayo se decía que se convocaría a los pueblos del interior para que ellos, en Congreso General, *resolvieran sobre la forma de gobierno* que había que adoptar.

La Junta revolucionaria, en Circular del 27 de Mayo de 1810, comunicó a los pueblos del Virreinato los sucesos ocurridos y convocó a los diputados que *“han de irse incorporando a esta Junta conforme al orden de su llegada a esta capital...”*.

En Diciembre de 1810 estaban en Buenos Aires desde hacía un tiempo los diputados del interior. Solicitaron su incorporación a la Junta conforme a los términos de la Circular del 27 de Mayo. Se argumentó en sentido contrario, considerando que sus términos habían sido un acto de ligereza y que su misión era resolver sobre la forma de gobierno, según las actas capitulares y no incorporarse al mismo.

Evidentemente, ambas opiniones tenían sus razones. Frente al derecho cierto que respaldaba a los diputados, se argüía la inconveniencia de formar un poder ejecutivo demasiado numeroso, como se comprobó después.

Pero finalmente prevaleció la tesis de la incorporación y con ella se constituye la llamada Junta Grande.

Es importante recordar la opinión de Luis V. Varela sobre el tema (58): *“del unitarismo de la Primera Junta se pasaba al federalismo de un Ejecutivo, organizado por todos los municipios de las Provincias. Es esta, indudablemente, la primera manifestación de la unión federal argentina que encontramos en nuestra historia, con la característica puramente nuestra, de que, de esa verdadera federación de municipios, nació, más tarde, la federación de Provincias que hoy forma la República Argentina. Señala Varela que al buscarse y aceptarse la representación popular en esa forma, con prescindencia absoluta de las campañas, se obedecía a las instituciones tradicionales de la madre patria, que había organizado sus propias provincias en Europa y en sus dominios en América, sobre la base comunal de las poblaciones urbanas.*

Recalco la opinión de tan reputado publicista como fue Varela. Ella apunta certeramente a enfatizar las fuentes de un incuestionable y autóctono antecedente de nuestro régimen federativo.

Igualmente valiosa es su opinión al comentar el carácter federal, dice, del decreto del 10 de Febrero de 1811 que creó Juntas Provinciales subor-

(58) VARELA, Luis V., *“Historia Constitucional de la República Argentina”*, La Plata, 1810, Tomo I, pág. 354.

dinadas a la Junta Superior. Afirma Varela que ello *no quita el carácter federal* asignado al mismo pues “al determinar las funciones de las *Juntas Provinciales* con relación a la *Junta Central*, era algo semejante a lo que la actual Constitución Argentina establece al hacer que los *gobernadores de Provincia Agentes naturales del Gobierno Federal*.”

IV. - El “Reglamento Orgánico” y el estatuto provisional de 1811

El 22 de octubre de 1811, la “Junta Conservadora” sancionó el “Reglamento fijando las *atribuciones, prerrogativas y deberes de un poder legislativo, ejecutivo y judicial*”.

El nuevo documento, obra del Deán Funes, ha sido calificado “la primera ley fundamental” por un serio investigador, el Dr. José Armando Seco Villalba (59).

Tenía por objeto declarado fijar las atribuciones entre el Triunvirato, creado el 23 de septiembre para ejercer el poder ejecutivo, el *poder judicial* y la *junta conservadora que asumía el legislativo*, ante quienes eran responsables los Triunviros.

No obstante buscar la interdependencia de los poderes, Seco Villalba critica el documento por considerar que “las facultades que se arroga la junta conservadora invaden el terreno concedido a los otros poderes”.

Lo cierto es que se produjo un conflicto con el Triunvirato quien se impuso a la Junta Conservadora y ordenó el regreso de los diputados provinciales.

Los roces que estos habían tenido con la junta originada en Buenos Aires al incorporarse a la misma, adquieren un franco divorcio.

Se evidenciaba así una enconada disputa entre provincianos y porteños que después se engrosara en las luchas entre unitarios y federales, con tintes sangrientos. Cierto es que hubo porteños federales y provinciales unitarios, pero aquella primigenia división abrió un surco sombrío en nuestra evolución institucional, bajo la conocida ley del odio que describiera Joaquín V. González.

(59) SECO VILLALBA, José Armando, “Fuentes de la Constitución Argentina”, Editorial Depalma, pág. 38.

El Triunvirato, al rechazar el reglamento orgánico, dicta el 23 de noviembre de 1811 un decreto creando el *Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata*.

Dice Seco Villalba que él mismo “Mantuvo una división de poderes y pretendió organizar el poder legislativo mediante un sistema de asambleas de factura popular”.

No interesa dar otros detalles del documento examinado sino relatar que el Triunvirato fue derribado y substituido. El Segundo Triunvirato convocó a la Asamblea General de 1813.

V. - La asamblea de 1813

He tenido oportunidad de escribir sobre esta importante asamblea (60). Me sirvieron fundamentalmente en dicho análisis de autores, como el *Dr. Seco Villalba*, ya citado y la nutrida y valiosa producción del Profesor Alberto Demicheli, según se verá (61).

La asamblea de 1813 tiene dos designios fundamentales, no proclamados abiertamente, pero sí tácitos, implícitos, existentes en el deseo mayoritario de la población: declarar la *Independencia* y dictar una *Constitución*. Ninguno de estos objetivos se cumple finalmente, pero no cabe duda que en algunas de las medidas que se toman se va claramente a quitar totalmente esa “máscara de Fernando VII” denunciándose a la luz pública el nacimiento de una nueva nación y el comienzo de una verdadera revolución, como surge de algunas medidas que se toman (62).

(60) Véase AGUIRRE LANARI, Juan R.: “El Proceso del Constitucionalismo Argentino”, 5ª Edición, Abeledo Perrot, pág. 49 y siguientes.

(61) El Dr. ALBERTO DEMICHELI es un profundo investigador uruguayo que ha escrito, entre otras, tres libros donde expresa su admiración sobre el pensamiento artiguista y su influencia en las ideas federales en el Río de la Plata. Ellos son “Formación Constitucional Rioplatense”, (Montevideo, 1955); “Formación Nacional Argentina” (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971) y “Origen Federal Argentino” (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962).

(62) Las decisiones completas de la Asamblea de 1813 fueron publicadas oficialmente en: “El Redactor de la Asamblea 1813-1815”, reimpresión facsimilar ilustrada dirigida por la Junta de Historia y Numismática Americana en cumplimiento de la ley 9044 (Adla, 1889-1919, 882); Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, año 1913. Puede consultarse también Asambleas Constituyentes Argentinas, ob. cit., t. I, pág. 5 y siguientes.

Veamos lo relativo al dictado de la Constitución Seco Villalba en su recordado libro sobre *"Fuentes de la Constitución Argentina"* hace un análisis de los elementos doctrinarios que influyeron y que estaban a mano de los hombres que integran esta asamblea, del año XIII en tren de dictar la Constitución. Por ejemplo, recuerda como un antecedente conocido y que influyó en algunos de los proyectos de Constitución que se van a delinear en el seno de la asamblea, a la *Constitución española de Cádiz del año 1812*, que va a tener gravitación especialmente en el proyecto de la Comisión Oficial.

Otro antecedente que alguno de los congresales conocen es el libro de Thomas Paine, quien escribe en Inglaterra defendiendo a la revolución francesa y haciendo que su obra tuviera gran difusión y aceptación en los Estados Unidos de Norteamérica y también en el continente europeo; se titula: *"La independencia de Costa Firme Justificada por Thomas Paine 30 años ha. Extracto de sus obras"*. Este libro incluía los artículos de la Confederación, la Constitución Federal, y las Constituciones de varios estados de la unión americana. Este libro se conocía en el Virreinato por una versión española que había sido publicada por García de la Sena. Consigna también Seco Villalba que los congresales argentinos disponían también de otro libro de García Sena: *"Historia concisa de los Estados Unidos desde el descubrimiento de América hasta el año 1807"*.

Otro antecedente que conocen los congresales, según Seco Villalba es la *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela*, y la *Constitución de la provincia de Caracas*, así como el proyecto de *Constitución para Chile* de Juan Egaña.

Cuatro proyectos de Constitución habrían germinado, destinados a ser considerados por la asamblea. En las publicaciones más antiguas, por ejemplo la *Historia Constitucional de la República Argentina* del Dr. Ravignani se habla de dos proyectos de Constitución, pero hoy podemos afirmar que fueron cuatro, según veremos.

Por de pronto, recordemos que el Segundo Triunvirato encomendó a una *Comisión Oficial* que redactaba un proyecto de Constitución para ser sometida a la asamblea, la cual cumplió su cometido.

Al mismo tiempo, la *Sociedad Patriótica*, de tendencia morenista, presentó otro proyecto, que tuvo en evento las constituciones francesas de la época revolucionaria.

En cambio, el proyecto de *Comisión Oficial*, se inspiraba en la reciente Constitución de Cádiz de 1812. Es ilustrativa sobre este asunto la ponencia presentada recientemente por el académico *Alberto Dalla Via* en el congreso celebrado en Cádiz para conmemorar aquel evento.

Señala Dalla Via la influencia del modelo gaditano en el decreto de instalación de la Asamblea de 1813.

Importante es lo que señala Dalla Via sobre el *Reglamento sobre inviolabilidad de los diputados* que la Asamblea de 1813 tomó del art. 128 de la Constitución de Cádiz. “Los principios que sustentan estos reglamentos, estableciendo la inviolabilidad de los diputados que “no pueden intentarse contra ellos acción, demanda ni procedimiento alguno en ningún tiempo y por ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, por sus opiniones y dictámenes” han pasado a la Constitución Nacional, que los adoptó con la misma amplitud. *Nuestra Constitución se apartó, en cuanto a la inmunidad de los diputados, de la carta norteamericana, superando a esta en el alcance de esas garantías*”.

“Siguió; *en cambio, el modelo español* que se adaptaba mejor a las peculiaridades de nuestra política y a los antecedentes históricos sobre la institución, otorgando ese privilegio con generosa amplitud, de modo tal que los congresales no puedan ser molestados por sus opiniones “en ningún tiempo y por ninguna autoridad”; o *como dice el Art. 60 de la Constitución*: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

Pero la figura más importante, adoptada de la Constitución de Cádiz señala Dalla Via, es el *Ministerio* que pasará, a través de las Constituciones de 1819 y 1826, a la carta de 1853...”. Y continúa Della Via: “Todos estos principios fueron tomados por el proyecto de la comisión oficial en el capítulo IX introduciendo así en nuestro constitucionalismo una institución que lo separa del modelo norteamericano netamente presidencialista, para colocarlo en el camino de los gobiernos parlamentarios. Esta institución es el *referendo* y la *responsabilidad de los Ministros*”. Refiriéndose a ellos señala más adelante Dalla Via: “Estas instituciones fueron posteriormente recogidas por la Constitución de 1853, incorporándose así a nuestro constitucionalismo: los artículos 87, 88, 90, y 92 dan fe de ello. El sistema del poder ejecutivo que implantó la Carta Norteamérica queda así modificado totalmente” y señala luego que “La Constitución de los Esta-

dos Unidos, como es sabido, nada establece respecto a los ministros. Solo hace una breve referencia a la facultad del Presidente de exigir la opinión de cualquier funcionario principal de cada departamento ejecutivo... (art. II, del Poder Ejecutivo, sección segunda).

Recordemos, sobre este asunto la opinión, coincidente que citamos antes de *Linares Quintana*, al estudiar la Constitución de Cádiz, y su influencia en nuestra Constitución sobre la institución ministerial y las relaciones entre el órgano ejecutivo y legislativo.

Ya hemos destacado las fuentes distintas que nutren a los proyectos hasta aquí recordado (63) pero lo que se discute en doctrina es el carácter sobre la misma *forma de Estado* que adoptan estos proyectos de la Comisión Oficial y de la Sociedad Patriótica. Seco Villalba recuerda a Clemente Fregueiro, que dice que propicia la tendencia federal. Pero yo comparto la idea de Seco Villalba quien niega esto. En el caso del proyecto de la Sociedad Patriótica, podría recordarse que el Gobierno de cada Provincia se compondrá de un Prefecto dependiente del Presidente de Estado. En cuanto al proyecto de la *Comisión Oficial*, nada dice al respecto, con lo cual, tácitamente continuaba con el régimen vigente, que aunque algún intento había tenido en sentido parecido a lo que acabamos de citar, si embargo todavía nadie podía discutir que era la expresión de un régimen centralizado. Tenemos, pues, hasta este momento, dos proyectos de carácter unitario: el Proyecto de la Comisión Oficial, y el Proyecto de la Sociedad Patriótica.

Hay un *tercer proyecto*. El mismo fue publicado por el doctor Emilio Ravignani en *Asambleas Constituyentes Argentinas*, copiado de un ejemplar mutilado de propiedad del doctor Diego Luis Molinari, quién creyó se trataba de una pieza igual al proyecto de la Comisión Oficial. Ravignani lo publica sin embargo como un *tercer proyecto*.

Seco Villalba, por su parte localizó, en la Biblioteca Nacional un ejemplar de este tercer proyecto, en mejor estado de conservación y sin mutila-

(63) Con respecto a los distintos proyectos de Constitución a los que hacemos referencia, puede el lector consultar sus disposiciones, aparte de las fuentes que en su libro señala Seco Villalba, en *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., Volumen VI, Segunda Parte; a saber: Proyecto de la Sociedad Patriótica (pág. 616-623); Proyecto de Constitución de carácter federal (pág. 633-638).

ciones. Dicho autor realiza un análisis exhaustivo del mismo, demostrando que cinco capítulos y 35 artículos del proyecto, (al que denomina Proyecto de la Asamblea Constituyente) son originales con respecto a los de la Comisión Oficial y los de la Sociedad Patriótica. Señala Seco Villalba que estos capítulos y artículos originales, no hacen sino traducir en la letra de este tercer proyecto algunas disposiciones de esencia constitucional que había sancionado la Asamblea del año XIII en sus deliberaciones, por ejemplo, en material de esclavos, aprovechando experiencias recogidas. Otras reformas y agregados de este tercer proyecto se inspiran en las Constituciones de Estados Unidos y Venezuela.

Pero hay un *cuarto proyecto*, que tiene su origen en los diputados que envía Artigas. Este cuarto proyecto es de *tendencia federal*. Hay opiniones divergentes sobre la calidad de este proyecto. El Dr. Seco Villalba considera que es una mezcla híbrida, porque se mezclan algunos elementos que más bien serían, típicas notas de la confederación con otros elementos que más bien son más acordes con la república federal o federación. En cambio, un erudito y fecundo publicista uruguayo, el doctor Alberto Demichelli, exalta con gran entusiasmo a este proyecto, considerando que era de alto valor en cuanto a su redacción y que combinaba adecuadamente ciertos tintes de la confederación con otros de la república federal.

Este cuarto proyecto, que podríamos llamarlo Proyecto Artiguista, tenemos que ligarlo también con las *Instrucciones Orientales*, que Artigas da a sus diputados, donde dice que hay que contemplar el reconocimiento de la autoridad central que ha sido requerida de la Asamblea y debemos decidir, dice él, si esta unión tiene que hacerse por obediencia, o por pacto, según sus palabras “Estamos todavía bajo la fe de los hombres —dice él— y faltan las seguridades del contrato”.

En estas *Instrucciones*, se delinearán algunas notas que debe tener el gobierno a edificarse, que coinciden con lo que surge de este proyecto federal. Por ejemplo, que la capital tenía que estar necesariamente fuera de Buenos Aires, que no se debe admitir otra forma de Estado que no fuera el de la Confederación. Y este proyecto establece que se nombrará al frente del *poder ejecutivo* a un Presidente que durará dos años en sus funciones y que rotará entre las distintas provincias intervinientes.

Se establecía un *poder legislativo* formado por representantes en proporción a la población (1 por cada 20.000 habitantes) y por una cámara de sena-

dores, con igualdad de representación de las provincias (2 senadores por provincia). Se establecía también un *poder judicial* con una Corte Suprema.

En realidad, resulta difícil decir si era una confederación o una federación. Si yo tuviera que inclinarme, más bien creería que se trata de una confederación, por lo menos en la medida en que aceptemos ciertas palabras que literalmente se expresan, como cuando se habla de *soberanía* o *independencia* de las partes componentes. Pero la existencia de un poder judicial y de un gobierno general podrá dar pie a que se sostuviera que era una verdadera república federal. Lo cierto es que sin duda, aquél citado libro de García de Sena fue conocido por Artigas e influyen tanto los *Artículos de Confederación y Unión perpetua* de la primera época de la independencia norteamericana, cuanto también la estructurada República Federal de 1787.

Como dato ilustrativo en virtud del cual el doctor Demicheli sostiene que fue un proyecto de los diputados artiguistas, este ejemplar que ha aparecido, diré que él se basa en que éste proyecto tiene tres letras a manera de sigla: "F.S.C." dice que esa F, esa S y esa C son las iniciales de Felipe Santiago Cardozo, fue uno de los diputados artiguistas que pretendieron incorporarse a la Asamblea de 1813.

Sin perjuicio de estos datos que nos interesan, en materia constitucional, no debemos dejar de destacar algunos otros en cuanto significaron decisiones trascendentes de la Asamblea de 1813, que importan actos de hecho que indican ya una nación que adopta resoluciones soberanas, y al mismo tiempo otras decisiones que importan el cumplimiento de objetivos revolucionarios. Por ejemplo legisla en materia de *esclavos*. La Asamblea del año XIII decreta la libertad de vientres, esto es, que los hijos de esclavos que nacieran de entonces en más en territorio argentino serían libres. Esto ocurre el 2 de febrero de 1813. Y dos días después declárase que los esclavos que de cualquier modo pisen el suelo argentino serán libres. *Aquí tenemos un antecedente de la letra de nuestra constitución de 185*, en su artículo 45. Esto trajo algún problema. Fue suscitado con el imperio brasileño, porque algunos esclavos se evadían y entonces al año siguiente la Asamblea tuvo una suerte de rectificación diciendo que esta última disposición no alcanzaba a aquellos que vinieran en calidad de sirvientes de los visitantes extranjeros, es decir, hubo una suerte de temporización con respecto a esta definición tan terminante.

Otras medidas también implican un sentido revolucionario, tales las disposiciones que se toman con respecto a los *indios*.

Se suprime la mita y el yanaconazgo. La mita era el trabajo brutal que se hacía en las minas particularmente. Y el yanaconazgo era el indio servidor en las haciendas o en las casas. Se suprime esa suerte de esclavitud y se toman algunas medidas también relativas al derecho privado, pero que también importan un sentido revolucionario, sobre la sociedad vigente hasta ese instante. Tal lo que significa la supresión del mayorazgo y del vinculado.

Pero hay otras medidas que también se toman y debemos recordar en esta Asamblea, que no son simplemente anecdóticas o emocionales, sino que implican una trascendente decisión de tipo político, y de afirmación de un naciente poder soberano. Tal es por ejemplo, lo que ocurre con la creación del Escudo Nacional, con la consagración de un Himno Oficial, con la acuñación de moneda, actos todos estos típicos de un país soberano que demuestran que la Asamblea del año XIII, si bien es cierto que no llegó a sancionar una Constitución, como hemos visto, quedándose solamente en proyecto, ni llegó a dictar la Independencia, que era otro gran objetivo, produjo en este último sentido actos, que indiscutiblemente muestran que se arrancaba esa “máscara de Fernando VII” y se emprendía con mayor claridad el camino de la Independencia que los pueblos anhelaban.

VI. - Los intentos constitucionales posteriores

Nos hemos detenido en el examen de lo ocurrido en la Asamblea del XIII porque allí tienen expresión meditada los intentos constitucionales, que repercutirán en los que sucedan luego. Por ello y dada la efímera vigencia de los mismos, nos limitaremos a mencionarlos brevemente:

1. El Estatuto Provisional de 1815

Está realizado sobre la base del Proyecto de la Sociedad Patriótica. No llegó a ser aprobado por los pueblos del interior, pero dio origen a la reunión del Congreso que en Tucumán declaró nuestra Independencia.

2. Los Reglamentos Constitucionales de 1816 y 1817/18

El Reglamento de 1816 es el de 1815 refirmado (64). No llegó a tener vigencia porque el Director Pueyrredón no lo acató. Como consecuencia

(64) Véase su texto en Asambleas Constitucionales Argentinas, ob. cit., Vol. VI, 2ª parte, pág. 667-680.

de las observaciones de Pueyrredón tenemos un segundo reglamento que podríamos llamar *Reglamento de 1817-18* (65) que es sino el estatuto anterior ajustado a las observaciones que había hecho Pueyrredón.

Sin embargo, sobre este Estatuto cabe citar una original y aguda observación de nuestro distinguido colega *Gregorio Badeni* en su celebrado *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo I, 7ª edición, Pág. 156) al tratar la libertad social y mencionar a Echeverría, sobre lo que volveremos más adelante, se refiere al *Constitucionalismo social*, como lo bautizó Linares Quintana. Y encuentra un remoto antecedente del mismo en el *Reglamento Provisorio de 1817*, que establecía en el capítulo 7º de la Sección I los deberes del cuerpo social disponiendo que “*El Cuerpo Social debe garantizar y afianzar el goce de los derechos del hombre. Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios para prosperar e instruirse. Toda disposición o estatuto, contrario a los principios establecidos en los artículos anteriores será de ningún efecto*”. He aquí un remoto antecedente del art. 14bis de nuestra Constitución y de otras disposiciones concordantes.

3. La Constitución de 1819

El carácter unitario de esta Constitución provocó su rechazo por diversas provincias, que apoyaban al federalismo, lo que no obstó a que fuera jurada por Buenos Aires. Sin embargo, tampoco sobrevivió a raíz de la batalla de Cepeda y el Pacto del Pilar.

Seco Villalba destaca que tiene su fuente en el Proyecto elaborado en la Asamblea de 1813 que hemos individualizado como el tercer proyecto o Proyecto de la Asamblea Constituyente. Después de analizar las concordancias con él mismo, concluye (66): “Las pruebas que he aportado demuestran cabalmente la supervivencia del pensamiento constitucional de 1813, en la Constitución jurada el 25 de Mayo de 1819. Los principios y la forma de organización de los poderes que goza la República Argentina, *pertenecen por lo tanto a una tradición y no son la obra exclusiva del momento, ni de la iniciativa personal: formada una conciencia constitucional, fue transmitiéndose a través de las vicisitudes públicas, aumentándose y perfeccionándose, hasta convertirse en un ordenamiento estable*”.

(65) Asambleas Constituyentes Argentinas, ob. cit., Vol. VI, 2ª parte, pág. 664.

(66) SECO VILLALBA, José Armando, ob. cit., pág. 84.

Esta cita, que nos permitimos subrayar y que comparto, demuestra la importancia de no olvidar nuestros antecedentes, a la hora de juzgar la originalidad de la Constitución Nacional.

VII. - La constitución de 1826

Esta Constitución no hizo más que perfeccionar la Constitución de 1819, según lo admitieron los miembros de la comisión encargada de redactarla.

Se conocían y citaron constituciones extranjeras y opiniones de autores, dice Seco Villalba: “Mucho se citó la Constitución de los Estados Unidos de América, al extremo que el más federalista de los que allí estaban —se refiere Manuel Dorrego— advirtió: “bueno es que se citen ejemplos especialmente de ese país clásico de la libertad, pero no como un argumento incuestionable que no se puede hacer lo contrario, porque en esta materia tienen los ejemplos una fuerza muy débil, porque es preciso considerar también mucho la situación del país, a quien se da, y muchas otras circunstancias” (67).

La constitución unitaria que finalmente se consagró contó con un ardoroso debate previo entre federales y unitarios (68). Allí se esgrimieron argumentos diversos que sin duda fueron consultados por la Generación de 1837 y particularmente por Alberdi al enumerar nuestros antecedentes unitarios y federales.

La tesis federal es sostenida especialmente por dos grandes expositores de la misma: Manuel Moreno, hermano de Mariano Moreno; y Manuel Dorrego, que lo hacen con la experiencia y el conocimiento de la práctica del sistema federal porque ambos habían vivido, entre cuatro y cinco años, en Estados Unidos en la década anterior, uno de ellos exiliado. De modo que lo hacen con convencimiento porque habían visto funcionar ese régimen de Estado en la nación del norte. También hay otros expositores importantes, como Galisteo, Cavia, etcétera.

Los que llevan la voz cantante a favor de la tendencia unitaria son especialmente Valentín Gómez, que es una figura importante que va a tener

(67) SECO VILLALBA, José Armando, ob. cit., pág. 84.

(68) Puede consultarse Asambleas Constituyentes Argentinas, ob. cit., Vol. III, pág. 213 a 261.

trascendencia en el Congreso, y don Julián Segundo de Agüero, un futuro ministro de Rivadavia.

Las exposiciones llevan muchas horas de debate. Prácticamente los partidarios del *sistema de unidad* sostenían que las provincias no se encontraban con suficientes recursos económicos o humanos ni tenían la cantidad de ciudadanos suficientemente ilustrados para crear la totalidad de las instituciones de tipo autonómico que el gobierno requería. Por el contrario, quienes sostenían la *Tesis Federal* decían que las provincias no obstante la precariedad de sus recursos, estaban ya habituadas al ejercicio del gobierno propio, se habían creado situaciones que no cabía desconocer, había que evitar nuevos enfrentamientos como los que se habían mostrado ya en el pasado y era entonces necesario reconocer esta urgencia y este mandato que muchos de ellos tenían en sentido imperativo, sancionando la forma federal de Estado.

Como sabemos la Constitución de 1826 no contó con el apoyo del interior, concluyendo con ella los intentos para encauzar el país bajo una ley común, coronados recién en 1853...

Pero quedó como una válida experiencia, que “hace honor a los cuerpos legislativos nacionales”, a juicio de Seco Villalba, quien agrega al referirse al linaje patricio de esos constituyentes: “Esos hombres supieron valorar los precedentes y por esta causa decidieron mejorar lo pasado, antes de ponerse a redactar una nueva obra para llegar a lo mismo” (69).

IX. - Los pactos interprovinciales

Uno de los antecedentes que se pueden citar, como elementos autóctonos en el proceso que condujo a nuestra estructuración constitucional, son los *pactos interprovinciales*.

Aunque fueron muchos más, los autores señalan a cuatro de ellos como los pactos preexistentes a los que se refiere el *Preámbulo* de nuestra Constitución: el *Pacto del Pilar* (23 de Febrero de 1820); el *Tratado del Cuadrilátero* (1822); el llamado *Pacto Federal* del 4 de Enero de 1831 y el *Acuerdo de San Nicolás* (31 de Mayo de 1852).

(69) SECO VILLALBA, José Armando, ob. cit., pág. 90.

Los *pactos existentes* se diferencian de los *pactos especiales* mencionados en el actual artículo 121 y que se refiere al *Pacto de San José de Flores* de 1859, celebrado entre la Confederación y la Provincia de Buenos Aires.

Vale la pena recordar la opinión de Linares Quintana (70), quien recalca: “Todos los pactos preexistentes evidencian el firme e ininterrumpido propósito de las provincias de mantener la integridad y la unidad de la Nación, a la vez que de organizar a esta jurídicamente por medio de una constitución federal”.

Podría encontrarse similitud entre los Pactos preexistentes, que antecedieron a nuestra Constitución, con los *Artículos de Confederación y Unión Perpetua* que dieron origen a la Constitución norteamericana de 1787.

Aunque formalmente puede haber alguna semejanza, fueron sin embargo distintas las circunstancias que las originaran y el funcionamiento efectivo desde el punto de vista de un real estado federativo.

Los *Artículos de Confederación y Unión Perpetua* contemplaron un órgano de unión, el *Congreso Continental* que tenía todavía las cicatrices de la guerra de la independencia y buscaba la unidad de los Estados que solamente como consecuencia de ella se habían encontrado. Venían de la diversidad a la unidad. Los *pactos preexistentes* buscaban en cambio recrear la unidad que habían perdido al desaparecer la autoridad nacional. El órgano central que contemplaron en el Pacto Federal de 1831, la Comisión Representativa, nunca tuvo vigencia efectiva.

En el caso norteamericano, se construye la Unión de Estados que se encontraban en paz entre sí. En cambio, en los pactos preexistentes asoma la guerra civil y la desavenencia profunda entre las provincias. Así, el Tratado del Pilar decreta el fin de las hostilidades entre la metrópoli y las provincias litorales y da nacimiento a la provincia de Buenos Aires, cesando el Directorio y la autoridad nacional. Asimismo, el Tratado del 4 de Enero de 1831 es una alianza de las provincias alineadas en la causa federal frente a los peligros de la Liga Unitaria y a las amenazas del Imperio Lusitano. El propio Acuerdo de San Nicolás es el epílogo de la batalla de Caseros.

Recordemos también que en todos nuestros *pactos preexistentes* se conviene resguardar la *libertad de navegación de los ríos*, que luego recogerá

(70) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Segunda Edición, T. 2, pág. 600.

nuestra Constitución. Se podría aquí recordar que también fue la cuestión de la navegación del río Potomac lo que dio pie a Madison para hacer que la legislatura de Virginia propusiera una convención interestatal que adaptase un sistema uniforme de regulación comercial. Así arrancó la convención de Filadelfia que finalmente sancionó la Constitución de 1787 (71).

Pero la navegación de los ríos tenía importancia disímil allí con la de nuestro país. Allí habían varios puertos de exportación marítima; aquí Buenos Aires dominaba geográficamente el flujo final de los ríos.

He tenido oportunidad de referirme a este tema candente, que enfrentaba el interés monopólico de la Aduana de Buenos Aires frente a las Provincias litorales e incluso a las del interior, que transportaban mercaderías hacia Santa Fe por el camino costero del Salado (72).

Como vemos, no pueden asimilarse los *Artículos de la Confederación y Unión Perpetua* con los “*pactos preexistentes*”. Aquellos rigieron una Confederación con un Congreso que existió permanentemente, sin un Estado prevaleciente. ¿Qué ocurre entre nosotros?

La “Comisión Representativa” creada por el Pacto de 1831 tuvo efímera vida y ninguna potestad, rigiendo la voluntad omnímoda del gobernador de Buenos Aires. Los norteamericanos eran un Estado confederado y buscaban una unión más perfecta. Nosotros, bajo una mentida denominación confederativa, a pesar del deseo de los pueblos, vivíamos bajo un régimen unitario y centralista incuestionable.

Se necesitaba un clínico que diagnosticara nuestro real estado y propusiera los remedios adecuados. Esa fue la misión de la Generación de 1837 y la originalidad de Alberdi.

4. *La generación de 1837*

No vamos a efectuar un relato sobre el desarrollo y afanes de los miembros de esta generación, suficientemente conocidos.

(71) Véase ELLIOT MORRISON, Samuel y STEELE COMMAGER, Henry: “Historia de los Estados Unidos de Norteamérica”, Fondo de Cultura Económica, México, Tomo I, pág. 372 y siguientes.

(72) Véase AGUIRRE LANARI, Juan R.: “Pago Largo y Berón de Astrada en la evolución constitucional Argentina”, Corrientes, 1964.

Liderada por Esteban Echeverría, integrada por Alberdi, Gutiérrez, Vicente Fidel López, Tejedor, Sarmiento, Mitre, Maldonado, Félix Farías, Marco Avellaneda y otros, comprendió que una *misión espiritual* se imponía: *restaurar la vigencia de Mayo* y propició un *sistema de ideas morales y jurídicas* que permitieron la unidad de los argentinos para construir el país.

Ese programa unió a los miembros de la generación de 1837. Su propósito lo escribió Echeverría en su *Ojeada retrospectiva* y en el *Dogma Socialista*, cuya última y esencial palabra quedó a cargo de Alberdi.

Destaquemos ante todo una actitud espiritual que proclaman los jóvenes para el éxito de su empresa. Les piden a sus padres que callen los odios en sus tumbas como condición para acometer la obra de superación que proyectan. Visión certera de ayer, para hoy y para mañana, ante aquella ley del odio antes recordada, que tanto ha gravitado en detrimento de la unidad nacional.

Echeverría, que conocía frustradas experiencias de trasplantes inadecuados, proponía “como punto de partida conocer nuestras leyes y estado social, determinar primero lo que somos y aplicando los principios, buscar lo que debemos ser. Confrontar siempre los hechos con la teoría y la doctrina de los publicistas mas adelantados. No salir del terreno práctico, *no perderse en abstracciones; tener siempre clavado el ojo de la inteligencia en las entrañas de nuestra sociedad*”.

En las “*Palabras Simbólicas*” los jóvenes que encomiendan a Echeverría su redacción, traducen su ideario político. Proclaman la *Asociación* necesaria para el progreso, la igualdad y el respeto a los *derechos individuales*. Postulan el Progreso la Fraternidad, igualdad y la libertad. Colocan a Dios como centro y periferia de nuestra creencia religiosa y al cristianismo su ley, enfatizando la *libertad de conciencia*. Adoptan las glorias legítimas de la Revolución de Mayo y se proponen continuar las tradiciones progresivas de ella independizándose de las tradiciones retrogradadas del antiguo régimen. En el sentido indicado cabe resaltar su adhesión a la *democracia* y a las *libertades* en ella contenidas, proclamando la necesaria armonía de las leyes con el *derecho natural*. Proclaman la emancipación del espíritu americano dentro de aquellos principios.

En la palabra X se dedica un extenso examen a la organización de la Patria sobre la *base de la democracia*; reiteran el énfasis sobre los *dere-*

chos naturales y afirman dentro de lo que sería el concepto racional normativo recordado: “La *democracia*, pues, no es el despotismo absoluto de las masas, ni de las mayorías, es el régimen de la razón”. Se analiza la *división de poderes* y con acierto se enfatiza en su necesario y armónico equilibrio. También se discute sobre los límites del legislador, en lo que a mi juicio significa una intuitiva introducción al análisis de los límites que el constitucionalismo moderno fija al poder constituyente.

Coincidente con lo anticipado, en la Palabra XI se proclama la *conformidad de principios* como base moral de la acción a comprender. En la palabra XII se exhorta a la fusión de todas las doctrinas progresivas en su centro unitario. Aquí los jóvenes enfatizan su alineamiento con el *progreso* que toman como meta, reiterando su adhesión con Mayo y anticipando el rumbo que la Constitución, en base a la igualdad y libertad, llevaría a la *democracia* como *idea fundamental*.

5. *La originalidad de Alberdi*

Cabe ahí recordar a la última palabra simbólica del DOGMA SOCIALISTA DE LA ASOCIACION DE MAYO, cuya redacción se encomienda a Alberdi.

Ella proclama, dentro del propósito superador del odio antes recordado: “Abnegación de las simpatías que pudieron ligarnos a las dos grandes fracciones que se han disputado el poderío durante la revolución”.

Reclama una fusión política y para ello “una general amnistía para todos los extravíos precedentes...”.

Después de pedir el silencio de sus padres en pos de la unión, según vimos, proclaman: “todos los argentinos son uno en nuestro corazón sean cuales fuesen su nacimiento, su color, su condición, su escarapela, su edad, su profesión, su clase”.

Dentro de ese propósito unitario, analiza Alberdi, con toda precisión los antecedentes unitarios coloniales y revolucionarios, junto con los antecedentes federativos del país.

En función de ellos, postula la necesidad de una total abnegación de los principios que pudieran ligar a su generación con los principios u tendencias antagónicas. He aquí un anticipo de la *fórmula mixta* que será su original contribución al problema de la forma de Estado Argentino.

He tenido oportunidad de referirme a Alberdi como el *doctrinario de la Constitución* (73). Algo he adelantado también ahora sobre su pensamiento, al comentar la polémica en Sarmiento.

En sus Bases, Alberdi señaló que Dios da a cada pueblo su ser normal como le da a cada hombre, el cual es impotente ante los elementos naturales que concurren a formar la *Constitución normal* de la nación.

Alberdi recuerda los antecedentes unitarios y federales ya estudiados, en busca de la constitución real, natural y posible. Proclama “el alejamiento de las dos tendencias o principios, que habiendo aspirado en vano al gobierno exclusivo del país, durante una lucha estéril alimentada por largos años, buscan hoy una función parlamentaria en el seno de un *sistema mixto*, que abraza y concilie las *libertades de cada provincia* y las *prerogativas de toda la nación*: solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino, —la *Nación* y la *Provincia*— de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la combinación armónica de la *individualidad* con la *generalidad*, del localismo con la *nación*, o bien de la *libertad* con la *asociación*: ley natural de todo cuerpo orgánico sea colectivo, llámese Estado o llámese hombre...”.

Alberdi declara impracticable en el país la *unidad pura*, recordando el fracaso de los unitarios. También consideran imposible en la República Argentina la *federación pura* aunque aquí se está refiriendo al sistema de confederación, por ello dice, en apoyo del *sistema mixto*: “la República Argentina es tan incapaz de una pura y simple federación como de una *pura y simple unidad*. Ella necesita, por dos circunstancias, de una *federación unitaria* o de una *unidad federativa*”.

Esta fue la fórmula que Alberdi negó que fuera “exótica” *ni tampoco una copia servil*, desde que se aplique con las modificaciones exigidas por *la manera de ser especial del país*, a cuyas variaciones se presta esa fórmula como todas las fórmulas conocidas de gobierno”.

Así intento Alberdi un federalismo que no fuera una simple copia del federalismo norteamericano. Imposibilitado de anotar la comparación con el mismo, bastemos remitirnos a la autoridad del recordado maestro

(73) Véase AGUIRRE LANARI, Juan R.: “Los fundadores...”, ob. cit., pág. 58 a 80.

Carlos Sánchez Viamonte, quien establece 7 semejanzas y 17 diferencias entre el federalismo argentino y el de Estados Unidos (74).

6. *La Constitución Nacional*

Luego de estudiar tan variados antecedentes, llegamos a la sancionada Constitución de 1853 y debemos interrogarnos sobre su originalidad, a los efectos del problema que inicialmente nos planteamos para clasificarla.

¿Fue una simple copia de los EE.UU.? ¿Tuvo en cambio influencia inspiradora Alberdi con sus “Bases” y su Proyecto de Constitución? ¿Pesaron y en qué medida los antecedentes que recordamos? ¿Existieron otros documentos constitucionales y autores que influyeron en los constituyentes de 1853?

Sobre cada asunto se han acumulado miles de páginas y valiosas y divergentes opiniones. La polémica entre Alberdi y Sarmiento, que hemos señalado, es una prueba de tan espinoso asunto.

Hay una frase famosa de *Benjamin Gorostiaga*, que fue miembro informante y junto con Gutiérrez una de las cumbres intelectuales de la Convención Constituyente de 1853, que ha provocado una encendida polémica. Dijo refiriéndose al proyecto de Constitución, que “*está vaciado en el molde de la constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en este mundo*”.

No es nuestro propósito entrar a las opiniones vertidas sobre el verdadero pensamiento de Gorostiaga. Nuestro distinguido colega el Dr. Alfredo Bidegain, en sus *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional* (75), ha sostenido que la frase fue pronunciada en ese momento con el ánimo de resguardar el prestigio intelectual de la obra que se ofrecía a los pueblos, pero de ninguna manera ella significa una realidad, informando también de un arrepentimiento de Gorostiaga sobre sus dichos. El mismo arrepentimiento, junto con otras consideraciones, es sostenido por Ernesto Quesada en una larga carta dirigida a González Calderon (76), que éste

(74) Véase SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, ob. cit., pág. 81.

(75) Véase BIDEGAIN, Carlos María, “Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional”, 2ª Edición, Buenos Aires, Abelardo Perrot, Tomo I, pág. 86.

(76) GONZALEZ CALDERON, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, tomo 2.

publica aunque señala su disidencia con algunas cuestiones fundamentales de la misma, sin explazarlas.

En cambio, García Mansilla y Ramírez Calvo (77) niegan tal arrepentimiento de Gorostiaga y hablan de una falsa rectificación del mismo.

Creemos que no nos corresponde ni hace a nuestro cometido entrar a tal debate sobre un arrepentimiento de Gorostiaga de su famosa frase. No puede dudarse, por las fuentes que citaremos luego, que la Constitución de Estados Unidos era conocida y había sido estudiada en nuestro país mucho antes y por diversos constituyentes. La “*adopción*” aludida no significa la admisión de una “copia” sobre el particular, señala Vanossi en su profundo análisis sobre “*La influencia de la Constitución de Estados Unidos en la Constitución de la República Argentina*” (78).

Luego de recordar ciertos datos originales de la Constitución de Filadelfia (sistema federal, régimen presidencialista, judicialismo, etc.), dice que la Constitución Argentina *adoptó y adaptó* esas características a la realidad en la que pretendía aplicarse. *No se trata de una copia*, afirma, se habla de una “*adopción*” y “*adaptación*” en el sentido de que la implantación por la Constitución Argentina de una forma de gobierno representativa, republicana y federal, ha sido hecha “*según lo establece la presente Constitución*” (art. 1°).

Para conocer el verdadero pensamiento y la importancia de *Gorostiaga* debemos remitirnos a la documentada investigación realizada sobre el mismo por nuestro colega *Jorge A. Vanossi*, en una obra que ya es clásica, que tituló “*La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su Jurisprudencia*”(79).

Vanossi, que recuerda a *Gorostiaga* como un ágil jurista y seguramente el que mejor conocía el derecho público de los Estados Unidos de Norteamérica, señala: “¿Dónde consta la obra constitucional de Gorostiaga?”.

(77) GARCIA MANSILLA, Juan José. RAMIREZ CALVO, Ricardo, “La constitución Nacional y la obsesión Norteamericana”, ob. cit., pág. 131 y siguientes.

(78) En “Revista Jurídica de San Isidro”, 10-11, diciembre 1976, pág. 78.

(79) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su Jurisprudencia”, Ediciones Pannedile, Buenos Aires, 1970, pág. 26/27.

Surge del *Anteproyecto*, que es un testimonio irrefutable de su autoría. Son los borradores del esbozo de Gorostiaga, redactados de su puño y letra, que abarcan prácticamente, la totalidad de la *parte orgánica* de la Constitución y el *Preámbulo* de la misma. Allí están casi intactos los artículos correspondientes al texto actual de los capítulos referentes a: facultades del Congreso, formación y sanción de las leyes, Poder Ejecutivo con Poder Judicial y gobiernos de provincias. También son incuestionables *las fuentes de su redacción* en esas partes; el proyecto de Alberdi, la Constitución Argentina de 1826, la Constitución Norteamericana de Filadelfia (1787) y los comentarios de *El federalista* de Hamilton, Madison y Jay” (80).

Y agrega más adelante Vanossi: “Por su parte, *Juan María Gutiérrez* trabajó preferentemente en la *parte dogmática* de la Constitución, como el mismo lo declarará en su correspondencia de esos meses con Juan Bautista Alberdi- *Gutiérrez fue propiamente el vocero de Alberdi* en el Congreso Constituyente, cuyas *Bases* difundió entre los congresales, por pedido del insigne tucumano”.

Oigamos ahora otra opinión que por su autoridad y siempre exhaustiva investigación nos da un panorama sobre las fuentes inspiradoras de los Congresales. Linares Quintana (81) dice que “no es del caso entrar en un debate minúsculo y hasta estéril, acerca del número exacto de las disposiciones contenidas en la Constitución que han sido influidas por Alberdi, lo indiscutible es que las Bases y el proyecto anexo constituyeron elementos que en todo momento tuvieron en consideración los constituyentes” y agrega más adelante que fueron inspiradores de la Constitución los precursores y actores de la Revolución de Mayo, “...los miembros de la Asociación de Mayo...” “...y la brillante generación de los proscriptos, con Sarmiento a la cabeza, y aunque sea paradójal, en oposición doctrinaria al autor de las *Bases*”.

Agrega Linares Quintana: “No existe duda acerca de que los constituyentes argentinos, para realizar su admirable tarea, *tuvieron muy en cuenta todos los ensayos y proyectos constitucionales de 1819 y 1826, y, desde luego, el proyecto de Constitución de Alberdi, fundamentado por las Ba-*

(80) VANOSI, Jorge Reinaldo A., “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su Jurisprudencia”, ob. cit., pág. 37.

(81) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Ob. Cit., Tomo II, pág. 657 y siguientes.

ses. Entre las *constituciones extranjeras*, que influyeron en la nuestra, y *aparte de la de Estados Unidos*, que fue tenida como modelo, caben citarse la *Española*, de Cádiz de 1812, de *Chile* de 1833, el acta federal de la *Confederación Suiza* de 1832 y la *Constitución de este mismo país* de 1848, las *constituciones francesas* de 1793 y 1848, así como de *otros países americanos* y la de los *Estados norteamericanos de California y Massachusetts* y a los *proyectos constitucionales inspirados por Artigas*".

"Tampoco se discute que tanto Alberdi como los constituyentes conocían las obras de Montesquieu, Rousseau, Pellegrino Rossi, Paine, así como *El Federalista*. De todos modos, *la influencia de Alberdi prevaleció sobre cualquier otra*. "Las Bases del Alberdi —ha descrito González Calderón— leídas con profundo interés por los hombres del congreso y en toda la Confederación, allanaron mucho el camino de la organización, porque en dicha obra su autor planteaba el gran problema institucional y político en el terreno de las soluciones prácticas y posibles, y del cual eliminaba el teoricismo que había hecho fracasar las tentativas de 1819 y 1826, dejándose guiar tan solo por la realidad de la situación que *habían formado los antecedentes nacionales, las fuerzas históricas*, mas poderosas y decisivas que la voluntad de los legisladores y los gobernantes". En las *Bases* "estaba allí presumida toda la mas exquisita esencia de las instituciones argentinas, y fue la guía mas segura y señaló rumbos a los organizadores de la Nación".

A esta altura, debemos sentar algunas precisiones respecto a la cuestionada frase de Gorostiaga. El "modelo" recomendado se refiere incuestionablemente al "federal", esto es, a la *parte orgánica* de la Constitución, a cargo de aquel, pero queda también por analizar lo relativo a la *parte dogmática* de la que se ocupó Gutiérrez, quien receptaba la influencia de Alberdi, de quien era amigo y confesado admirador.

En este segundo aspecto de la Constitución parece justo rescatar los remotos antecedentes hispanos y neocolásticos recordados, tan adheridos a los derechos naturales que resguarda nuestra ley fundamental en su *parte dogmática*. Algunos de ellos, anteriores a la Carta Magna, según vimos.

En lo que hace a la parte dogmática de la Constitución, nuestros constituyentes no carecían de fuentes propias, que confluían con la de los norteamericanos. Las libertades y prácticas inglesas se pueden parangonar históricamente con los fueros españoles y los neocolásticos, que según vi-

mos también incidieron en el admirado Locke como lo demostró Rodríguez Varela en su recordado estudio. Los intentos de resguardar la libertad individual eran también añejos entre nosotros, a través del Decreto de seguridad individual y los ensayos constitucionales a partir de 1811.

En la *parte orgánica* también registrábamos testimonios con los referidos documentos, así como en el antecedente citado de Moreno y la Constitución equilibrada que acertadamente describió Linares Quintana. Pero debemos reconocer que la fórmula de Montesquieu fue perfeccionada por la Constitución de Norteamérica de 1787, cuando establece la separación de los poderes al erigir a la *rama judicial como un verdadero poder*, en equilibrio con los restantes. Ello fue un acierto, como lo señalaba Vannossi, como también lo fue el de nuestros constituyentes al adoptarlo con igual jerarquía.

Hay una última circunstancia que nos diferencia con los Estados Unidos en materia de federalismo (82). Ellos vinieron de la diversidad de Estados entre sí, que se encaminaron a la unidad. El Estado confederativo no les resultó; necesitaban una autoridad central con poderes que no tenía el congreso de los Estados para afrontar la guerra, comercial o la que fuere, especialmente con Inglaterra y con sus vecinos franceses y españoles. Pero los Estados miembros, disfrutaban de la paz interior entre sí.

Nosotros, en cambio en Mayo de 1810 veníamos de la unidad y los hechos trajeron la fragmentación, con guerras intestinas. Había que recrear la unidad pero aceptando el federalismo que de “hecho existe” como señalaban los pactos preexistentes. Había que aceptar el sentimiento y derechos de las partes componentes, lo que en Estados Unidos era natural y que aquí, en cambio, había costado torrentes de sangre. El unitarismo se había mostrado en 1826 y luego, con el régimen rosista, como una fuerza contendiente no despreciable. Se necesitaba que la Constitución fuera un Tratado de paz interior.

Eramos un país original que exigía soluciones originales, en búsqueda de paz y el progreso. Esa fue la tarea política de la Generación de 1837 y de Alberdi, que pusieron una nota de *fraternal originalidad*.

(82) Sobre las diferencias del proceso histórico entre ambos federalismos puede verse: AGUIRRE LANARI, Juan R.: “El federalismo Norteamericano”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1987, especialmente páginas 29 y siguientes.

Para su labor, contaron con las *fuentes extranjeras* que citamos, recordadas por Linares Quintana y Vanossi. También con los antecedentes que reseñamos y con la nutrida experiencia florecida en nuestro *Derecho Público Provincial*.

Con tales elementos, como fruto del *consenso*, palabra hoy invocada pero escasa en su aplicación, nació la Constitución de 1853, con *una particular originalidad*.

Reformada en 1860, con mayor dosis de federalismo, la Constitución transformó al país. En 50 años nos convertimos en una de las ocho naciones más admiradas de la tierra.

En 1957 y 1994 la Constitución sufrió importantes reformas, ingresando al campo que Linares Quintana ha denominado como *Constitucionalismo Social*. Sin embargo, *conserva un núcleo intocable de estirpe liberal* con las *Declaraciones, Derechos y Garantías* contenidos en el entonces Capítulo único de la primera parte de la Constitución. Así a lo estableció en 1993 el Poder Preconstituyente (Art. 7° del Núcleo de Coincidencias Básicas) y la Constitución Reformada de 1994 (Art. 75 inciso 22), *al establecer que determinados tratados Internacionales tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidas*.

7. Una nueva tipología de Loewenstein

Después de tan intenso recorrido en el que no obstante los importantes aportes extranjeros recibidos, puede defenderse la *originalidad de la Constitución de 1853/60*, cabe formularse una interrogación.

Atento a los cambios sufridos por aquella al finalizar el siglo pasado y a ciertos cuestionamientos sobre su efectiva vigencia ¿no cabría también apelar a otras topologías para encuadrarla a los tiempos en los que vivimos?

Pienso que otra tipología explicada por Karl Loewenstein, nos da una respuesta adecuada (83). Para evitar la palabra existencial tan de moda,

(83) LOEWENSTEIN, Karl: "Teoría de la Constitución", ob. cit., pág. 216 y siguientes.

llama a este nuevo análisis: *ontológico*. Dentro de este criterio Loewenstein distingue las Constituciones *normativas*, las Constituciones *nominales* y las Constituciones *semánticas*.

En lugar de analizar la esencia y el contenido de las Constituciones, el análisis ontológico examina la concordancia de las normas institucionales con la realidad del proceso del poder.

Una Constitución es lo que los detentadores y los destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. En el caso de las *Constituciones normativas* ocurre que ella es observada lealmente por todos los interesados.

El proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ellas. Loewenstein dice que aquí la Constitución es como un traje que se sienta bien y que se lleva realmente.

Agrega Loewenstein que una Constitución podrá ser jurídicamente válida pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial.

En este caso cabe calificar a dicha constitución de *Constitución nominal*. Esta implica que los presupuestos sociales y económicos existentes —por ejemplo, la ausencia de *educación en general*, en particular la *educación política*, la inexistencia de una clase media independiente y otros factores— operan en el momento actual contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. Probablemente, la decisión política que condujo a sancionar esa Constitución fue prematura pero persiste la esperanza, dada la buena voluntad de los destinatarios y los detentadores del poder, de que tarde o temprano la realidad del proceso político corresponderá al modelo establecido por la Constitución. Continuando con el símil: el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido.

Señala luego Loewenstein que hay casos en que si bien la Constitución será plenamente aplicada, su realidad antológica no es sino la formalización de la existente situación de poder político en beneficio exclusivo de sus detentadores del poder fáctico, que disponer del aparato coactivo del Estado. En lugar de servir a la limitación del poder, la Constitución es aquí el elemento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la comunidad. A este tipo de Constitución Loewenstein la

denomina semántica. Y dentro del símil utilizado, el traje no es en absoluto un traje sino un disfraz.

Dentro de las tipologías descriptas, ¿dónde se ubica nuestra Constitución? Sin duda entre las Constituciones *nominales* y aspiramos a figurar entre las *normativas* en el futuro.

Vanossi hace años machaca con la anomia vigente en nuestro cuerpo social. También en reciente conferencia, un brillante constitucionalista cordobés, el académico Antonio María Hernández, nos hablaba sobre el déficit de la cultura constitucional en nuestro país (84).

No obstante los muchos errores cometidos por décadas, el pueblo argentino, por medio de la educación política, avanzará hacia la tierra sonada por los fundadores del país, encuadrándose dentro de las Constituciones normativas.

No me caben dudas que llegará el día en que, coincidiendo con Loewenstein, nos pondremos el traje y nos sentará bien.

(84) HERNANDEZ, Antonio María: "La cultura de la Constitución Argentina", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 26 de setiembre de 2007.

SISTEMAS, OBJETIVOS Y PRESUPUESTOS CONCURSALES EN EL DERECHO ACTUAL (LA UNIDAD CONCEPTUAL DEL PRESUPUESTO OBJETIVO)

POR HÉCTOR ALEGRIA (*)

SUMARIO: I. Presentación. — II. Fines de la legislación concursal. — III. Elenco de soluciones concursales, con especial referencia a las vías de acceso. — IV. El presupuesto objetivo. — V. Reflexiones finales.

I. Presentación

Con esta comunicación intentamos ubicar aspectos de una parte importante del derecho, como es el derecho concursal, en el mundo de hoy.

Es interesante presentar esta temática con una reflexión del profesor SATTÀ, un famoso procesalista que escribió sobre derecho concursal, y que ya en 1960 decía: "...Pero por la distancia entre la ley y la experiencia, la quiebra permanece ahora para el jurista como una gran clínica del derecho, un poderoso banco de pruebas de los conceptos jurídicos, como demostraba sobre los pupitres de la escuela nuestro maestro MOSSA. El análisis de los sujetos, las reacciones que la quiebra opone a los tentativos de reducir el mundo del derecho a un mundo sin gente, ha hecho ver cómo sus particulares problemas se relacionan con la cumbre de la especulación jurídica" (1).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 25 de setiembre de 2008.

(1) SATTÀ, Salvatore, "I soggetti del fallimento", Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile, 1960, p. 116/129.

Esta reflexión de SATTÁ, que parece lejana en el tiempo, tiene mucha aplicación en la actualidad por lo que iremos exponiendo a lo largo de esta comunicación.

Creemos que para este trabajo es necesario, aunque sea en un breve resumen, exponer algunos temas que han sido tratados en varios anteriores (2) pero que nos animamos a reproducir, por su importancia para introducirnos en la materia de esta exposición:

A. SISTEMAS CLASICOS. SISTEMAS ACTUALES EN LA LEGISLACION COMPARADA. GLOBALIZACION.

Los esquemas clásicos en relación a la *clasificación de los sistemas concursales*, hoy han desaparecido como tales. Las legislaciones han interactuado entre sí, observándose transvase de unas a otras, haciendo que las diversas leyes se acerquen y decanten hacia tendencias comunes. En definitiva, hay una mayor uniformidad, o al menos armonización, provocada por la globalización, sin duda, pero además por algunas iniciativas de gran nivel, como la “Guía legislativa sobre la ley de insolvencia” de Uncitral del año 2004, que es una propuesta íntegra para nuevos ordenamientos concursales; los “Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores” del Banco Mundial de 2001, con igual propósito; también de Uncitral la “La ley modelo sobre insolvencia transfronteriza” de 1997, y el Reglamento de la Unión Europea CE 1346/2000, ambos sobre extraterritorialidad del concurso; los “Principios globales para ‘multicreditor workouts’” de INSOL sobre arreglos no judiciales, entre otras.

B. MODIFICACIONES EN LA ESTRUCTURA DE LAS CRISIS.

Se nota hoy también una modificación de las *estructuras* de las crisis. Las legislaciones concursales, en general, estaban centradas en considerar el fenómeno *individual* de la persona cuyo patrimonio sufría los efectos de la insolvencia. Es decir, la crisis clásica del derecho concursal era la

(2) ALEGRIA, Héctor, “Perfiles actuales del derecho concursal”, LA LEY, 2005-F, 1244 y en “Reglas y principios del derecho comercial”, LA LEY, Buenos Aires, 2008, p. 327 y sigtes.; y “Reflexiones sobre la concursabilidad”, publicado en el mismo libro, p. 359 y sigtes.; véase también “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, comunicación en esta Academia en sesión privada del 14 de septiembre de 2006, publicada en Anticipo de “Anales”, año LI, segunda época n° 44 y en LA LEY, 2007-C, 900, reproducida en el libro mencionado, p. 126 y siguientes.

de un patrimonio concreto, ya sea de una empresa o de una persona. Hoy, muchos de los casos de fracasos patrimoniales se deben a *crisis sistémicas*(3). Los efectos de éstas han obligado a la legislación concursal a adecuar sus instituciones para poder dar soluciones en la dimensión de los nuevos fenómenos. Entonces, el derecho concursal ya no es sólo el derecho de la persona individual, persona física o colectiva que atraviesa un desequilibrio financiero, sino que también intenta ser la respuesta legislativa a la suma de problemas que causa una crisis sistémica de mayor o menor envergadura.

C. CAMBIO EN LA ESTRUCTURA IDEOLÓGICA DE LAS SOLUCIONES.

Otra situación de importancia actual es la modificación de la *estructura ideológica* de las soluciones. Es común afirmar que la solución decimonónica a la crisis de los patrimonios, cuando atravesaban una situación de insolvencia, era prever mecanismos para *eliminar* las empresas en dificultades, “terminar con la célula enferma”. Era algo así como un concepto sanitarista: liquidar el patrimonio lo más rápido posible para que la comunidad tuviera un adecuado manejo de esos activos, sin distorsión de la competencia por la actuación de empresas ineficientes. Esta concepción fue abandonándose y se piensa en otras alternativas (4).

En primer lugar se sostiene el principio de *conservación de la empresa* para procurar el mantenimiento de las unidades económicas útiles y la preservación de su valor en marcha o como conjunto de bienes cuya explotación es útil para toda la comunidad. Se refiere no sólo a la tutela para beneficio del empresario o de los propios acreedores, sino de toda una serie o miríada de intereses que están vinculados, los famosos *stakeholders* en la doctrina moderna, que serían, en primer lugar, los trabajadores; en segundo lugar, los clientes; en tercer lugar, los proveedores y, en cuarto lugar, la economía global, que puede ser la economía del país pero también puede serlo de la región, porque muchas veces la dinámica de los procesos concursales comprometen la estructura social y cultural de regiones (5). Siguiendo estas reflexiones entonces, la solución concursal,

(3) En los “Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores” del Banco Mundial, de abril de 2001, se analizan en el Anexo II, los diferentes aspectos que hacen a la insolvencia y crisis sistémicas.

(4) VASSALLI, Francesco, “Diritto Fallimentare 1”, Giappichelli, Torino, 1994, p. 6 y sigtes.

(5) Esta elencación no significa necesariamente un orden de prioridades.

desde el punto de vista legal, no sólo debe contemplar el rápido pago a los acreedores, con una liquidación eficiente del activo —como lo sostuvo la doctrina clásica—, sino que debe mirar todos los intereses comprometidos e implantar soluciones que sean coherentes con ellos.

D. APARICION DE SOLUCIONES ASISTEMATICAS.

Estamos viendo en el mundo actual *soluciones asistemáticas*, que se estructuran para dar respuesta a nuevos fenómenos. Cuando hay crisis sistémicas, generalmente se echa mano a soluciones asistemáticas; es decir, disposiciones de *carácter particular*, a medida para una o más situaciones de insolvencia relevantes o, en su caso, para resolver concretos impactos regionales o sociales (6). Puede decirse que en muchos países se han adoptado soluciones asistemáticas, es decir, medidas específicas para casos causados por crisis sistémicas o por los llamados “megaconcurso”, que alteran de tal manera la situación general que obligan a regulaciones legales particulares.

E. MAYOR MOVILIDAD LEGISLATIVA.

Prácticamente en la última década la mayoría de los países han renovado su legislación concursal, total o parcialmente. Esta movilidad legislativa tiene vías de conexión a través de la eliminación de las diferencias entre los sistemas de cada país. Las iniciativas de carácter internacional mencionadas anteriormente intentan, entre otros fines, aproximar las legislaciones en materia de insolvencia y dar solución a los conflictos de índole transnacional.

F. DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS DE PREVENCION.

También hay una gran tendencia a *diversificar los procedimientos de prevención* de la crisis, es decir, a ampliar la posibilidad de *saneamiento* antes de abrir paso a la liquidación. Tanto es así que un legislador y político francés, BADINTER, cuando propuso una modificación a la ley francesa decía que en realidad el cuerpo central de la ley concursal resultaba ser *residual*, porque a las *grandes empresas* se le aplican soluciones particulares; a los *individuos* o *personas físicas* se le reservan otros remedios

(6) Por ejemplo, pueden citarse los casos de las legislaciones del sudeste asiático. Véase al respecto POMERLEANO, Michael y SHAW, William, “Corporate Restructuring. Lessons from experience”, cap. I y IV, The World Bank, Washington D.C., marzo, 2005.

específicos y para las *pequeñas empresas* existen institutos más simplificados. Por lo tanto, decía, lo que queda de ese derecho de fondo que estaban considerando legislativamente, es más bien un derecho residual.

G. DESJUDICIALIZACION SIN DESJURIDIZACION.

Significa que no se tiende a solucionar los problemas concursales a través de una aplicación de la ley íntegramente jurisdiccional, por medio de jueces, sino por otras alternativas. Algunas de ellas son puramente *extrajudiciales*, como los *arreglos privados*; y otras dependen, total o parcialmente, de la actividad *administrativa*. Hay países, entre los que Perú es el ejemplo paradigmático en América latina, donde la quiebra es prácticamente aplicada por una entidad administrativa llamada Indecopi (7), con muy pocos supuestos donde intervienen los jueces. En Perú la autoridad administrativa decide la verificación de créditos, la homologación de los acuerdos, la acción revocatoria concursal, las acciones de responsabilidad de los directores, etc. Otros casos que pueden mencionarse en Latinoamérica son: Colombia, donde ocurría lo mismo en vigencia de la ley 550 de 1999, que ha tenido una modificación con la ley 1116 de 27 de diciembre de 2006; Bolivia y Ecuador (8).

(7) "Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual", a través de su "Comisión de Procedimientos Concursales". Título I, Capítulo I, Art. 3 sobre "Autoridades Concursales", de la "Ley General del Sistema Concursal" de Perú N° 27.809.

(8) En Colombia, la ley N° 550 de 1999 sobre acuerdos de reestructuración, decía en su art. 7: "Promotores y peritos. La respectiva Superintendencia o la Cámara de Comercio, según sea el caso, al decidir la promoción oficiosa o aceptar una solicitud de un acuerdo, designará a una persona natural para que actúe como promotor en el acuerdo de reestructuración. Una vez designado el promotor, el nominador procederá a fijar en sus oficinas el escrito de promoción previsto en el artículo 11 de la presente ley...", se refiere a la Superintendencia de Sociedades o a la Superintendencia que corresponda según la actividad empresarial por ella controlada, que son los organismos receptores de las solicitudes de acuerdos de reestructuración y los que dan inicio al trámite; lo mismo en el caso de la Cámara de Comercio, cuando corresponda según el sujeto de la reestructuración; por su parte la nueva ley que establece el Régimen de Insolvencia N° 1116 de 27/12/2006, dice en su art. 6: "Artículo 6. Competencia. Conocerán del proceso de insolvencia, como jueces del concurso: La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes. El Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor, en los demás casos, no excluidos del proceso...". En Ecuador, si bien la presentación de los casos de quiebra o rescate se realiza ante el juez en lo civil del domicilio del deudor, la administración del proceso está a cargo del "Centro de Rescate", órgano creado en calidad de auxiliar de las Cámaras de Comercio, Capítulo IV, artículo 19 de la "Ley de rescate para empresas y comerciantes; y

Quizás se piense que son países con realidades muy particulares, pero luego vamos a ver que en la doctrina moderna hay una tendencia a desjudicializar en lo posible la solución concursal (siquiera en algunos aspectos) incluso en países del Primer Mundo (9).

Por ejemplo puede mencionarse el caso del *endeudamiento de particulares* (instituto del derecho francés), que contempla una homologación final del juez, pero el plan es propuesto por una comisión administrativa y, en ciertas condiciones, puede ocurrir que se lo homologue a pesar de que los acreedores no hayan votado de conformidad (10). Lo mismo ocurre con los acuerdos extrajudiciales y otros con génesis privada.

H. FRESH START.

La tendencia del mundo es adoptar el llamado *fresh start*, es decir, darle una nueva oportunidad de *rehabilitación* al quebrado, sobre todo al quebrado persona física, sin hacer de la quiebra un *estigma* que lo retire de la actividad económica durante un largo tiempo.

I. DIVERSIFICACION DE FUNCIONES Y FUNCIONARIOS.

Se han diversificado funciones y funcionarios en los concursos, aunque la enunciación sería muy larga en esta oportunidad. Algunos se denominan “visitadores” (11); otros “conciliadores”, o “mandatarios *ad hoc*” como es el caso de Francia. Es decir, una serie de fórmulas para crear funciones específicas, desconocidas en anteriores legislaciones. En la ley concursal argentina no hay *conciliación*, no hay un mandatario al que comisiona un juez para establecer la situación del deudor y sugerir soluciones. Muchas

ley de quiebra para comerciantes, personas jurídicas y privadas”, del año 2002. En Bolivia, la ley n° 2495 de 2003 llamada “Ley de reestructuración voluntaria”, fue reglamentada por Decreto Supremo n° 27187 de 2003 cuyo artículo 4 dispone que la solicitud de reestructuración será presentada ante la “Superintendencia de empresas”, organismo encargado de llevar adelante el proceso.

(9) PULGAR EZQUERRA, Juana, “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales. Riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, LA LEY, Madrid, N° 5, 2006, p. 25 y sigtes. Compárese de la misma autora: “La declaración del concurso de acreedores”, LA LEY, Madrid, 2005, p. 139 y sigtes., con cita de OLIVENCIA RUIZ, en nota 207.

(10) En este trabajo no estudiaremos alcances vinculados a este instituto.

(11) Ley de Concursos Mercantiles de México, de 27/04/2000, art. 29.

de estas instituciones fueron naciendo de la práctica. El mandatario *ad hoc* francés, por ejemplo, es una creación pretoriana de la jurisprudencia ante una crisis inmobiliaria (12).

J. ARBITRAJE Y CONCILIACION.

El arbitraje y la mediación como forma de solución concursal son otras alternativas que están ocurriendo hoy en la práctica.

K. INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR Y PEQUEÑOS CONCURSOS.

La insolvencia del consumidor y los pequeños concursos generan institutos legislativos especiales y separados en muchos países. Si bien es un tema pendiente en la legislación argentina, existe ya un consenso y un clima doctrinario suficiente para afrontar su adopción (13).

L. ALTERNATIVAS TEORICAS.

La doctrina, especialmente la americana, ha elaborado una serie de *alternativas teóricas* sobre la base de poner en duda la conveniencia o la eficiencia de los sistemas clásicos. Sin embargo tales alternativas no han prosperado hasta el momento, pues no se las juzga como base de un sistema mejor y más eficiente para el tratamiento de los concursos. Si bien esas iniciativas pueden haber motivado repensar ciertas previsiones en legislaciones concretas, la eliminación de las normas concursales no ha sido adoptada modernamente por ningún país.

Algunos autores, como BEBCHUK, se inclinan por la *capitalización automática* a favor de los acreedores, que consiste en otorgar inmediatamente a los acreedores una acción, en el sentido de parte de capital, en relación al patrimonio del deudor y que ellos decidan los pasos a seguir: al ser los

(12) La práctica judicial de nombrar un mandatario *ad hoc* fue innovación del Tribunal de Comercio de París, en la época de la crisis inmobiliaria durante la década de 1990. Ver LE CORRE, Pierre-Michel, “Droit et pratique des procédures collectives”, Dalloz, París, 2006/2007, p. 111.

(13) ALEGRIA, Héctor, “Los llamados pequeños concursos. Concursos de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos”, LA LEY, 2005-E, p. 1353 y sigtes., reproducido en “Reglas y principios del derecho comercial”, cit. en nota 2, p. 289 y sigtes., y los trabajos allí citados; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, comunicación expuesta en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el día 12 de junio de 2008.

nuevos accionistas pueden optar por liquidar el patrimonio, reestructurarlo o darle otra solución. O sea, no habría una actuación judicial sino que a cada acreedor se le asignaría un porcentaje del patrimonio, pasando a ser nuevos socios de la sociedad y por lo tanto pudiendo decidir el destino de ese patrimonio (14).

Otros autores se inclinan por opciones diferentes, como por ejemplo ROE, quien propone hacer una oferta pública inicial por bolsa de un 10% del capital de la firma, para que de esa manera el mercado provea, por extrapolación, el valor total de una manera objetiva (15). Proponer esto en países como el nuestro, donde no hay un mercado amplio y hay escasez de financiación, resulta algo totalmente teórico; ni siquiera en Estados Unidos ha ganado mayor trascendencia, salvo la limitada a discusiones universitarias.

II. Fines de la legislación concursal

Una vez repasado este panorama, para los fines de nuestra comunicación es importante determinar cuáles son los *objetivos* (fines) de la legislación concursal.

Para comenzar reproducimos una frase de una exposición anterior realizada en la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, respecto de la posición de la teoría del *análisis económico del derecho* sobre los objetivos de la ley concursal: “Quienes analizan la ley concursal desde el punto de vista exclusivo de la eficiencia económica, señalan que sus objetivos están vinculados a la maximización del resultado, a través de la reducción de los costes de transacción, la obtención de un mayor valor de los bienes para la satisfacción proporcional y la más amplia recuperación del crédito de los acreedores y, contemporáneamente, el más rápido retorno de los bienes a la actividad productiva para la que están destinados. En todos los casos se parte de la base de que una ley falencial, cuando menos debe disciplinar y organizar los intereses de los acreedores de manera de lle-

(14) BEBCHUK, Lucian A., “A new approach to corporate reorganizations”, 101 Harvard Law Review, 775-804, 1988. La propuesta de BEBCHUK es más compleja, pues contempla los casos de acreedores con privilegios, acreedores comunes y “stockholders” (titulares de capital).

(15) ROE, Marc J., “Bankruptcy and debt: a new model for corporate reorganization”, en “Corporate Bankruptcy”, Economic and Legal Perspectives, Cambridge University Press, 1996, p. 351 y siguientes.

varlos a una cooperación eficiente que permita el mejor reparto y la eliminación de costos inútiles (lo que no se conseguiría si cada acreedor tratara de llegar primero y aumentara así exponencialmente los costos y disminuyera los resultados de su actividad)” (16).

Es una visión que tiende a maximizar el resultado, mediante la obtención del mayor valor de los activos para satisfacción de los acreedores y el más rápido retorno de los bienes a la actividad productiva. Es, claro está, una posición ubicada en uno de los extremos del arco conceptual.

También se debate sobre la *necesidad de una ley concursal*, a la que se enfoca como si fuera subsidiaria de los contratos individuales. Es decir, se presupone teóricamente que cada contrato individual debería prever qué ocurre si el deudor no cumple con sus obligaciones, incluso de una manera general. Pero, se razona a renglón seguido, como no resulta probable que cada contrato contemple esa situación y tampoco es admisible que, de preverlo, las soluciones sean diferentes, es necesario que una ley lo establezca para todos por igual. Esta teoría solo puede ser vista como una simplificación de lo que es la ley concursal. La ley no es una suma de supuestos contratos individuales sino, obviamente, una decisión del legislador en orden al interés general. Dentro de éste se contemplan relaciones económicas y sociales que pueden no ser contractuales.

Algunas leyes modernas incluyen la previsión de sus *objetivos* dentro de la ley. En algunos otros casos es la doctrina la que los infiere del estudio de la ley en su conjunto.

Así, por ejemplo, la ley de México, en sus artículos 1 y 3 dice:

Artículo 1: “La presente ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público *conservar las empresas* y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios” (17). Artículo 3: “La finalidad de la conciliación es lograr la *conservación de la empresa* del Comerciante

(16) ALEGRIA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, op. cit. en nota 2.

(17) Artículo 1, segundo párrafo, de la “Ley de Concursos Mercantiles”, de 27 de abril de 2000 y artículo 3 del mismo cuerpo legal.

mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. La finalidad de la quiebra es la *venta de la empresa* del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos” (los resaltados son nuestros).

La ley colombiana se refiere a la *protección del crédito* pero también contempla la *recuperación y conservación de la empresa*(18).

Un régimen peculiar es el de la ley francesa. Históricamente esta ley fue calificada como sancionatoria. En los informes de la última reforma de 2005, el senador HYEST decía: “Tenemos que alejarnos del estigma del carácter sancionatorio de la ley concursal francesa” (19). Después, cuando comentó los efectos de esta norma al primer año de su aplicación, el diputado Xavier DE ROUX dijo: “Tenemos que salir del clásico sistema francés, y estamos saliendo de a poco, salimos de la ley como sanción a la ley como prevención y recuperación patrimonial” (20).

La ley francesa actual llamada de “Salvaguada de empresas en dificultades”, incorporada al Código de Comercio por ley n° 2005-845 de 26 de

(18) Artículo 1 de la ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 que dice: “Finalidad del régimen de insolvencia: El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”.

(19) Senado, publicación N° 335; “Rapport fait au nom de la “Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale”, sur le projet de loi, adopté par l’Assemblée Nationale apres déclaration d’urgence, de sauvegarde des entreprises” por el senador Jean-Jaques HYEST, donde agrega “el derecho de empresas en dificultades, derogatorio del derecho común, tiende a asegurar esos arbitrajes difíciles, sin tener como objetivo primero la punición patrimonial o penal del jefe de empresas en falencia. La apertura de un procedimiento colectivo de un deudor no tiene que tener un carácter estigmatizante que le disuada de solicitarlo antes que su situación sea totalmente comprometida. Ella constituye sobre todo, una medida de salvataje de una actividad económica potencialmente creadora de futuras riquezas y por lo tanto de empleo”, p. 23/24.

(20) Asamblea Nacional, publicación N° 3651; “Rapport d’information déposé par la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l’administration générale de la République”, registrado el 31 de enero de 2007. El informe del diputado DE ROUX dice además en la página 42: “en poco más de un año después de su entrada en vigor la ley de salvaguarda (sauvegarde) de empresas comienza ya a cumplir sus objetivos. La ambición del legislador fue favorecer la prevención de las dificultades... las estadísticas demuestran que la “excepción” francesa consistente en privilegiar las liquidaciones de empresas en dificultades puede estar en tren de desaparición o al menos de difuminación en beneficio de la nueva cultura de la anticipación... y el Parlamento no podrá sino felicitarse del trabajo cumplido”.

julio de 2005, introdujo una serie de institutos que intentan dar solución de manera acabada a los distintos problemas por los que atraviesan las empresas con dificultades económicas y financieras.

a. En primer lugar, el artículo L611-1 legisla sobre los *grupos de prevención*, a los que podrán adherirse las personas inscriptas en el Registro de Comercio y de Sociedades o en el Registro de Artesanos (21). La agrupación tiene por fin enviar a sus afiliados un análisis confidencial de la información contable, económica y financiera que ellos remitan. Si se detectan indicios de dificultades se le informará al empresario y podrá proponerse la intervención de un perito. El Banco de Francia podrá brindar un estudio sobre la situación financiera de las empresas adherentes.

b. El artículo siguiente se refiere al *procedimiento de alerta*. Se inicia cuando se observa, a través de un acto, documento o procedimiento, que una empresa está atravesando *dificultades susceptibles de comprometer la continuidad de la explotación*. En esos casos, el Tribunal de Comercio podrá convocar a los dirigentes para que se *tomen las medidas necesarias para solucionar la situación*. En caso de no acudir a la convocatoria el Tribunal podrá solicitar, tanto a miembros de la empresa como a organismos oficiales, toda la información que considere necesaria para conocer su realidad financiera. También se podrá dirigir un requerimiento a los

(21) Esta nota así como las siguientes que corresponden a la legislación francesa en la materia, serán transcriptas en el idioma original para evitar dificultades en la interpretación y para la mejor comprensión de la ley. "Code de Commerce, Article L611-1: Toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du représentant de l'Etat dans la région.

Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement.

Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert.

A la diligence du représentant de l'Etat, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la Banque de France peuvent également, suivant des modalités prévues par convention, être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides des collectivités territoriales.

Les groupements de prévention agréés sont habilités à conclure, notamment avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des conventions au profit de leurs adhérents".

dirigentes en caso de que no presenten las cuentas anuales en los plazos legales, bajo pena de multa coercitiva (22).

c. La ley también permite que el presidente del Tribunal de Comercio, a pedido del representante de la empresa, nombre un *mandatario ad hoc* fijándole su misión (23). La doctrina juzga útil esta figura con fines de facilitar el mejor conocimiento de la situación y un arreglo temprano de la crisis (24).

(22) “Code de Commerce, Article L611-2: Lorsqu’il résulte de tout acte, document ou procédure qu’une société commerciale, un groupement d’intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l’exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

A l’issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

II. - Lorsque les dirigeants d’une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte.

Si cette injonction n’est pas suivie d’effet dans un délai fixé par décret en Conseil d’Etat, le président du tribunal peut également faire application à leur égard des dispositions du deuxième alinéa du I”.

(23) “Code de Commerce, Article L611-3: Le président du tribunal peut, à la demande d’un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d’un mandataire ad hoc.

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas”. Véase LIENHARD, Alain, “Sauvegarde des entreprises en difficulté”, Delmas, 1^o ed., París, 2006, p. 17 y sigtes.: Este autor se refiere también a la intervención de poderes públicos con fines de prevención o saneamiento empresarial (cita el caso del Tesoro, los jefes de servicios financieros de distintas agencias estatales, los comités CODEFI - Comité Départemental des Problèmes de Financement des Entreprises y CIRI – Comité Interministériel de Restructuration Industrielle), p. 21/22. Ver también LE CORRE, Pierre-Michel, “Droit et pratique des procédures collectives”, Dalloz, París, 2006/2007, p. 87 y sigtes., y p. 110 y siguientes.

(24) LIENHARD, Alain, “Sauvegarde des entreprises en difficulté”, Delmas, 1^a ed., París, 2006, p. 17 y sigtes. JEANTIN, Michel – LE CANNU, Paul, “Droit commercial. Entreprises en difficulté”, Dalloz, París, 2007, p. 56 y siguientes.

d. Después la ley regula el procedimiento de la *conciliación*. Este se realiza ante el Tribunal de Comercio y podrán acogerse las personas que ejerzan una actividad comercial o artesanal que atraviesen una *dificultad jurídica, económica o financiera, conocida o previsible, siempre que no se encuentren en estado de cesación de pagos* por un período superior a cuarenta y cinco días. *El fin de la conciliación es llegar a un acuerdo entre el deudor y los acreedores para resolver dichas dificultades*(25). Para ello el presidente del Tribunal designará un *conciliador* que intentará favorecer un acuerdo amistoso entre el deudor y sus principales acreedores. Si el acuerdo resulta imposible de alcanzar se eleva un informe al presidente del Tribunal quien dará por finalizado el procedimiento de conciliación, notificando al deudor.

e. Inmediatamente legisla sobre la *salvaguarda*, para aquellas empresas deudoras que sin estar en cesación de pagos presenten dificultades que no pueden superar. Con este procedimiento se intenta *facilitar la reorganización de la empresa con el objeto de permitir la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la satisfacción del pasivo* (26).

f. Siguiendo con los procedimientos de la ley, la *recuperación judicial* puede intentarse en aquellas empresas que, ante la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo del que disponen, se encuentran en estado de cesación de pagos. Con ella se intenta también, al igual que con la salvaguarda, *permitir la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la satisfacción del pasivo* (27).

(25) "Code de Commerce, Article L611-4: Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours".

(26) "Code de Commerce, Article 620-1: Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30".

(27) "Code de Commerce, Article 631-1: Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans

g. Finalmente, la *liquidación judicial*, se aplica a aquellas empresas en estado de cesación de pagos cuando su saneamiento es manifiestamente imposible. Tiende a *poner fin a la actividad de la empresa* o patrimonio del deudor a través de una cesión global o separada de sus bienes (28). La cesión global permite *conservar la unidad patrimonial* a los fines de darle ese valor como actividad económica.

En Perú, la Ley General del Sistema Concursal N° 27.809 de 2002, en su artículo 1 define lo siguiente: “Objetivo del sistema concursal: el objetivo del sistema concursal es la *permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa*”.

En los países francófonos de Africa, reunidos en la OHADA (29) se observa una disposición genérica sobre motivaciones, en el artículo 2 de la ley del 10/04/1998, que dice: “el arreglo preventivo intenta *evitar la cesación de pagos o la cesación de la actividad de la empresa y permitir la satisfacción del pasivo*. La recuperación (“*redressement*”) judicial está destinada a la *salvaguarda de la empresa y a la satisfacción de su pasivo* a través de un acuerdo. La liquidación tiene por objeto la *realización del activo del deudor para extinguir su pasivo*”.

También podemos citar aquí el artículo 1 del D.L. italiano de 8 de julio de 1999, n° 270, que es una normativa especial para grandes empresas en

l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30”.

(28) “Code de Commerce, Article 640-1: Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible.

La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens”.

(29) “Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires” (OHADA), de la que forman parte los siguientes países: Benin, Burkina Faso, Camerún, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Malí, Níger, República Centroafricana, Senegal y Togo.

insolvencia y que dice: “Naturaleza y finalidad de la administración extraordinaria. La administración extraordinaria es el proceso concursal de la gran empresa comercial insolvente, con el *fin de conservar el patrimonio productivo mediante la prosecución, reactivación o reconversión de la actividad empresarial*”.

La enunciación hasta aquí efectuada podría continuar con la transcripción de otras legislaciones, pero para este trabajo es bastante con las especialmente consideradas, que son demostrativas de algunas alternativas que las leyes escogen.

A su turno la doctrina estableció una primera distinción entre “leyes pro-deudor” y “leyes pro-acreedor”. En la actualidad se reconoce un haz de motivaciones que fundan la legislación concursal, con los esperables matices que los autores enfatizan según su particular visión. En especial las legislaciones y la doctrina moderna hacen centro en la *conservación de la empresa*, finalidad que disputa el rango principal con la protección del crédito, según los ordenamientos. Naturalmente los otros objetivos que en su momento tuvimos oportunidad de señalar (30) (protección del empleo y del crédito de los trabajadores, contemplación del interés de clientes y proveedores; impacto socioeconómico y ambiental de la insolvencia, etc.) forman también parte de la argamasa con la que se construye cada ley concursal.

JEANTIN - LE CANNU dicen: “El derecho de las empresas es un derecho encaminado pero inestable. Los *finés que él persigue han evolucionado profundamente en el curso de los tiempos*. A la simple falencia de un deudor, (la “quiebra”), sucede el concepto más flexible de “dificultades”. A la represión de los malos deudores (notablemente por el delito de bancarrota y las medidas de interdicción) han sucedido la *prevención* y la *recuperación* de las empresas y el legislador moderno ha querido hacer de los modos de tratamiento de las empresas en dificultades los *medios*

(30) ALEGRIA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, cit., especialmente el capítulo VII: “Los intereses comprometidos y la concursabilidad”. Véase también al respecto LUMBAU, Diego, “Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguarda dei complessi produttivi”, *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1994, p. 492 y sigtes.; compárese PICA, Leonardo: “Il concordato preventivo: da misura premiale a strumento per la salvaguarda dell’azienda?”, *Riv. Dir. Fallimentare*, 2007-I, p. 353 y sigtes., quien dice: “...ocurre preguntarse si el saneamiento de la empresa ocurrirá a costa o a favor de los acreedores, los cuales aun hoy deberán ser en todo caso tutelados en vía prioritaria”.

para evitar la desaparición de los empleos asalariados, desde que los empleos no solamente son indispensables para los asalariados mismos, sino que *condicionan la prosperidad de los lugares donde se encuentran*, y más ampliamente de la *economía nacional*. Por tanto estos objetivos enfrentan hoy como ayer, todas las situaciones jurídicas del derecho económico; entran en colisión con las numerosas reglas del derecho común, que proviene del derecho civil, comercial, del trabajo, fiscal, etc.”.

“El derecho de las empresas en dificultades, es por naturaleza un *derecho de compromiso entre su finalidad propia y las preocupaciones de todas las disciplinas*. Por naturaleza constituye un lugar de *enfrentamiento de intereses*, un lugar de decepción, pues casi siempre los recursos del deudor no son suficientes para satisfacer a cada uno. Todavía en construcción, por tanto jamás satisfactorio —las cifras de los resultados son todavía abrumadoras— el derecho de las empresas en dificultades ofrece una “gran reforma” cada diez años, es decir, muy pronto para que la jurisprudencia y la práctica tengan tiempo de resolver todos los problemas que trajo la presente reforma. A aquéllos que estudian en 2006, le ofrece de regalo un derecho totalmente nuevo, en presencia del cual los más fisonomistas pueden reencontrar las trazas de un ascendiente directo” (31).

Conocer los objetivos o fines de la ley que concretamente se debe interpretar es un elemento fundamental para apreciar la solidez de sus institutos y el camino de las soluciones de aplicación. Nos interesa aquí para relacionarlo con las soluciones concursales que cada país implementa, y, finalmente, con los presupuestos objetivos para cada alternativa, para evaluar la posibilidad de una concepción unificadora.

III. Elenco de soluciones concursales, con especial referencia a las vías de acceso (32)

Teniendo en cuenta precisamente que nuestro cometido final será identificar el presupuesto objetivo de los concursos (o de los diferentes procesos concursales), haremos una breve presentación de la forma en que los países organizan los sistemas de acceso a las alternativas concursales que ofrecen.

(31) JEANTIN, Michel – LE CANNU, Paul, “Droit commercial. Entreprises en difficulté”, Dalloz, Paris, 2007. Los resaltados son nuestros.

(32) A los fines de este trabajo, no consideramos los procedimientos especiales para consumidores ni los de liquidaciones de entidades financieras, seguros y otros similares.

A. SISTEMAS DE “ENTRADA ÚNICA” CON OPCIONES.

En algunas legislaciones, sobre todo ciertas continentales europeas, como la alemana y la española (33), se organiza un sistema de *entrada única*, es decir que cuando el deudor evidencia dificultades financieras —que la ley identifica y califica (34)—, se presenta él mismo o eventualmente sus acreedores solicitando la apertura de un proceso concursal. Posteriormente, tanto el juez como órganos o expertos designados por éste, evalúan la situación y se decide si es posible una solución concertada con los acreedores o, en su defecto, si la gravedad de la situación lo impide y requiere que se pase directamente a un proceso de liquidación (35).

Lo cierto es que aun en los procedimientos de entrada única hay una serie de alternativas que los mismos países presentan (por ejemplo en España puede abrirse una “etapa de convenio” o una “etapa de liquidación” o suceder ésta a la primera). También se contempla la posibilidad de acuerdos pre-concursales en los que el deudor negocia una solución con sus acreedores, generalmente en forma totalmente privada o con cierta intervención final de la magistratura (36). Otra opción la representa la

(33) En el caso específico de España, la Ley 22/2003 de 10/07/2003 establece como único procedimiento el *Concurso*, regulado en su art. 1 y sigtes. Precisamente la Exposición de Motivos, que acompañó el proyecto de dicha ley, en el punto II dice: “La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema...La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio”. La ley española también diferencia el concurso voluntario (iniciado por el propio deudor) y el necesario (iniciado por acreedor), art. 22, distinción para la cual la ley reserva algunos efectos diferenciales, por ejemplo art. 40, inciso 1 a 3. Asimismo en la Ley de Quiebras de Alemania, se establece un procedimiento común de insolvencia. En ambos casos, dentro de ese proceso se contemplan soluciones preventivas (convenio o acuerdo) y liquidatorias.

(34) En el capítulo siguiente veremos cómo se identifican en las leyes los presupuestos objetivos de cada proceso concursal.

(35) Otro ejemplo de sistema con entrada única es el caso de Uruguay, normando el Concurso Judicial en el art. 1 y sigtes., de su Ley N° 18.387 de 23 de octubre de 2008; dentro de su articulado se prevé la fase de convenio (Título VII, art. 138 a 167), y la fase de liquidación y pago (Título VIII, art. 168 y sigtes.). También se regula como opción el acuerdo privado de reorganización, en dos categorías: el “acuerdo puramente privado” arts. 216 a 220, y el “acuerdo sometido a homologación judicial” art. 221 y siguientes.

(36) Véase PULGAR EZQUERRA, Juana, “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales. Riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, cit. en nota 9. Id. ley de Uruguay citada en nota 35.

ley española, en la que existe el *convenio anticipado* (37), que permite al deudor ofrecer una solución concertada antes de cumplirse la totalidad de las etapas de un proceso concursal ordinario.

El argumento principal de las soluciones de entrada única consiste en desalentar las presentaciones preventivas cuando el deudor se encuentra en una situación ya irrecuperable, caso éste en el que el juez debería tener la posibilidad de ordenar directamente la quiebra, liquidar sus bienes y evitar el dispendio jurisdiccional. Esta solución parece muy fácil de formular teóricamente, pero es muy difícil de implementar de una manera objetiva y con equidad. En una economía convulsionada es difícil encontrar un magistrado o un experto que, en poco tiempo desde la presentación concursal, pueda decidir “esta empresa se va a salvar y esta no”.

Por eso, se afirma que estos sistemas han endurecido demasiado las soluciones concursales.

En definitiva, podemos concluir que es preferible alentar al deudor con dificultades para que, frente al primer problema vinculado a la insolvencia, pueda recurrir a un método que, desde el punto de vista legal, le permita una apoyatura de superación.

B. SISTEMAS CON DOS O MAS SOLUCIONES.

En muchas legislaciones se instrumentan procedimientos *ab initio* distintos, que pueden tener diferencias en su comienzo, con relación a su presupuesto objetivo o a los sujetos que pueden deducirlos.

Es el caso típico de Argentina en el que hay un procedimiento preventivo y otro liquidativo, es decir, en principio, el concurso preventivo y la quiebra. Esta posible iniciación autónoma de cada una de las variantes no impide la posibilidad que una de las alternativas se transforme en la otra, como por ejemplo ocurre en el instituto de la “*conversión de la quiebra*” (38) o cuando durante un concurso preventivo se presenta una causal que lo hace continuar como una falencia. No puede negarse también en muchas legislaciones existen otros *procedimientos menores* como podría serlo, sujeto

(37) Artículo 104 y siguientes de la Ley Concursal española N° 22 de julio de 2003.

(38) Artículos 90 a 93 de la “Ley de concursos y quiebras” N° 24.522 (Adla, LV-D, 4381).

a debates sobre su verdadera tipificación, el acuerdo preventivo extrajudicial (39) o las reglas especiales para pequeños concursos (40).

Consideraciones similares, merecen por ejemplo, los sistemas de Brasil (41) y Colombia (42); y las recientes reformas a la ley italiana (43).

También existen casos de *pluralidad de procedimientos diferenciados*. Un ejemplo de esta situación es el caso de Francia. La denominación hace

(39) Este instituto fue reformado sustancialmente en la legislación argentina por Ley N° 25.589 (Adla, LXII-C, 2862), en sus artículos 69 a 75. Tomando nota en derecho comparado, encontramos también la misma figura en el derecho de Portugal, denominado *Procedimiento extrajudicial de conciliación*, regulado en el art. 1 y sigtes. del DEC.-LEY 316/1998; en la legislación chilena, Ley 20.073, el *Acuerdo extrajudicial* del art. 169 y en la reciente ley uruguaya N° 18.387, *Acuerdo Privado de reorganización*, reglado en su art. 214 y sigtes., entre muchos otros.

(40) Vemos que la tendencia en la legislación mundial, es regular institutos o procedimientos con reglas especiales para pequeños concursos, como es el caso, entre muchos otros, de Estados Unidos, donde en los Capítulos 12 y 13 del *Bankruptcy Code* o Código de Bancarrota, desarrolla un proceso especial para “Productores agropecuarios de establecimientos familiares, con ingresos anuales regulares” y otro para “Personas físicas con ingresos regulares”. Como dijimos, no enfocaremos especialmente esta importante parcela en este trabajo, de la que pueden verse otros casos en los indicados en la nota 13.

(41) En Brasil, la Ley 11.101, trae como alternativas: 1. - Recuperación judicial: art. 51 y sigtes.; 2. - Quiebra (Falência): art. 75 y sigtes. y 3. - Recuperación extrajudicial: art. 161 y siguientes.

(42) En Colombia, la Ley 1.116 del 27 de diciembre de 2006, regula los siguientes procedimientos: 1. Proceso de reorganización: art. 1 y sigtes., y 2. Proceso de liquidación judicial: art. 47 y sigtes. Es interesante destacar que el art. 78 de esta ley exige que los acuerdos de reorganización respeten la transparencia empresarial, mediante la adopción de un código de gestión ética empresarial y de responsabilidad social.

(43) El Dec. Lgs. 09/01/2006, n° 5, reformado por Decreto Legislativo del 12/09/2007, n° 169 de Italia, propone las siguientes posibilidades de procedimiento: Dos de carácter común y principal: 1. Quiebra: art. 5 y sigtes., y 2. Concordato Preventivo art. 160 y sigtes. También se prevé el *Plan de Saneamiento Extraconcursal*: art. 67 inc. d, de trámite extrajudicial, y el *Acuerdo de Reestructuración*, art. 182 bis, con un trámite abreviado de carácter judicial. La legislación italiana también contempla la “Liquidación Coactiva Administrativa”, art. 194 y sigtes., y, por ley especial, la “Administración Extraordinaria de Grandes Empresas Insolventes”, originariamente Dec. Leg. de 30/01/1979, n° 26 con modificaciones por ley n° 95 de 3/04/1979, sustituido por el Dec. Leg. de 8/07/1999 n° 270, que sufrió a su vez distintas reformas con motivo de situaciones de crisis significativas. La legislación reformada en los años 2005/2006, como siguiendo el sino de toda ley concursal, ha sido duramente criticada por parte de la doctrina, que ha dicho que, por ejemplo, el nuevo concordato preventivo “es el hijo deforme de un legislador apurado”, PICA, Leonardo: “Il concordato preventivo: da misura premiale a strumento per la salvaguarda dell’azienda?”, Riv. Dir. Fallimentare, 2007-I, p. 353 y sigtes., quien cita una frase todavía más grotesca de P. GENOVIVA, quien recuerda que: “la gatta frettolosa fa i figli ciechi” (nota 1).

referencia a una ley de “Empresas en dificultades” (44). Dentro de sus opciones se diferencian los *procedimientos concursales*, mientras que existen otras alternativas de solución que no tienen tal calificativo, por ejemplo, el procedimiento de *alerta*, la actuación de los *mandatarios ad hoc* y aun el procedimiento de *conciliación*. A su vez, los “procedimientos colectivos” comprenden la *salvaguarda*, el *redressement judiciaire* (recuperación judicial) y finalmente la *liquidación judicial*, cuyos fines fueron explicados en el capítulo II y cuyos requisitos o presupuestos objetivos analizaremos más adelante, en el Capítulo IV.

D’ALESSANDRO, hace varios años, antes de las últimas reformas italianas y refiriéndose a las propuestas que se estudiaban, afirmaba que primero hay que *reducir los tipos de procedimiento*, pues su número parece excesivo (45). Sostenía que debe aprobarse la tendencia a reducir a uno solo los procedimientos concordatarios preventivos, disciplinando la formación y homologación del acuerdo y sus efectos, dejando, en cambio, abiertos y elásticos los contenidos. En Italia existía un procedimiento muy particular que se llamaba “administración controlada”, que había sido heredado de una ley belga de principios del siglo pasado y que constituía un peldaño más de una larga escalera: el deudor se presentaba primero en la “administración controlada”, después el concurso preventivo y finalmente terminaba en la quiebra. Entonces, lo que este autor quiere decir es que no se pongan tantos peldaños a la escalera, que se permita la recuperación empresarial o la liquidación pero no utilizando demasiadas alternativas que en definitiva hagan que el deudor y los acreedores no sepan exactamente dónde ubicarse, con perjuicio para la equidad y causando la prolongación de los procesos.

Habla también D’ALESSANDRO de la *deflación de los procedimientos*. Opina que la falta o insignificancia de activo debe ser un obstáculo a la apertura de un procedimiento de insolvencia. Se trata de una medida adoptada, por ejemplo, por la legislación alemana, con efectos muy importantes. En Argentina hoy tenemos miles de quiebras que no tienen activo, donde el procedimiento sólo se continúa para satisfacer una especie de modelo ideológico de la ley, sin repartir dividendos concursales para sa-

(44) Ley N° 2005-845 de 26 de julio de 2005 de “Salvaguarda de empresas”, modificatoria del Libro VI (“De las empresas en dificultades”) del Código de Comercio Francés.

(45) D’ALESSANDRO, Floriano, “La crisi dell’impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici”, Giur. Comm. 2001, n° 28.4 julio-agosto, parte I, p. 411 y siguientes.

tisfacen a los acreedores o teniendo en miras el interés general. Estos procesos terminan generalmente en su archivo, después que pasa un tiempo y se han realizado numerosas actuaciones.

El autor que glosamos se manifiesta en favor del sistema de la ley alemana, según la cual sólo hay concurso si hay bienes para repartir, si no hay activo no hay concurso. En la visión alemana los abusos deben reprimirse con sanciones penales y, si alguien cree que puede recuperar un bien a través de una acción revocatoria, puede intentarlo; pero mientras no exista activo, no hay concurso (artículo 26 de la Ordenanza Alemana de Insolvencia).

Se habla también de la *desjudicialización* y, como se explicó antes, esto se ha dado en los países aún más adelantados, con instituciones particulares. En Estados Unidos están los famosos *prepackaged plans*, es decir, los planes “pre-ensados” negociados privadamente entre deudor y acreedores para presentarlos ante los jueces y evitar largos trámites concursales. Esto ha sido adoptado también por países como Perú, Italia, Argentina y Brasil —entre otros—, en los que las legislaciones presentan una alternativa de solución fuera de lo judicial (46).

Volvemos a citar una frase de JEANTIN-LE CANNU, que resulta muy interesante: “*Cada procedimiento aplicado a una empresa en dificultad es un sistema de flujo de valores. Estos flujos se diferencian netamente de aquellos que caracterizan a las empresas in bonis. Un análisis económico serio no se limita a una cuenta de resultados. Los modos de tratamiento de las dificultades de las empresas entrañan costos humanos generalmente más importantes que la falta de recursos financieros... el efecto destructor es temible, sobre todo en un país que necesita emprendedores. Se puede constatar en sentido inverso que la prueba de un procedimiento colectivo otorga una experiencia de lucha y de gestión en condiciones extremas, que puede considerarse enriquecedora. Generalmente, el derecho de las empresas en dificultad, refleja ciertas grandes tendencias del encuentro*

(46) Por ejemplo los artículos 67-d (Plan de Saneamiento) y 182-bis (Acuerdo de Reestructuración) de la ley italiana de quiebras (reformada por el decreto legislativo N° 169 del 12 de setiembre de 2007); el artículo 103 y siguientes de la Ley N° 27.809 de 2002 “Ley General del Sistema Concursal de Perú”; el capítulo VII del Título II de la ley argentina de concursos N° 24.522 sobre “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”; en Brasil los artículos 161 y siguientes del Capítulo VI de la ley n° 11.101 de 2005, “De la recuperación extrajudicial”. Véase la nota 39 y, para el caso de Uruguay, la nota 35.

entre la economía y el derecho” (47). Es decir, *no se trata de una decisión mecánica, sino de ver qué valores de todo tipo hay en una empresa.*

IV. El presupuesto objetivo

Llegamos al centro principal de nuestro interés en este trabajo: analizar brevemente el o los presupuestos objetivos para la apertura de los concursos en los sistemas legislativos comparados, teniendo en cuenta los fines de cada legislación (*supra* capítulo II) y el elenco de soluciones concursales, con especial referencia a la vía de acceso (*supra* capítulo III).

No es nuestro propósito realizar *in extenso* un estudio dogmático de ese presupuesto objetivo (48) ni su interpretación concreta en nuestra legislación, en las distintas oportunidades en las que tiene aplicación ese instituto (49). Nos limitaremos entonces, a una identificación de algunas modalidades legislativas con relación al presupuesto objetivo y su vinculación con los otros puntos que antes habíamos identificado, para tratar de brindar alguna conclusión particular, que es el objeto de este estudio (50).

(47) JEANTIN, Michel – LE CANNU, Paul, “Droit commercial. Entreprises en difficulté”, Dalloz, Paris, 2007. Citamos una última frase de D’ALESSANDRO respecto de este tema: “Debemos por tanto sacarnos de la cabeza la idea de que la quiebra es un fenómeno anómalo, un incidente que de todos modos exhorbita el orden natural de las cosas. Al contrario, la quiebra es el fin no sólo natural sino ineluctable de toda iniciativa económica, en un régimen de libertad de concurrencia, a la que está destinada tras un largo camino. Allí donde un poder central disciplina la economía, controlando los accesos, los precios, etc., a fin de garantizar su cuota de mercado, no hay, por definición, concurrencia, y por tanto, tampoco riesgo. En un sistema así es verdad que quiebra sólo el empresario deshonesto”. “Ya indiqué: si como quiere la ley de MURPHY, la quiebra es inevitable, repugna a nuestra conciencia sancionarlo como delito. Bromas aparte, aunque sin arribar a la concepción americana del “fresh start” (eficazmente expresada en la definición de la quiebra dada por Henry FORD: “posibilidad de recomenzar de manera más inteligente”) tiene amplia aceptación aun la convicción de que el carácter sancionatorio debe ser mitigado sustancialmente”.

(48) Entre nosotros se mantiene insuperado el trabajo de Raymundo J. FERNANDEZ, “Fundamentos de la quiebra”, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937. Son tradicionales, también, en el derecho comparado: GRANCHET, Gilbert, “La notion de cessation des paiement dans la faillite et le règlement judiciaire”, LGDJ, París, 1962; PELLEGRINO, Giuseppe, “Lo stato di insolvenza”, Cedam, Padua, 1980; TERRANOVA, Giuseppe, “Lo stato di insolvenza”, Giappichelli, Torino, 1998.

(49) Nos permitimos remitir a nuestro trabajo sobre “Los presupuestos objetivos de la quiebra”, integración, en PAJARDI, Piero, ALEGRIA, Héctor, KLEIDERMACHER, Arnoldo, FARHI de MONTALBAN, Diana y GEBHARDT, Marcelo, “Derecho Concursal”, tomo 1, Abaco, Buenos Aires, 1991, p. 245 a 329.

(50) Podemos identificar varios interrogantes al respecto: ¿Cuándo se puede abrir y cuándo se debe abrir un proceso colectivo?; ¿Cuándo lo solicite el deudor, acreedores o

1. Terminología utilizada por las leyes.

Recordamos, en primer lugar, un aspecto *terminológico*, pues los distintos sistemas hablan de la para algunos arcaica “cesación de pagos” o de “insolvencia”, de “imposibilidad patrimonial”, “crisis”, de “estado de atraso” y, en algunos casos, locuciones más complejas que trataremos de analizar (sin perjuicio de que algunas legislaciones utilizan más de uno de esos giros o los combinan con nociones que apelan al desequilibrio aritmético o enunciados particularizados de los llamados “actos de quiebra”) (51).

2. El presupuesto objetivo en la legislación.

Adentrándonos ya más en nuestro terreno específico, también memoramos que existen:

2.1. Legislaciones que identifican un *único presupuesto objetivo* (ya sea que tienen un sistema de entrada única o que prevean distintas clases de procesos concursales).

a. Algunos países utilizan el clásico giro de *cesación de pagos*. Así lo hace la legislación argentina (52) y las leyes de Colombia (53), Bolivia (54), Costa Rica (55), Honduras (56) y Holanda (57), entre otras.

cualquiera de ellos?; ¿Cuando lo impulse un juez u otro funcionario, como un fiscal?; ¿Hay cierta situación patrimonial que lo justifique?; ¿Cuál es esta situación patrimonial?; ¿Hay distintas situaciones patrimoniales o hay una idéntica con distintos grados? Intentaremos despejar estas tres últimas preguntas, para las restantes nos remitimos a los trabajos de las notas 48 y 49.

(51) Nos remitimos nuevamente a la obra de Raymundo J. FERNANDEZ, op. cit., capítulo III, p. 181 y sigtes., y segunda parte, p. 219 y sigtes.; y nuestro trabajo en PAJARDI, Piero y otros, op. cit., p. 249 y sigtes., y especialmente p. 265 a 272. Un estudio comparado puede verse en “La sauvegarde des entreprises en difficulté”, Etude de législation comparée n° 135, junio 2004, Services des études juridiques (junio 2004) del Senado de Francia, en el que se estudian los sistemas de Estados Unidos, Alemania, Australia, Canadá, España, Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Holanda, y el primer punto de comparación se enuncia como “Les critères de déclenchement des procédures collectives”. PAJARDI, Piero, “Radici e ideología del fallimento”, Giuffrè, Milán, 1992, p. 21, dice: “de un examen de cada procedimiento concursal emerge que el legislador de las varias áreas jurídicas, la latina, la anglosajona, la germánica y la socialista, ha dado definiciones diversas y a veces contrastantes del estado de insolvencia”.

(52) Artículo 1, Ley 24.522: “*Cesación de pagos*. El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69”. En el primero se dice, en caso de concurso de un agrupamiento: “Cesación de pagos. Para la apertura de concurso resultará suficiente con que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos, con la condición que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico” (tenemos aquí un caso

b. Otro grupo de países utilizan el término genérico de “insolven-
cia”. Así por ejemplo Uruguay (58), Paraguay (59), Portugal (60), Es-

de cesación de pagos inminente o subsecuente); en el segundo se expresa, según la reforma de la ley 25.589, artículo 69: “el deudor que se encontrare en cesación de pagos o en *dificultades económicas o financieras* de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial”. La doctrina debate ampliamente sobre si se trata de un único presupuesto o si son dos situaciones diferenciadas. Véase por todos, HEREDIA, Pablo, “Tratado exegético de derecho concursal”, tomo 2, Abaco, Buenos Aires, 2000, p. 536 y sigtes.; TRUFFAT, Daniel, “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial ley 25.589”, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 90/91; MAFFIA, Osvaldo J., “Sobre el llamado APE”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 24 y sigtes.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Acuerdo preventivo extrajudicial”, Abaco, Buenos Aires, 2003, p. 87 y sigtes.; y JUNYENT BAS, Francisco y BORETTO, Mauricio, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 52/53. Numerosas otras normas de la ley se refieren a la cesación de pagos.

(53) LEY 1116, “Artículo 9º: Supuestos de admisibilidad. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de *cesación de pagos* o de *incapacidad de pago inminente*. 1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando: incumpla el pago por más de 90 días de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor agregado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley. 2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año. Parágrafo. En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas”. Para la legislación anterior véase SANGUINO SANCHEZ, Jesús María, “El concepto de cesación de pagos en los procedimientos concursales”, Hispana, Bogotá, 1981.

(54) Código de Comercio, “Artículo 1487: Todo comerciante matriculado o sociedad comercial legalmente constituida que se encuentre en *estado de cesación de pagos*, podrá solicitar al juez la apertura del procedimiento de concurso preventivo que viabilice la celebración de un convenio con sus acreedores...”; “Artículo 1542: La declaratoria del estado de quiebra de un comerciante que haya cesado en el pago de sus obligaciones...”.

(55) Código de Comercio, “Artículo 851: Procederá de declaratoria de quiebra de un comerciante o sociedad en cualquiera de los siguientes casos: ...b) cuando el acreedor compruebe que el comerciante o sociedad ha *dejado de pagar* una o varias obligaciones vencidas, o que ha cesado en el pago de obligaciones a favor de otras personas...”.

(56) Código de Comercio, “Artículo 1318: Podrá ser declarado en estado de quiebra el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones”.

(57) Ley de quiebras del 01/01/2003, “Artículo 1º: El deudor en situación donde ha *cesado en el pago* de sus deudas conforme su vencimiento, puede ser declarado en quiebra por la orden de la Corte aun a su propio pedido o a pedido de uno o más de sus acreedores”. Es interesante mostrar que el Artículo 213 dice: “1. - El deudor que *prevea que le será*

paña (61), Alemania (62) y la Guía de Uncitral que ya hemos mencionado (63).

imposible cumplir con sus obligaciones (o deudas) conforme su vencimiento, puede aplicar para pedir la suspensión de los pagos. 2. - Ninguna suspensión de pagos será otorgada a una persona física que no ejerza una profesión independiente o negocio”.

(58) LEY 18.387, “Artículo 1º: La declaración judicial de concurso procede respecto de cualquier deudor que se encuentre en estado de insolvencia. Se considera en *estado de insolvencia*, independientemente de la pluralidad de acreedores, el deudor que no puede cumplir con sus obligaciones.

(59) LEY 154/69, “Artículo 1º: La declaración de quiebra presupone el estado de insolvencia de deudor. El estado de insolvencia se manifiesta por uno o más incumplimientos u otros hechos exteriores que a criterio del juez demuestren la impotencia patrimonial para cumplir regularmente las deudas a su vencimiento, sin consideración del carácter de las mismas”.

(60) DEC-LEY 53/2004, “Artículo 3º: 1. Se considera en *estado de insolvencia* el deudor que se encuentre imposibilitado de cumplir con sus obligaciones vencidas...”. DEC-LEY 316/1998, “Artículo 2º: El procedimiento de conciliación está destinado a obtener la celebración de un acuerdo entre la empresa y uno o todos los acreedores para viabilizar la recuperación de la empresa en situación de *insolvencia o en situación económica difícil*...”.

(61) LEY 22/2003, “Artículo 2º: La declaración de concurso procederá en caso de *insolvencia* del deudor común. Se encuentra en *estado de insolvencia* el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles...”. El inciso 3º admite que si la presentación la efectuó el deudor, este puede solicitarlo afirmando su insolvencia es inminente. Véase entre otros, ROJO, Angel, en ROJO, Angel – BELTRAN, Emilio, “Comentario de la ley concursal”, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 169 y sigtes.; PULGAR EZQUERRA, Juana, “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en “Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003, para la reforma concursal”, dirigido por R. GARCIA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA, Dilex, Madrid, 2003, p. 55 y sigtes.; FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis, “Los presupuestos de la declaración de concurso”, en FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis y SANCHEZ ALVAREZ, Manuel M. (coord.), “Comentarios a la ley concursal”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 73 y siguientes.

(62) “Ordenanza Alemana de Insolvencia” del 5 de octubre de 1994, “Artículo 16: La apertura del procedimiento de *insolvencia* presupone la concurrencia de un presupuesto de apertura”; “Artículo 17: El deudor es *insolvente* cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles. La *insolvencia se supone como regla cuando el deudor ha cesado en los pagos*”; “Artículo 18: ...la amenaza de insolvencia es también presupuesto de apertura”. Sin embargo, esta ley contempla también para el caso de personas jurídicas el sobreendeudamiento, artículo 19 del citado ordenamiento que dice: “Sobreendeudamiento: I. Para el caso de una persona jurídica el sobreendeudamiento es también presupuesto de apertura. II. El *sobreendeudamiento* existe cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas. No obstante, para la valoración del patrimonio del deudor se toma como base la *continuación de la empresa*, cuando de conformidad con la mayor parte de las circunstancias concurrentes la misma es verosímil”. Véase nota 92 y el texto principal al que acceden las notas 93 y 94.

(63) Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia: “Introducción. B. Glosario. 2. Términos y definiciones: ... s) “*Insolvencia*”: estado de un deudor que no

c. Las leyes emplean también algunas otras expresiones. El antiguo Código de Comercio de Venezuela habla del “estado de atraso” (64), la ley brasileña se refiere reiteradamente al “estado de crisis” (65) del deudor.

2.2. Legislaciones que emplean más de una denominación para el presupuesto objetivo según el tipo de concurso al que se apliquen. En este sentido la legislación italiana, después de su reforma de 2005-2006, si bien reafirma la noción genérica de “estado de insolvencia” (66), la modificación al artículo 160, referida a la admisión al proceso de concordato preventivo se refiere al “*estado de crisis*” (67), lo que motivó que una nueva reforma aclarara que por

puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo *pasivo excede del valor de su activo*”. Como se advierte, se admite cierta amplitud en la caracterización de la insolvencia (incluso por el llamado “desequilibrio aritmético”). En el volumen “Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia”, coordinado por David MORAN BOVIO, LA LEY - Grupo Wolters Kluwer, monografía 5/2006 asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Madrid, 2006, se incluyen trabajos sobre esta Guía.

(64) Código de Comercio, “Artículo 898: El comerciante cuyo activo exceda positivamente de su pasivo y que por falta de numerario, debido a sucesos imprevistos o causa de cualquier otra manera excusable, se vea en la necesidad de retardar o aplazar sus pagos, será considerado en *estado de atraso...*”. “Artículo 914: El comerciante que no estando en estado de atraso, según el Título anterior, cese en el pago de sus obligaciones mercantiles, se halla en estado de quiebra”.

(65) Artículo 47 de la ley 11.101 de 2005 y artículo 105 del mismo ordenamiento que dicen: Artículo 47: “La recuperación judicial tiene por objetivo la superación de la *crisis económico-financiera* del deudor...”, Artículo 105 “El deudor en crisis económica financiera que juzgue no poder atender los requisitos para tramitar su recuperación judicial deberá requerir al juez su quiebra, exponiendo las razones de *imposibilidad de proseguir su actividad empresarial*”, mientras que el artículo 94, inciso 1 expresa: “será decretada la quiebra del deudor que: I. sin relevante razón de derecho no paga a su vencimiento una obligación líquida materializada en título o títulos ejecutivos protestados cuya suma sea mayor o equivalente a 40 salarios mínimos” y luego menciona una cantidad de actos reveladores de la situación de crisis. Sobre el término “crisis” hemos tenido oportunidad de reflexionar, en el trabajo indicado en nota 49 (ALEGRIA, Héctor, “El presupuesto objetivo. Integración”, en la obra de PAJARDI, Piero y otros, “Derecho Concursal”, citada), con remisión a las opiniones de diversos autores allí mencionados.

(66) Artículo 5 RD de 16 de marzo de 1942 n° 267, en su reforma por el decreto legislativo del 9 de enero de 2006 n° 5, sigue diciendo que “el empresario que se encuentra en *estado de insolvencia* es declarado fallido. El estado de insolvencia se manifiesta con incumplimientos u otros hechos exteriores los cuales demuestran que el deudor no se encuentra en situación de satisfacer regularmente las propias obligaciones”.

(67) Artículo 160: “Condiciones para la admisión al proceso. El empresario que se encuentra en un *estado de crisis* puede proponer a los acreedores un concordato preventivo sobre la base de un plan...”. Esta disposición motivó diferencias doctrinarias relativas a si existía o no una contraposición entre estado de insolvencia (artículo 5) y el *estado de crisis*

“*estado de crisis*” se entiende también el “*estado de insolvencia*” (68). La ley italiana no define el “estado de crisis” lo que ha motivado un amplio debate doctrinario en el que se concluye que el estado de insolvencia importa una situación de mayor gravedad que el estado de crisis, aunque la delimitación concreta de este último tiene distintas interpretaciones teóricas (69). A su vez, es tradicional en la legislación italiana el régimen de “administración extraordinaria” para las grandes empresas *en crisis* (70), cuerpo legislativo que fue reemplazado por el decreto legislativo de 8 de junio de 1999 n° 270 (reiteradamente modificado posteriormente) que habla de la administración extraordinaria de grandes empresas en *estado de insolvencia*.

Un caso paradigmático de pluralidad de soluciones concursales con enunciados diferentes sobre los presupuestos objetivos surge de la ley francesa actual:

(artículo 160), con la paradoja que se sostenía por algunos que sólo el empresario que estaba en estado de crisis podía requerir concordato preventivo, mientras que si ya se encontraba en *insolvencia*, era únicamente sujeto de quiebra. La diferenciación ontológica entre crisis e insolvencia, en esta primera redacción de la reforma italiana, motivó que se recordara el abuso que se podía hacer de un procedimiento concursal sin riesgo posterior de falencia en caso de fracaso. BONFATTI, Sido – PANZANI, Luciano, “La riforma organica delle procedure concorsuali”, Ipsoa, Italia, 2008, p. 40 y nota 60, en la que cita la reflexión de Danilo GALLETI en “Il concordato preventivo” en “Il nuovo diritto fallimentare”, dirigido por Alberto JORIO y coordinado por M. FABIANI, tomo II, p. 2276.

(68) Último párrafo al artículo 160 incorporado por el artículo 36 del D.L. n° 273 de 30 de diciembre de 2005, que dice: “A los fines del primer párrafo de este artículo, por estado de crisis se entiende también el estado de insolvencia”.

(69) Sobre el punto véase DE CRESCIENZO, Ugo – PANZANI, Luciano, “Il nuovo diritto fallimentare”, Ipsoa, Italia, 2005, p. 11 y sigtes., quienes se refieren a la posible diferencia “ontológica” entre insolvencia y crisis; id. TERRANOVA, Giuseppe, “Stato di crisi e stato di insolvencia”, Giappichelli, Torino, 2007, p. 47 y sigtes., y especialmente p. 75. La ausencia de definición legal de “estado de crisis” ha motivado los debates doctrinarios a los que nos hemos referido: Véase BONFATTI, Sido – PANZANI, Luciano, op. cit., p. 38 y sigtes., en la que dicen: “en doctrina se ha subrayado que el estado de crisis no difiere ontológicamente de la insolvencia... en esta prospectiva la noción de estado de crisis no sería lejana a la dificultad temporánea de cumplir y que constituía el presupuesto del abrogado procedimiento de la administración controlada”. En p. 42 menciona doctrina en el sentido contrario, que sostiene que “la noción de estado de crisis abre una idea insistentemente acausal de la dificultad de la empresa. La crisis no es identificable ni con la insolvencia ni con la temporánea dificultad que comprende pero no exhaustivamente”. Se refiere después a que tal noción es tomada de la ciencia de la administración empresarial. Finalmente los autores señalan que la jurisprudencia posterior a la reforma legal definió el estado de crisis distinguiéndolo de la insolvencia en *términos descriptivos* (p. 42/43 y notas 68 a 72). Véase también PAJARDI, Piero y PALUCHOWSKI, Aida, “Manuale di diritto fallimentare”, 7ma. edición, Giuffrè, Milán, 2008, p. 11 y sigtes.; 108 y sigtes., y 808 y sigtes., en especial p. 813/817 y ALESSI, Giuseppe, “Il nuovo concordato preventivo”, Riv. Dir. Fallimentare, Noviembre-Diciembre 2005, n° 6, p. 1132/35.

(70) D.L. de 30 de enero de 1979 n° 26 convertido en ley n° 95 de 3 de abril de 1979.

Cuando el deudor enfrenta *dificultades de naturaleza tal que pueden comprometer la continuidad de la explotación* de la empresa, se puede dar comienzo al *procedimiento de alerta* (71).

La *conciliación* (72) supone una *dificultad jurídica, económica o financiera, existente o previsible, no encontrándose el deudor en cesación de pagos por más de 45 días*, y que él no pueda resolver por su propia fuerza.

La *salvaguarda* (73) procede cuando el deudor no está en condiciones de superar las *dificultades de tal envergadura que lo conduzcan a la cesación de pagos*. Este procedimiento es incoado a instancia del deudor.

En la *recuperación o saneamiento judicial* (74) aparece el concepto de *cesación de pagos* (75), como la imposibilidad para el deudor de hacer frente al pasivo exigible con los activos disponibles.

Finalmente se regula la *liquidación judicial* (76), en la que la recuperación es manifiestamente imposible, dado que el deudor se encuentra en estado de *cesación de pagos* y el *saneamiento* de la empresa se torna inviable. Aun en ese caso se prevé la posibilidad de cesión total del activo.

(71) Ver supra nota 22.

(72) Ver supra nota 25.

(73) Ver supra nota 26.

(74) Ver supra nota 27.

(75) Si bien la ley francesa mantiene el giro “cesación de pagos”, el art. L631-1 que hemos citado en el texto dice: “se instituye un procedimiento de saneamiento judicial permitido a todo deudor mencionado en los arts. L.631-2 o L. 631-3 que en la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con su activo disponible, está en cesación de pagos...”, con lo que mantiene la descripción de ese estado como lo había conceptualizado la Corte de Casación francesa, a partir de un célebre caso del 14 de febrero de 1978: ver Rev. Trimestrielle de Droit Commercial, 1981, Sirey, p. 597, con nota de MERLE, Philippe, en la que menciona antecedentes jurisprudenciales que anticipaban esa solución. Sobre la interpretación de ese precepto, véase SOINNE, Bernard, “Traité des procédures collectives”, 2ª ed., Litec, París, 1995, p. 231 y sigtes., y los autores mencionados en sus citas; y del mismo autor: “La réforme des procédures collectives: la confusion des objectifs et des procédures”, en Revue des Procédures Collectives, Lexis-Nexis-Iuris Classeur, París, 2004, p. 1 y sigtes. Un análisis crítico con propuesta de reforma, antes de 2005, había sido efectuado por MARTINEAU-BOURGNINAUD, Véronique, “Les cessation des paiements, notion fonctionnelle”, en RTDcom, abril/junio 2002, p. 245.

(76) Ver supra nota 28.

La legislación estadounidense, tributaria del clásico derecho angloamericano, si bien contiene una definición de *insolventia* (77), la relación de esa definición con un concepto similar al de “presupuesto objetivo” no aparece desarrollada tal como lo hace la doctrina continental (78).

(77) El Código de Quiebras de Estados Unidos (Bankruptcy Code), define el término insolventia en las Disposiciones generales de su Capítulo 1, Sección 101 (32), de la siguiente manera:

“Insolvente” significa:

A) con referencia a una entidad distinta de una sociedad de personas y de una municipalidad, una situación financiera tal, que la suma de las deudas de dicha entidad es mayor a todos sus activos, a una justa valuación, excluyendo:

i) la propiedad transferida, ocultada, o retirada con el intento de obstruir, demorar o defraudar a los acreedores de tal entidad; y

ii) la propiedad que puede estar eximida de la propiedad de la masa concursal según la sección 522 de este título;

B) con referencia a una sociedad de personas, una situación financiera tal que, a una justa valuación, la suma de las deudas de esa sociedad de personas es mayor que el total de:

i) todas las propiedades de esa sociedad de personas, excluyendo la propiedad del tipo especificado en el subpárrafo (A) (i) de éste párrafo; y

ii) la suma del excedente del valor de la propiedad de cada socio solidario, y que no es de la sociedad, excluyendo la propiedad del tipo especificado en el subpárrafo (A) de este párrafo, sobre las deudas de dicho socio, que no son de la sociedad; y

C) con referencia a una municipalidad, una situación financiera tal que la municipalidad:

i) generalmente no está pagando sus deudas a su vencimiento, salvo que aquellas deudas sean objeto de una disputa de buena fe; o

ii) no está en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento. “Traducción obtenida de “Código de Quiebras de los Estados Unidos de América”, Errepar, Buenos Aires, 2002, p. 12/3, supervisada por Eduardo FAVIER DUBOIS (h.). La reforma de 2005 no modificó estos textos.

(78) Véase CARRARA, Cecilia, “Lo stato di insolvenza nel diritto fallimentare americano”, en TERRANOVA, Giuseppe, “Stato di crisi e stato di insolvenza”, cit., p. 121 y sigtes., quien realiza una comparación entre la legislación italiana y la legislación estadounidense. Considera que la doctrina de Estados Unidos se diferencia de la continental en el sentido que no establecen “el estado de insolventia” como presupuesto objetivo para la apertura de los procedimientos concursales. Si bien la ley lo define, sólo analiza situaciones concretas que lo configuran, mas no lo estudian como un requisito previo indispensable para la apertura de tales procedimientos, como lo define la doctrina italiana (insolventia/crisis). Los americanos utilizan lo que llaman el “good faith test”, definido como el examen o test que realizan los jueces a la hora de evaluar la buena fe de quien inicia alguno de los procesos regulados por el Bankruptcy Code, a fin de evitar abusos de tales procedimientos.

3. EN LA BUSQUEDA DE UNA CONCEPCION UNITARIA: ANALISIS.

3.1. SUPERANDO EL ENCIERRO DE LAS PALABRAS.

Ya hemos visto cómo las leyes emplean términos idénticos para situaciones o soluciones diferentes, o bien usan vocablos distintos para significados idénticos o similares. Por lo tanto, no parece que un análisis pormenorizado de cada palabra —aun atribuyéndole una significación técnica o recurriendo a etimologías— no brinda caminos útiles para averiguar sobre un concepto globalizante, unificador en su esencia, del llamado “presupuesto objetivo” que, permítaseme reiterarlo, identifica una situación en la que se hace posible una solución concursal (comprendiendo los llamados remedios preconcursales) (79).

Debemos, pues, tratar de develar tras las distintas proposiciones legales, si puede —o no— descubrirse una noción de la que sean tributarias todas ellas (80).

tos. Para ello tienen en cuenta determinados índices, como suele ser la *situación financiera del deudor* o incluso su *conducta*. Si de tal examen se concluye que efectivamente el deudor no se encuentra en una situación crítica según lo establecido en la Sección 101 (32) del Código de Quiebras (véase nota anterior), no se dará inicio a ese proceso. Cita la autora al jurista norteamericano JACKSON, quien sostiene que el concepto de buena fe, en el sentido del derecho de quiebras, puede entenderse en el sentido de “insolventia”. Se menciona a tal fin el concepto de “insolvency in the bankruptcy sense” que designaría las condiciones en las que se encuentra el deudor cuando no es previsible que se encuentre en posibilidad de generar los fondos necesarios para pagar enteramente sus deudas, sin que tenga relevancia si en un momento dado tendrá o no una liquidez suficiente para pagar las deudas corrientes. A tal fin JACKSON propone un juicio pronóstico. Vid., CRAMES, Michael J., EDELMAN, Herbert S. y KRESS, Andrew A., “The fundamentals of bankruptcy and corporate reorganization”, Juris Publishing, EE.UU, 1998, p. 311 y sigtes. Véase también BAIRD, Douglas G., JACKSON, Thomas H., y ADLER, Barry E., “Bankruptcy. Cases, problems, and materials”, 3era. edición, University Casebook Series, New York, 2001, p. 31 y siguientes.

(79) En algunas condiciones y según determinadas leyes, la presencia de ese *presupuesto* hace necesario el concurso (pues la ley fija plazos para su deducción, en algunos casos impone sanciones para la presentación “tardía” y habilita a plurales personas a incoarlo). La crítica sobre la terminología empleada por las leyes es, sin embargo, un ejercicio académico con proyección práctica respecto de cada una de ellas.

(80) Podríamos preguntarnos si tiene sentido tratar de determinar esa noción unificadora o globalizante. Nos parece que lo tiene: desde el punto de vista técnico, pues permite trasvasar soluciones y principios doctrinales entre las legislaciones y, desde el punto de vista práctico, porque facilita el aprovechamiento fructífero de las experiencias de los distintos países y la jurisprudencia elaborada por sus tribunales. Ante un debate doctrinario sobre una concepción *personalística* y otra *patrimonialística* de la cesación de pagos, se

3.2. BASES RACIONALES PARA UNA CONCLUSION.

A fines de establecer los fundamentos de nuestra tesis sobre el punto, pensamos en varias vías de abordaje.

3.2.1. LA TEORIA DE LA SUCESION DE LOS PROCEDIMIENTOS.

En nuestra legislación y en los sistemas comparados, en general puede afirmarse que los procedimientos preventivos para resolver una crisis, en caso de fracaso, pueden continuarse o convertirse en otra clase de proceso, incluso liquidativo (81). La doctrina italiana denomina a este fenómeno como “*consecuzione delle procedure concorsuali*” (82). Por lo tanto, la

afirma la necesidad de una “reconstrucción del concepto de insolvencia capaz de recolocar en una prospectiva unitaria” ambas tesis, DE SENSI, Vincenzo, “Il concetto di insolvenza”, Luiss (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli) - Centro di ricerca per il diritto d'impresa CERADI, febrero de 2002.

(81) Por ejemplo el artículo 43, párrafo 10, de la ley 25.422 de argentina, falta de presentación en término de propuesta de acuerdo (quiebra o apertura de procedimiento a terceros); ídem artículo 46; artículo 47, fracaso de acuerdo para acreedores privilegiados, si se hubiera condicionado a él la propuesta para quirografarios; artículo 48, incisos 2 y 8, quiebra para el caso de no presentación de oferentes o quiebra por falta de obtención de mayorías o de homologación judicial; artículo 51, progreso de impugnación al acuerdo (quiebra salvo procedimiento del art. 48); artículo 54, falta de pago de honorarios a los profesionales y síndico, a cargo del deudor; artículo 61, quiebra por nulidad del acuerdo; artículo 63, quiebra por incumplimiento del acuerdo; debe además agregarse el caso de no homologación del acuerdo judicial (por inferencia del artículo 52, especialmente inciso 4). Situaciones similares se advierten en la mayoría de las legislaciones.

(82) BONFATTI, Sido – PANZANI, Luciano, “La riforma organica delle procedure concorsuali”, Ipoa, Italia, 2008, p. 41, quienes dicen: “en doctrina se ha subrayado que el estado de crisis no difiere ontológicamente de la insolvencia... es evidente como esta interpretación se pone en línea con la precedente elaboración doctrinal y jurisprudencial sobre la noción de temporánea dificultad de cumplimiento, propia del abrogado instituto de la administración controlada, del cual se entiende recuperar los resultados, aun para aquello que concierne a la disciplina de la sucesión (*consecuzione*) de los procesos concursales, en particular de la quiebra que se declara a continuación de la conclusión negativa del concordato. Como se nota, la teoría de la sucesión de los procesos concursales tiene consecuencias en orden a tres cuestiones: la prededucibilidad de los créditos surgidos en el curso de los procedimientos menores, en la quiebra sucesiva; la retrodatación del período de sospecha a la fecha de apertura de los procedimientos menores, a los fines del ejercicio de la acción revocatoria concursal; y al momento de la suspensión de los intereses de los créditos quirografarios que se remítan a la apertura de los procedimientos menores; véase también PACCHI, Stefania, “Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione”, Ipoa, Italia, 2005, p. 47 y sigtes., y doctrina y jurisprudencia citadas en nota 45 y 46; TERRANOVA, Giuseppe, “Stato di crisi e stato di insolvenza”, cit., p. 79/81 y del mismo autor, antes, “Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale”, Riv. Dir. Fallimentare 2006-I, p. 15 y sigtes., y especialmente punto 18 (p. 46/48).

primera conclusión es que cuando un determinado proceso preventivo, abierto según una enunciación particular de su presupuesto objetivo, se continúa en otro proceso, que requiere —de ser iniciado originariamente por separado— de un presupuesto objetivo definido de igual manera o de otra, el proceso entero supone una continuidad. Tal conclusión sólo puede afirmarse si el estado que originó la solución preventiva tiene idéntica sustancia (aunque diferente gravedad) del que desemboca en una situación más compleja y definitiva (en general un proceso de quiebra o liquidativo).

3.2.2. CONTEMPLACION INTERREFERENCIAL DE LOS PROCESOS.

Bajo este título tratamos de analizar cómo se relacionan entre sí los distintos procesos concursales en orden a su finalidad y los presupuestos que las leyes determinan para cada uno.

Sin perjuicio de los antecedentes históricos sobre soluciones preventivas (83), el nudo troncal de la legislación concursal hasta fines del siglo XIX y principios del XX, lo constituyó el régimen de la *quiebra* (84). Los procesos preventivos, en especial, el concordato preventivo y similares (85), tal como se conocen modernamente, se originaron en el reconocimiento de la necesidad de *evitar la quiebra*, con todas las consecuencias que de ella derivaban. Quizá por eso la doctrina italiana encuadraba al concordato preventivo dentro de los *procesos menores*.

Con la aparición de un mayor número de alternativas concursales de carácter preventivo, la interrelación entre todas ellas es más nítida. Si to-

(83) Que los autores remontan hasta el derecho romano (e incluso antes), a través de las *literaes respirationis*, de la *dilatoria exceptio* y del *pactum ut minus solvatur*. Véase GARCIA MARTINEZ, Francisco, “El concordato y la quiebra”, 4ta. edición actualizada, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 32; PROVINCIALI, Renzo, “Trattato di diritto fallimentare”, tomo I, Giuffrè, Milán, 1974, p. 27/28 donde se refiere a los orígenes estatutarios del concordato y del salvoconducto, vinculados ambos a paliar la severidad de las sanciones previstas respecto del fallido; SANTARELLI, Humberto, “Per la storia nelle legislazione italiana dell’età intermedia”, Cedam, Padua, 1964, capítulo XI, p. 275 a 304.

(84) En nuestro país el concordato preventivo fue introducido por la ley 4156 de 1902, reconociendo su antecedente en el derecho italiano, en especial el proyecto BOLAFFIO, que se tradujo después en la ley italiana n° 197 de 24 de mayo de 1903 (GARCIA MARTINEZ, op. cit., p. 134/135).

(85) Como la reorganization de la legislación de Estados Unidos de América y la *suspensión de pagos* de la ley española de 1920.

mamos como ejemplo el derecho francés moderno, con las soluciones que hemos mencionado en este trabajo, se nota claramente esta característica. Para no reiterar demasiado —y aun a riesgo de hacerlo— señalamos que el procedimiento de alerta se abre ante *dificultades cuya naturaleza pueda comprometer la continuidad de la explotación* (art. L611-2), mientras que el procedimiento de conciliación se abre ante una *dificultad jurídica, económica o financiera, actual o previsible, no encontrándose el deudor en cesación de pagos por más de 45 días* (art. L611-4); el procedimiento de salvaguardia se abre cuando el deudor justifica *dificultades que no está en condiciones de superar de tal naturaleza que le conduzca a la cesación de pagos* (art. L620-1); el procedimiento de recuperación judicial se abre cuando el deudor, ante la *imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con su activo disponible, se encuentra en cesación de pagos* (art. L631-1); y la liquidación judicial, por último, se abre cuando el deudor *se encuentra en cesación de pagos y la recuperación resulta manifiestamente imposible* (art. L640-1) (86). Si bien el procedimiento de alerta y la designación de mandatario *ad hoc* no necesariamente, en caso de fracaso, deben ser seguidos de un procedimiento concursal puro, lo cierto es que ambos son procedimientos para prevenir las “dificultades de las empresas” (87), cuyo éxito podrá evitar las consecuencias que esas dificultades, de proseguir, podrían llevar a procesos de mayor envergadura (88). La conciliación tiene por fin favorecer la conclusión de un

(86) De la simple lectura se desprende que la “cesación de pagos”, como situación más comprometida, “aletea” detrás como trasfondo de todas las situaciones, cuando no como presupuesto esencial de las más avanzadas en su gravedad.

(87) Como se titula en la actualidad el Libro Sexto del Código de Comercio, cuyo Título Primero se denomina “De la prevención de las dificultades de las empresas” dentro del que se ubica el Capítulo Primero “De la prevención de las dificultades de las empresas, del mandato *ad hoc* y del procedimiento de prevención”. El Título Segundo se refiere al procedimiento de Salvaguarda, el Título Tercero a la Recuperación Judicial (redressement) y el Título Cuarto, de la Liquidación Judicial. Podemos reflexionar sobre el punto que las medidas más prematuras (alerta, mandato *ad hoc*) también se están refiriendo a situaciones que potencialmente pueden llevar a una crisis de mayor gravedad, siempre dentro de la misma sustancia que la que puede provocar la falencia. No sería lógico aplicar estas medidas para dificultades que no pudieran tener esa derivación (por ejemplo una crisis entre socios, un problema de producción, o una cuestión laboral). Cierta doctrina llama a esos estados previos como “crisis prodrómicas” (por malestar que precede a una enfermedad).

(88) En la edición 2006 del “Code des procédures collectives”, Dalloz, París, 2006, comentado por Alain LIENHARD, con el concurso de Pascal PISONI, los comentaristas dicen: “es posible que el contexto global de la reforma de 26/7/2005 otorgue un nuevo ímpetu al mandato *ad hoc*, que puede servir bien a preparar la conciliación (cuya duración, limitada, es muy corta) o bien para el proceso de *salvaguardia* donde el éxito supondrá una anticipación a las reacciones posibles de los acreedores”.

acuerdo amigable entre el deudor y los acreedores para poner fin a las dificultades de la empresa y presentar toda proposición vinculada a la *salvaguardia de la empresa*. A su turno, el procedimiento de conciliación es susceptible de homologación si el deudor no se encuentra en cesación de pagos o el acuerdo que le pone fin a ese estado (art. L611-8 inc. 2).

En caso de posterior apertura de un procedimiento de salvaguardia, de recuperación judicial o de liquidación judicial, tales circunstancias ponen fin de pleno derecho al acuerdo homologado en la conciliación y los acreedores recobran sus créditos y garantías (art. L611-12), con excepción de los nuevos aportes de tesorería desembolsados según el acuerdo (art. L611-11). En caso de fracaso del proceso de *conciliación* si el conciliador estableció que el deudor se hallaba en cesación de pagos, el Tribunal actúa de oficio para abrir un procedimiento de *recuperación judicial* (art. L631-4, segundo párrafo).

Un caso especial presenta el procedimiento de *salvaguardia*, el que supone que el deudor tiene dificultades que le pueden conducir a la cesación de pagos pero sin incurrir en ese extremo; si se determinara esa *cesación de pagos* durante el proceso, se convierte en un proceso de *recuperación judicial* (art. L621-12). Aún más, si la cesación de pagos se constata en el curso del cumplimiento de un plan en un proceso de salvaguardia, el Tribunal pronuncia la liquidación judicial del deudor (art. L626-27). A su vez, en el caso de la recuperación judicial (*redressement*), se establece un plazo de 45 días desde la cesación de pagos para su presentación, salvo que *dentro de ese plazo se haya demandado la apertura del procedimiento de conciliación* (art. L631-4). Finalmente la liquidación judicial puede también ser declarada en el curso de un período de observación, en el curso de un procedimiento de salvaguardia o de recuperación judicial (art. L641-1, III).

El desarrollo de cada legislación puede mostrarnos ejemplos similares, de todos los cuales se puede extraer la conclusión que, como telón de fondo de cada proceso concretamente legislado, con un presupuesto objetivo identificado precisamente, se puede develar una situación común que está detrás tanto de los procedimientos preventivos como de los liquidatorios. Los primeros, teniendo como trasfondo el objetivo de evitar llegar a una situación “irremediablemente comprometida y sin salida” que lleve a la liquidación, como lo identificaba la doctrina francesa anterior a 1978 (89). En consecuencia tales medidas y procedimientos preven-

(89) SOINNE, Bernard, “Traité des procédures collectives”, 2da. Edición, Litec, París, 1995, p. 229 y sigtes., y el importante desarrollo de GRANCHET, Gilbert, “La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire”, Dalloz, París, 1962.

tivos dicen necesaria referencia a un eventual proceso liquidatorio o de quiebra (aun para su evitación). Cuando los medios de prevención se diversifican, se relacionan unos con otros, pero todos tienen como referencia final —para tratar de evitarla o como consecuencia de su fracaso—, el procedimiento liquidatorio (90).

3.2.3. EL PRESUPUESTO OBJETIVO Y SUS ESTADIOS DE GRAVEDAD.

3.2.3.1. Como corolario de todo lo que llevamos dicho hasta aquí podemos reconocer que las distintas leyes al adjetivar o calificar la situación de insuficiencia patrimonial que corresponde en particular como presupuesto de apertura de procedimientos específicos, no se apartan del *núcleo duro* que constituye un común denominador detrás de cada situación específica, que trataremos de identificar de inmediato.

En algunos casos utiliza alguna caracterización puramente temporal (por ejemplo, no hallarse en cesación de pagos por más de 45 días), otras expresa una situación *calificada* que indica su *menor gravedad* relativa y/o la *posibilidad de recuperación* del deudor o de la actividad empresarial (91). Finalmente las leyes más modernas permiten volver a la identificación de la *situación irreversible y sin salida*, para apoyar sobre ella la posibilidad de una *quiebra o concurso liquidativo*. *Por lo tanto el denominador común (“núcleo duro”) actual o potencial que caracteriza una situación en la cual el deudor no podrá atender a las deudas y continuar su explotación empresarial o actividad patrimonial, con los medios ordinarios de tal actividad.*

Quizá debemos corregir o aclarar el giro “*actual o potencial*”. En efecto, este último carácter podría ser observado porque puede carecer de relación directa o inmediata con un resultado negativo de la actividad. Sin embargo, es nuestro concepto que cuando una situación de insuficiencia,

(90) La doctrina italiana anterior a la reforma de 2006 (que eliminó la figura de la administración controlada) estaba dividida en cuanto a la concepción unitaria o dual de la situación de temporánea dificultad, que preveía la ley respecto de este instituto, frente al concepto de *cesación de pagos*: Véase PACCHI, Stefania, op. cit., p. 43 y sigtes., y referencias doctrinales y jurisprudenciales de las notas 34 a 44; y el clásico libro de AMATUCCI, A., “Temporanea difficoltà e insolvenza”, Napoli, 1979; id, SATTA, Salvatore, “Diritto Fallimentare”, 2da. edición ampliada, Cedam, Padua, 1990, p. 45 y 479.

(91) Véase RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, “Istituzioni di diritto fallimentare”, Cedam, Padua, 1994, p. 61 y ss; GALLETI, Danilo, “La ripartizione del rischio di insolvenza”, Il Mulino, Bologna, 2006, capítulo III: “Insolvenza e programmazione giuridica d’impresa”.

tal como lo hemos caracterizado, se presenta como posible en un patrimonio (en potencia), en realidad esta afirmación puede surgir solamente de la observación del propio patrimonio y las líneas de evolución que se extraigan de esa observación (92). Es decir, ya se está en presencia (“en acto”) de una situación que requiere o permite una solución concursal (93).

Aun las legislaciones modernas que hablan de “desequilibrio aritmético” o “sobreendeudamiento”, se colocan dentro de la escena a la que nos estamos refiriendo. Así, por ejemplo, la ley alemana de 1994 admite como presupuesto de la quiebra el sobreendeudamiento, pero también lo califica, pues para su valoración exige tomar en cuenta el resultado de la continuación de la empresa, cuando ella es verosímil (94).

(92) Esta observación puede realizarse respecto del derecho alemán en el que se habla de “amenaza de insolvencia”, al respecto el artículo 18 dice: “*Amenaza de insolvencia*: I. Si la demanda de apertura del procedimiento de insolvencia se efectúa por el deudor, la *amenaza de insolvencia* es también presupuesto de apertura. II. El deudor se encuentra en situación de *amenaza de insolvencia* cuando es *previsible* que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento...”. La ley española por su parte dice en el artículo 2: “Presupuesto objetivo. 1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles. 3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su *estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente*. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones...”. También el artículo 213 de la ley holandesa dice: “1. El deudor que prevea que le será imposible cumplir con sus obligaciones (o deudas) conforme su vencimiento, puede aplicar para pedir la suspensión de los pagos...”.

(93) Sobre el tema véase GALLETI, Danilo, “La ripartizione del rischio di insolvenza”, cit. en nota 92, p. 191 y sigtes., quien dice en p. 194: “En el sistema italiano por lo tanto la condición del deudor de quien se pueda fundadamente argumentar la incapacidad de cumplir en un futuro próximo coincide con la insolvencia y no es necesario por tanto hablar de “riesgo” o “peligro de insolvencia”. Podrá a los fines descriptivos, discutirse sobre insolvencia futura, pero en realidad aquello que se indaga en el art. 5 de la ley concursal, es un *estado actual* valuado aun por sus aptitudes prospectivas”.

(94) Ver supra nota 62. Sobre el derecho alemán en este punto véase MANGANO, Renato, “L’insolvenza nell’esperienza tedesca”, en TERRANOVA, Giuseppe, “Stato di crisi e stato di insolvenza”, op. cit., p. 103 y sigtes. Si bien no tratamos específicamente en este trabajo la situación del endeudamiento de los consumidores y los particulares, es interesante la lectura del artículo L330-1 del Código del Consumo francés, que dice: “La situación de *exceso de endeudamiento* de las personas físicas se caracteriza por la *imposibilidad manifiesta* para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y cumplir sus obligaciones, así como al compromiso que ha dado de prestar garantía o de pagar solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad cuando no hubiera asumido, de derecho o de hecho, funciones de dirección de la misma”. Como se advierte el sobreendeudamiento no es una cuestión de *desbalance*

3.2.3.2. Las *gradaciones* a las que nos referimos a lo largo del presente trabajo, son *gradaciones del mismo fenómeno*. Podríamos hacer un paralelismo con una enfermedad: si estuviera en su momento incipiente, allí el tratamiento es uno; si se hallara en estado avanzado, su tratamiento varía; si ha llegado a un momento definitivo, el tratamiento se profundiza. Pero en ningún caso deja de ser un estadio de la misma enfermedad (95).

En definitiva no se trata de supuestos *ontológicamente distintos*, si usamos los términos de alguna doctrina. Como dijimos, son gradaciones del mismo fenómeno, que es el fenómeno de la impotencia financiera de la empresa respecto de la posibilidad de cumplir con sus obligaciones. Una empresa que inicia un procedimiento sencillo, si ese procedimiento fracasa, pasa al siguiente. Si fueran presupuestos diferentes, para pasar al siguiente proceso tendría que presentarse otro *nuevo presupuesto*. Si por el contrario, cuando pidió la primera medida ya estaba en potencia la insuficiencia patrimonial que podría llevarlo a no cumplir, y ésta se profundizó, se pasa al segundo procedimiento, porque en definitiva no es otra cosa que la *agravación* de la misma situación anterior. Cuando ya no es viable una solución, es que el remedio no se ha encontrado por el recurso a los procedimientos que privilegia la prevención, pero no hay un *nuevo pre-*

aritmético estático; esta solución es lógica porque en los particulares su potencialidad de generar ingresos con su trabajo personal dependiente o autónomo, es un elemento fundamental para la apreciación de su capacidad de afrontar las deudas a su vencimiento, aunque la comparación actual de activo/pasivo se encuentra desbalanceada.

(95) Similar razonamiento puede verse en PELLEGRINO, Giuseppe, “Lo stato de insolvenza”, cit., p. 226 y sigtes., quien dice: “la temporánea dificultad es una manifestación menos grave, un *grado de la insolvenza*; se trata por tanto de verdadera y propia insolvenza que difiere de la definitiva, presupuesto para declaración de la quiebra, porque presenta el carácter de la temporaneidad... El estado de insolvenza es el presupuesto necesario de todos los procesos concursales; en consecuencia se hace lugar a la quiebra cuando la insolvenza ha devenido un fenómeno crónico que no consiente más la recuperación productiva de la empresa... no es posible considerar la temporánea dificultad como un *genus* comprensivo de dos especies de la dificultad pura y simple y la insolvenza temporánea, porque la capacidad de satisfacer las obligaciones asumidas, o existe, y entonces no hay motivo de recurrir a ninguno de los procedimientos concursales, o no existe, y en tal caso el empresario se encuentra en estado de insolvenza”. En las páginas siguientes trata ampliamente esta posición con cita de jurisprudencia y doctrina conformes. En idéntico sentido FRASCAROLI SANTI, Elena, “Insolvenza e crisi delle imprese”, Cedam, Padua, 1999, p. 110 y 134. HAEHL, Jean-Philippe, “Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté”, Librairies techniques, París, 1981, p. 31 y ss; NGUIHE KANTE, Pascal, “Reflexions sur la notion d’entreprises en difficulté dans l’acte uniforme portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif Ohada”, Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif (RRJ), Presses Universitaires d’Aix, Marsella, Francia, 2002-2, p. 1045/1060, que puede verse en www.afrilex.u-bordeaux4.fr/pdf/3doc9kante.pdf.

supuesto, no hay que probar nuevos extremos, simplemente es una derivación de la anterior.

En definitiva, ontologizar cada situación como sustancialmente diferente no nos parece adecuado, lo que no quiere decir que no se puedan admitir distintos procedimientos con presupuestos con adjetivaciones particulares (96). Lo que nos parece es que no pueden crearse una serie de procedimientos distintos como compartimentos estancos con presupuestos sustanciales que difieran en su esencia. Es decir, no se deben agregar “nuevos peldaños” a la escalera. Entonces, crear nuevos procedimientos no debidamente sustentables es como crear nuevos escalones a una solución que en definitiva debiera ser tendencialmente única (97).

Como conclusión derivada de lo dicho, afirmamos que las medidas de prevención pueden ampliarse moderadamente (98), pero tratando de despojarlas de un sentido sancionatorio o persecutorio. Si el deudor es consciente que está entrando en una situación concursal pero pende sobre él la amenaza de sanciones patrimoniales y personales, o la separación de la administración de sus negocios, se encontrará impelido a no usar el remedio legal. Debemos ser mucho más realistas en la solución de estas controversias y en la identificación de sus presupuestos.

(96) GROSSI, María Rosaria, “La riforma della legge fallimentare”, Giuffrè, 2° ed., Milán, 2008, p. 1363 y sigtes. Reforzando lo expresado en el texto, es legítimo y teóricamente sustentable que el legislador califique el acceso a un determinado procedimiento concursal y lo reserve para cierta situación de insuficiencia patrimonial con características que establezca (de forma que si el deudor se encuentra en otro estado financiero más comprometido, deba recurrir a otro procedimiento de mayor profundidad.) Es como si —volviendo a comparaciones médicas— a cada estado de gravedad de una patología correspondiera una cierta terapéutica: es evidente que aplicar el remedio más avanzado a una sintomatología meramente inicial no corresponde, pero tampoco será pertinente utilizar el reservado para condiciones de menor gravedad para una enfermedad avanzada, que requiera no sólo medicamentos más específicos sino —eventualmente— también terapéuticas quirúrgicas.

(97) Lo mismo ocurrió en Italia con la “Administración Controlada”, figura que motivó gran debate y finalmente fue abolida de la legislación. Esta abolición ya era propiciada desde antiguo, véase PELLEGRINO, Giuseppe, op. cit., p. 241. PAPESCHI, Mario, “Il concordato preventivo e l’amministrazione controllata alla prova dei fatti”, Dir. Fallimentare, 1959, I, p. 77. PROVINCIALI, Renzo, “Natura giuridica ed effetti dell’amministrazione controllata”, Dir. Fallimentare, 1958, I, p. 247, con cita de SATTÀ y CANDIAN.

(98) Somos partidarios de procesos de prevención de amplio espectro y alternativas internas flexibles, antes que multiplicar los procesos de prevención con regímenes diferenciados. La composición extrajudicial debería ser mantenida como opción útil, con las regulaciones que al efecto se consideren necesarias.

V. Reflexiones finales

Las realidades del mundo de hoy plantean múltiples desafíos a la legislación concursal y a sus intérpretes.

Este trabajo pretende razonar que hay que *renovar el panorama de los procedimientos de prevención*, y en lo posible imaginar uno más amplio, con alternativas y, en definitiva, *concebir como una unidad conceptual el presupuesto objetivo*, sin perjuicio de las gradaciones que sean necesarias para mejor resolver cada uno de los estadios de gravedad que la situación presenta.

EL DOLO EN LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

INCREMENTOS. LIMITACIONES. ATENUACIONES. COMPENSACIONES

POR JORGE HORACIO ALTERINI (*)

SUMARIO: 1. Escenarios del dolo. — 2. La llamada reparación integral o plena. — 3. La relación causal adecuada. — 4. Incrementos. — 5. Limitaciones. — 6. Atenuaciones. — 7. Compensaciones.

1. Escenarios del dolo

En el marco del derecho civil el dolo adquiere matizaciones distintas según el escenario en el que se hace presente. Así se debe aludir al dolo como vicio de la voluntad, en materia de responsabilidad extracontractual y en la responsabilidad contractual.

El dolo como vicio de la voluntad es caracterizado por el art. 931 del Cód. Civ. en estos términos: “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.

La voluntad viciada por la acción dolosa provoca la nulidad del acto respectivo, en tanto se configuren los requisitos previstos por el art. 932, y el art. 933 menta que: “La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa”.

No me detendré en este aspecto del dolo, pues excede la delimitación temática.

Interesa especialmente ahora el dolo en cuanto a la responsabilidad.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 23 de octubre de 2008.

Tengo criterio formado acerca de la conveniencia de la unificación de los regímenes de las llamadas responsabilidad extracontractual y contractual, pues me pronuncié en ese sentido como miembro de las tres comisiones de reforma integral del Código Civil que tuve el honor de integrar, tanto en la Comisión de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987, cuyo Proyecto sancionado por ambas Cámaras del Congreso de la Nación fue finalmente vetado por el Poder Ejecutivo; también como integrante de la Comisión Federal que redactó el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1993, con media sanción unánime vigente de la Cámara de Diputados de la Nación y en la condición de coautor del Proyecto de Código Civil de 1998, con estado parlamentario.

Pero como la aspiración sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad no fue todavía plasmada, es ineludible hacer tema con el dolo en los dos ámbitos en que se bifurca en el responder civil.

El dolo en la órbita de la responsabilidad extracontractual denota la intención de dañar y es rasgo de la configuración del delito civil, definido por el art. 1072 como: “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro...”.

Existe un fuerte consenso mayoritario que identifica al dolo en la responsabilidad contractual con el incumplimiento deliberado de la obligación por quien está en condiciones para satisfacerla (1).

Con respecto a la mención de la ejecución “maliciosa” en el art. 521, un amplio cortejo de autores, que conforma una mayoría muy dominante, coincide en que la denominada “ejecución maliciosa” implica una inejecución “dolosa” (2), aunque una opinión minoritaria interpreta que malicia no coincide con la noción de dolo antes expuesta.

En el criterio minoritario, Guillermo A. Borda acepta que el dolo se identifica con la intención de no cumplir, pero arguye que la malicia no equivale al dolo, pues: “Malicia es dolo calificado por alguna de las siguientes circunstancias: a) intención de causar un daño, b) indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor, del incumplimiento” (3).

(1) Ver, entre otros, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Perrot, 8a edición actualizada, Bs. As., 1998, T. I, pág. 181, en núm. 146; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge Horacio, “Teoría general de la responsabilidad civil”, quinta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 282, en núms. 775/777; GOLDENBERG, Isidoro H., “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, segunda edición, La Ley, Bs. As., 2000, pág. 80 y autores citados en su nota 212 de págs. 80/81.

(2) Ilustra la nutrida enunciación de la doctrina en ese sentido que vierten Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, en el “Tratado de responsabilidad civil”, La Ley, Bs. As., 2004, T. II, págs. 124 y sigs. Allí citan las opiniones de Atilio Aníbal Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto López Cabana, Roberto H. Brebbia, Jorge Horacio Bustamante Alsina, Pedro N. Cazeaux, Ruben H. Compagnucci de Caso, Roque Garrido, Luis O. Andorno, Jorge Joaquín Llambías, Ramón Daniel Pizarro, Gustavo Vallespinos, Alberto G. Spota, Luis H. Valiente Noailles (h.) y de numerosa jurisprudencia que respalda la concepción triunfante.

(3) Ver “La reforma del Código Civil. Responsabilidad contractual”, El Derecho T. 29, págs. 763 y sigs.; la cita es de págs. 764/765.

El mismo autor reiteró posteriormente que para acreditar la malicia: "... basta con probar la conducta desaprensiva del deudor ante el riesgo muy probable que se cierne sobre el acreedor con motivo del incumplimiento o del deficiente cumplimiento por el deudor..." (4). La opinión de Borda fue aceptada aisladamente y sólo en forma parcial (5).

Para apuntalar la tesis de la identificación de la ejecución maliciosa con la dolosa, se ha dicho que: "...es tan injusto limitar la responsabilidad por consecuencias mediatas sólo al caso de inejecución maliciosa, que esa valoración aconseja una interpretación extensiva del art. 521 para aplicarlo a todos los casos en que, pudiendo hacerlo, el deudor decide no cumplir, cualesquiera sean los móviles subjetivos que lo inspiren. Por sobre la precisión semántica de los conceptos, deben primar la armonía y la justicia de las soluciones, y tampoco es justo favorecer al deudor que no cumple deliberadamente confiriéndole un tratamiento similar al que sólo incurrió en culpa. En conclusión, la malicia debe ser referida al *propósito de no cumplir la obligación, aunque no haya propósito de perjudicar al acreedor*" (6).

Debe reflexionarse acerca de que es más factible que el deudor quede incurso en dolo en el ámbito de la responsabilidad contractual, pues el mero incumplimiento, pese a la posibilidad de cumplir, provoca esa calificación y así se facilitan algunas gravosas derivaciones que analizaré en este aporte.

2. La llamada reparación integral o plena

Es lugar común señalar que el principio de la reparación integral o plena se infiere de distintas previsiones del Código Civil, como las de los arts. 1068, 1069, 1077, 1079, 1082 y 1109.

No obstante el énfasis con que se afirma la denominada reparación integral, se ha procurado morigerar el impacto de la aserción, pues se dice que: "... sería un grave error entender este principio de modo que él obligue al responsable a reparar todo

(4) "Tratado de derecho civil. Obligaciones", T. I, Perrot, Bs. As., 1998, pág. 136, en núms. 143/145.

(5) Se lee en MOSSET ITURRASPE, Jorge: "Compartimos la línea de pensamiento que ve en la malicia una especie de dolo, calificado por el designio o la intención perversa —que era, por otra parte, la noción de dolo para el primer período de la teoría de la voluntad— pero ello nos conduce a rechazar la interpretación propuesta por Borda. Si bien la 'intención de causar un daño' importa malicia, no ocurre lo mismo con la 'indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor del incumplimiento'; esta indiferencia no constituye malicia, al menos para la opinión dominante. La indiferencia, como situación subjetiva real ante la posibilidad del resultado caracteriza al dolo eventual; Soler alude a la 'egoísta indiferencia'; Nuñez a la 'sola indiferencia' o 'indiferencia con fines egoístas o malvados' y Jiménez de Asúa, al considerar las 'teorías del sentimiento', con motivo del dolo eventual, menciona la 'tesis del indiferentismo' " ("Responsabilidad por daños. Parte general", Ediar, Bs. As., 1971, T. I, pág. 100).

(6) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Hammurabi, Vol. 4, Bs. As., 1999, págs. 367/368.

el daño que ha causado *materialmente* con su acto. No se trata de la causalidad material sino, como es obvio, solamente de la jurídica (...) el daño imputable al autor de un acto ilícito (...) es solamente el que se halla en conexión causal *adecuada* con ese acto, o sea, las consecuencias normales y, por tanto, previsibles de su acto. Las demás no se imputan al responsable, aunque también respecto de ellas deba el acto considerarse una condición *sine qua non*: pero por su anormalidad la ley las considera simplemente causales o fortuitas (...) la plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material, sino, como es lógico, *jurídica*, es decir, siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general, para la responsabilidad en el derecho” (7).

Aunque reflexiones como las transcritas disminuyen la resonancia de una proclama tan optimista como la de la supuesta reparación integral del daño, lo cierto es que más allá de los tecnicismos jurídicos, la calificada como reparación plena está lejos de ajustarse a su significado ordinario, o sea que todos los daños son resarcidos.

Quiere decir, que la proclama de la reparación integral en su pretendido sentido técnico, no armoniza con el mensaje que decodifican todos aquellos que fuera de los cenáculos especializados se dejan impresionar por imágenes expresivas que se alejan de la realidad, al recibir formulaciones jurídicas simbólicas que no se corresponden con el sentido que les adjudica el receptor habitual, que es el hombre común.

3. La relación causal adecuada

Ya recordé que la mentada reparación integral carece de la amplitud que conduce a pensar una aproximación despojada de la equivocidad de la utilización de los vocablos con pretensiones técnicas, y como tal alejada y hasta reñida con el decir corriente.

De todas las “consecuencias posibles de los hechos”, con palabras del art. 902 “in fine” del Cód. Civ., sólo se responde en principio de una proporción de ellos, los que tienen “nexo adecuado de causalidad”, es decir, de los que se hallen en relación causal adecuada, paradigma del responder civil.

Y para apreciar la causación adecuada la regla la vierte la primera parte del art. 909 del Cód. Civ., al establecer que: “Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada...” , pues se atienen al módulo del hombre normal medio.

Con esos marcos referenciales se trazan la responsabilidad extracontractual y la contractual.

En el ámbito extracontractual se responde ante todo por las consecuencias inmediatas, que el art. 901 del Cód. Civ. define como: “las consecuencias de un hecho que

(7) ORGAZ, Alfredo, “Nuevos estudios de derecho civil”, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1954, págs. 144/145.

acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”. Tal responder lo impone el art. 903: “Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos”.

Acerca de las consecuencias mediatas, el art. 901 expresa que son: “Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto...”.

Para la responsabilidad por las consecuencias mediatas es suficiente la mera culpa, pues a tenor del art. 904 “in fine” son imputables al autor del hecho “cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”. Es obvio, que si la simple culpa compromete al autor por las consecuencias mediatas, con mayor razón todavía lo será de mediar dolo, y es así que la misma norma en su proposición inicial lo responsabiliza “cuando las hubiere previsto”.

Sin duda hubiera bastado la referencia a la matización de la culpa, pues con tal punto de partida nadie dudaría que la responsabilidad también se haría presente con la máxima subjetividad del dolo, por ello es objetable la redacción del art. 904 que hasta comienza con la imputación por dolo y recién hacia el final apunta a la conducta culposa.

Con pensamiento diáfano aprecia Orgaz que: “... también la consecuencia mediata es en dicho art. 901 una consecuencia *adecuada* o normal, porque también ella —como previsible— es la que regularmente sucede de acuerdo con el orden natural y ordinario de las cosas: la normalidad es común a las consecuencias inmediatas y a las mediatas —por oposición a las casuales— y en lo único en que aquéllas difieren es en la mayor o menor intermediación con respecto al acto, es decir, según que hayan derivado directamente de éste o sólo por la interposición de un acontecimiento distinto” (8).

Con óptica semejante, se dice: “A fin de establecer la previsibilidad de un suceso, es menester acudir a la directiva que brinda la parte primera del art. 901 al caracterizar las consecuencias inmediatas, ya que sólo es previsible lo que 'acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas'. Por lo tanto, aunque el enlace del hecho con otro acontecimiento, condición determinante del efecto, es una circunstancia contingente, no por ello deja de ser previsible, ya que esa derivación constituye una consecuencia posible” (9).

En cuanto a la responsabilidad contractual, los lineamientos básicos surgen de los arts. 520 y 521 del Cód. Civ.

El art. 520 regula el incumplimiento culposo y establece que: “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”.

(8) ORGAZ, “El daño resarcible”, 2ª edición, ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1960, en nota 39 de pág. 83.

(9) GOLDENBERG, op. cit., pág. 55.

Con su habitual claridad, Llambías explica el sentido de la compartible corriente interpretativa que sigue acerca de los alcances de la expresión “necesaria”: “...la consecuencia es necesaria cuando el hecho que la origina no es por sí indiferente en la producción de ese resultado: no es algo contingente, que puede ser o no ser, sino que acontecido el incumplimiento del deudor, se habrá de seguir, verosímilmente, aquella consecuencia. Y aplicando este concepto al daño concreto que se estuviera analizando, se estimará como consecuencia necesaria del incumplimiento del deudor cuando reconozca en ese hecho su causa adecuada, sin que aparezca como el resultado de algún factor eventual. En suma, el concepto de consecuencia necesaria no ha de entenderse aisladamente, sino justamente con el de consecuencia inmediata, tal como está en el art. 520. Según ello, *el deudor responde por el daño que reconoce precisamente en el incumplimiento obrado por él su causa adecuada* (consecuencia necesaria), *según el curso natural y ordinario de las cosas* (y por ello se trata de una consecuencia inmediata)” (10).

A diferencia del caso de la responsabilidad extracontractual, donde para la imputación de las consecuencias mediatas es indistinto el obrar simplemente culpable o doloso, en la responsabilidad contractual el principio es que sólo quien incurra en dolo es responsable de las consecuencias mediatas de su obrar, que como ya lo advertí es presentado con la fórmula de la “inejecución maliciosa”.

Efectivamente, a tenor del art. 521: “Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas”. Se asiste de tal modo a una *previsión general del incremento de la responsabilidad por dolo*, al que se le suman otros incrementos en supuestos diversos y entre ellos algunos que involucran al doloso, que trataré a continuación.

4. Incrementos

a) Actos involuntarios

En materia de incrementos de responsabilidad, un supuesto significativo es el del art. 907 del Cód. Civ., pues involucra a “hechos involuntarios”, o sea a los que carecen de alguno de los requisitos del acto voluntario: el discernimiento, la intención y la libertad (art. 897 del Cód. Civ.), pues se excepciona la pauta genérica contenida en el art. 900, que postula que: “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna”.

El art. 907, ya en su redacción originaria, que subsiste como primer párrafo del texto, previó para los actos involuntarios que su autor responda en la medida de su enriquecimiento: “Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido”. Esta solución no sorprende, pues es razonable que incluso el autor involuntario deba indemnizar el enriquecimiento experimentado.

(10) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Bs. As., 1968, págs. 468/469.

El impacto legislativo fue producido por el segundo párrafo del art. 907, introducido por la ley 17.711, que reza: “Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

La postura legislativa es encomiable desde el punto de vista axiológico, pues la explican “razones de equidad”, que llevan a un resarcimiento por el acto involuntario, para el que debe ponderarse tanto “la importancia del patrimonio del autor del hecho”, como “la situación personal de la víctima”. Pero que el resultado sea valioso, no oscurece la circunstancia singular de que se responsabiliza a un autor carente de voluntad jurídicamente relevante.

b) Condiciones y confianza especiales

Un tabulador general para regular los incrementos de la indemnización lo conforma el art. 902 del Cód. Civ., que prevé un plus de responsabilidad en atención a las aptitudes especiales o a la naturaleza de las funciones del autor del hecho, que justifican que se prescindan del módulo del hombre normal medio y se acentúe su responder: “Cuando 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”.

Igualmente el art. 909 antes invocado, que en su primer párrafo enfatiza en la comparación con el proceder del hombre promedio, por excepción se abstrae en su apartado segundo de tal conducta para la responsabilidad contractual, pues mantiene esa dirección, “... a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes”.

Desde hace mucho tiempo he hecho mérito de la fecundidad de la norma del art. 909, por ejemplo, para inferir del propio derecho de fondo la obligación del escribano de realizar estudios de títulos (11). Es indiscutible que la relación trabada por el escribano con las distintas partes del acto que autoriza, es un caso típico que encaja entre “los contratos que suponen una confianza especial entre las partes” (12) y por ello es necesario apreciar su responsabilidad con ajuste a la “condición especial” de ese agente. Esa “confianza especial” explica que la responsabilidad contractual le imponga al notario realizar el estudio de títulos, pues de otro modo no satisfaría adecuadamente la especial confianza que se deposita en él, como garante de la legalidad y artífice de la seguridad jurídica (13).

(11) ALTERINI, Jorge Horacio, “Importancia del estudio de títulos, Gaceta del Notariado, Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 88 de 1982.

(12) Se lee en Goldenberg: “La esencia de determinadas figuradas jurídicas delineadas en el Código anida precisamente en esa confianza especial entre las partes. Ciertas obligaciones derivadas del mandato, la sociedad y el depósito, entre otras, dan cuenta de la amplia vigencia de la segunda parte del art. 909, que rige también todas aquellas situaciones en que la persona ha sido elegida al contratar por su profesión, arte o cualidades especiales” —el subrayado no aparece en el texto transcrito— (op. cit., pág. 76).

(13) Si se enmarca la realización del estudio de títulos como una proyección de la responsabilidad contractual del escribano, se simplifica la justificación de la posibilidad de que el notario sea liberado de

c) Imputación de consecuencias casuales. Regla y excepciones

El principio aplicable con respecto a las consecuencias casuales es la irresponsabilidad del autor por ellas.

Las consecuencias casuales son presentadas por el art. 901 “in fine” como “consecuencias mediatas que no pueden preverse” y por tanto no imputables al autor, de allí que el art. 905 fije como regla que: “Las consecuencias casuales no son imputables al autor del hecho...”.

Pero la no imputabilidad reconoce una excepción que la doctrina invoca habitualmente, pues el autor responde por las consecuencias casuales, “cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”.

Se ha llegado a decir que en este supuesto en realidad la consecuencia imputada es mediata, pues si bien era objetivamente imprevisible por el hombre común, fue efectivamente prevista (14).

Orgaz, que apunta que alguna vez adhirió a esa opinión, la rectificó por las siguientes razones: “Como la distinción de las consecuencias, o sea el juicio de probabilidad, se hace en abstracto y no en concreto, ellas se definen por lo que era o no previsible, en general, y no por lo que previó o dejó de prever el agente en particular. La previsión concreta de las consecuencias causales —o el hecho de haberlas tenido en miras el agente— no quita que tales consecuencias sean casuales, si no eran, en general, las que debían resultar del curso natural y ordinario de las cosas; como la imprevisión también concreta del agente no impide que sean 'mediatas' las consecuencias que podían preverse, en general, 'empleando la debida atención y conocimiento de la cosa' (art. 904)” (15).

Goldenberg precisa con acierto que “... no es posible desvincular el segundo pasaje del art. 905 del postulado que informa el actual art. 906 (nexo causal adecua-

efectuar ese estudio por el legitimado al efecto. Tal dispensa supone la previa prevención por el profesional al interesado de las consecuencias de la omisión de esa buena técnica notarial, a la manera de la información cierta, objetiva, veraz, detallada y suficiente referida por el art. 4° de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125). La opción del legitimado por la dispensa, concuerda con la mecánica de la “expresa exoneración por los interesados” de la correspondiente registración, que prevé el art. 29 inciso i) “in fine” de la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 404.

(14) SALVAT, Raymndo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, actualizado por José María López Olaciregui, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1960, T. II, pág. 209, en núm. 1608.

(15) “Nuevos estudios...” cit., en nota 37 “in fine”, pág. 82. Bustamante Alsina, coincide que en este criterio: “Nosotros creemos que no por ser prevista en concreto y subjetivamente una consecuencia casual deja por ello de serlo. Considerada objetivamente y en abstracto, como debe ser, esa consecuencia será siempre casual. Se trataría de una consecuencia prevista pero no previsible”, (op. cit., pág. 248 en núm. 673 “in fine”). El propio anotador del Tratado de Salvat cit., López Olaciregui, no lo siguió en este aspecto: “La imputación legal se hace más amplia para castigar la mala intención: se responde del daño casual que se previó como posible. Hay en esto un afinamiento en el sentido de justicia en el castigo de la intención dolosa” (pág. 211, en núm. 1608-B).

do). En tal sentido, no basta para responsabilizar al agente haber 'tenido en mira' un resultado específico, sino que la acción llevada a cabo por él tuvo que ser *idónea* para producirlo” y vierte como ejemplo correcto el siguiente: “... si alguien, sabiendo la deficiencia cardíaca que padece una persona, produjera deliberadamente en ella un agudo sobresalto o una fuerte impresión, con un resultado letal” (16).

Se asiste a cierto silencio en la doctrina, en cambio, ante otras muy claras excepciones que ofrece la correlación de la cuestión con la temática del caso fortuito.

No se olvide que las consecuencias casuales son las fortuitas, de donde si se responde por el caso fortuito, se estarán afrontando consecuencias casuales, más allá de la supuesta expansión de la regla de irresponsabilidad sentada por el art. 905 “in principium”.

Una hipótesis que debe destacarse especialmente es la de la responsabilidad del deudor por el caso fortuito en las obligaciones de género o de dar cantidades de cosas.

El art. 604 del Cód. Civ. preceptúa que: “Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito”. La doctrina concuerda en que a las obligaciones de dar cantidades de cosas, antes de su individualización (ver art. 609), se les aplica la previsión del art. 604 sobre obligaciones de género, lo que excluye la alternativa de invocar la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito, porque el género y la cantidad nunca perecen —*genus et quantitas nunquam perit*— (17).

El art. 513 del Cód. Civ. establece en su parte inicial como pauta básica la irresponsabilidad por caso fortuito: “El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor...”.

No obstante, la mentada irresponsabilidad frente al “casus” reconoce en el mismo art. 513 distintas excepciones: “... a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias de caso fortuito, o éste hubiera ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor”.

Es de fácil comprensión la hipótesis de que el deudor hubiera asumido las consecuencias del caso fortuito, pues se sometió a sus derivaciones por su voluntad y debe observar el compromiso.

(16) Op. cit., págs. 85/86.

(17) Ver, entre otros muchos, ALTERINI, Atilio Aníbal y ALTERINI, Jorge Horacio, “Obligaciones de dar cosas inciertas”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XX, págs. 749 y sigs., en pág. 751; LLAMBIAS, “Tratado cit”, Perrot, T. II-A, 3ª edición, Bs. As., págs. 158 —núm. 875— y 145/146 —núm. 861—; BORDA, Guillermo A., “Tratado cit.”, pág. 321 —núm. 456—; ALTERINI, Atilio Aníbal, ÁMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, págs. 448 —núm. 1065— y 446 —núm. 1056—; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Curso de obligaciones”, Zavallía, Bs. As., 2004, T. 1, págs. 247/248).

Otra alternativa prevista en el art. 513 es que el caso fortuito hubiera ocurrido por culpa del deudor.

La culpabilidad del deudor en la concreción del “casus” tiene distintos corolarios en el régimen del Código Civil.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, determinadas conductas culposas ponen el caso fortuito a cargo del deudor. Así, el art. 789 del Cód. Civ. obliga a quien recibió una cosa en pago de mala fe a indemnizar por la destrucción o deterioro de ella originados por caso fortuito. En virtud del art. 2435 el poseedor de mala fe debe afrontar las consecuencias del caso fortuito; también debe hacerlo por aplicación del art. 3426 el poseedor de mala fe de una herencia.

En el marco de la responsabilidad contractual responden por caso fortuito tanto el depositario culposo (art. 2203), como el comodatario que ha incurrido en culpa o uso indebido de la cosa (art. 2269), o el gestor imprudente o negligente (art. 2294).

De todos modos, quien en principio debe responder del caso fortuito por haber estado incurrido en culpa, no debe asumirlo si el “casus” se hubiera producido igualmente estando la cosa en poder del propietario o del acreedor; en esa línea de ideas se ubican para la responsabilidad extracontractual los arts. 789, 2435 y 3426 y en la contractual el art. 2295.

En determinados supuestos la ley impide la posibilidad de invocar que el caso fortuito igualmente hubiera afectado al propietario, si su actuar fue teñido por el dolo. El art. 2436 es explícito en ese sentido para el poseedor vicioso, pues dice: “Si la posesión fuese viciosa, pagará la destrucción o deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado...”. Similar comprensión le corresponde al art. 1091 frente al autor del delito de hurto civil: “Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor”.

En verdad, el art. 892 del Cód. Civ., enfrentado con el caso fortuito generalizado, introduce una solución más abarcativa, pero que si se interpretara de manera literal no abrazaría a todo deudor culpable sino sólo al moroso. Dice: “El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños e intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor”.

Que la culpa del deudor desate el caso fortuito y responda por él quien procedió culposamente es significativo, pero implica nada más que una secuencia del obrar culpable, por lo cual las consecuencias fortuitas son imputables al obligado sin violentar el módulo de la relación causal adecuada. Con ese miraje razona Llam-bías: “No se trata, en verdad, sino de una excepción impropia al principio de irresponsabilidad por caso fortuito. Porque si el hecho que se alega como eximente, proviene de la culpa del deudor, no es un caso fortuito, puesto que éste, por definición, ha de ser un hecho ajeno al obligado” (18).

(18) “Tratado...” cit., T. I., quinta edición actualizada, Editorial Perrot, Bs. As., 1994, pág. 254, en núm. 212.

Mucho más trascendente para la temática de los incrementos de la indemnización es la *imputación del caso fortuito al deudor incurso en mora*.

El art. 513 en su disposición final preceptúa que el deudor responde por el caso fortuito si ocurriera cuando el “hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor”.

El “casus” se produce en ocasión de la morosidad, pero no es provocado por ella, claro está que si la mora hubiese sido generada por un caso fortuito, el moroso no debería correr con las consecuencias del “casus” operado durante su mora.

El arriba citado art. 892, de ineludible aplicación ante la mora, predica la posibilidad para el moroso de eludir las consecuencias del caso fortuito si ellas también se hubieran producido de estar la cosa en poder del acreedor.

Semejante imputación de consecuencias casuales prevé el art. 1198 del Cód. Civ. al regular la imprevisión contractual, ante la excesiva onerosidad provocada por “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”, pues el perjudicado no puede invocarla si “hubiese obrado con culpa o estuviere en mora”. Tampoco aquí la imputación para el obrar culposo excede la relación causal adecuada, mientras que la descarga contra el contratante moroso perjudicado por la imprevisión de los “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”, hace pesar sobre él la responsabilidad por consecuencias casuales.

Que el deudor de una obligación de género o de cantidades sea responsabilizado por el caso fortuito y que como regla se le endilguen al deudor en mora las implicancias del caso fortuito y de la imprevisión, demuestra que la responsabilidad por consecuencias casuales es desde el punto de vista cuantitativo substancialmente mayor que la supuesta solitaria excepción del art. 905 del Cód. Civ., allí limitada a las derivaciones fortuitas que debieron resultar según las miras del autor del hecho. Hasta excepcionalmente se acepta la responsabilidad del doloso por consecuencias carentes de toda relación de causalidad con el hecho (así, arts. 1091 y 2436).

d) Otros supuestos de incremento de responsabilidad

Aparte de los supuestos mencionados de incremento de la responsabilidad, existen otros más específicos a los que aludiré.

El art. 622 afirma que: “El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación...”, lo que supone presumir el perjuicio y su relación causal con el incumplimiento, cuando acaso el perjuicio pudo no haber existido o ser de menor entidad que la reflejada en los intereses, por lo que se patentiza el incremento de responsabilidad. Volveré sobre la cuestión al ocuparme de las “limitaciones”.

Otro agravamiento de responsabilidad es el que surge del párrafo final del mismo art. 622, incorporado por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), en lo atinente a los denominados intereses sancionatorios, para castigar la conducta procesal maliciosa: “Si las leyes de procedimiento no previeren sanciones para el caso de inconducta

procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, los jueces podrán imponer como sanción la obligación accesoria de pago de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios”.

En cuanto a la cláusula penal, el art. 656 así como establece que para hacerla efectiva el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, paralelamente postula como principio que el deudor no “podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”, o sea que aun sin daños o con perjuicios menores, el deudor debe satisfacer el monto de la cláusula penal. Retomaré otros perfiles de esta temática en el apartado “limitaciones”.

Otro supuesto de incremento de las imposiciones a cargo del autor del ilícito, surge del juego de las sanciones conminatorias, que pueden adicionarse a los daños resarcibles. El art. 666 bis del Cód. Civ. expresa que: “Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial”. El segundo apartado del art. 666 bis precisa que: “las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

Cualquiera sea la adhesión que despierte el instituto de los llamados daños punitivos, es una resonancia característica de ellos el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor 24.240, incorporado por la ley 26.361, que puntualiza: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancias del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta ley” (19).

5. Limitaciones

El art. 622 del Cód. Civ., que por un lado, como vimos, importa presumir el perjuicio y la relación causal a través de los intereses, por el otro establece un límite para la reparación, pues en principio la ciñe a aquéllos.

Persuade que de mediar dolo del deudor los daños pueden sobrepasar el monto de los intereses, pues no puede eludirse la vigencia de los arts. 506 y 507 del Cód. Civ. Según el art. 506: “El deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación”, y para robustecer la pauta se prevé que no puede convenirse lo contrario, como establecer que el monto de los intereses es un vallado insuperable, dado que por el art. 507: “El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”.

(19) En el art. 47 inciso b) se fija como monto máximo la suma de \$5.000.000.

Para una corriente doctrinaria el resarcimiento de los daños también puede exceder los intereses aunque el deudor sea meramente culpable (20).

Otra limitación es la contenida en el art. 655, que luego de afirmar que la cláusula penal “entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses”, señala que: “... el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente”.

La doctrina prácticamente de manera unánime predica que de mediar dolo el monto de la cláusula penal no opera como límite máximo de la indemnización debida (21). A pesar de la generalidad indicada, en minoría se niega que pese al dolo pueda excederse la cláusula penal (22).

Otra cortapisa para la indemnización resulta de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, pero también aquí ese límite puede ser sobrepasado ante el dolo del deudor, lo que acepta hasta la opinión minoritaria, que descarta la incidencia del dolo en la cláusula penal (23).

La orientación es similar desde antaño en la doctrina comparada, valga como ejemplo, el criterio de los hermanos Mazeaud y de Tunc, quienes proclaman que: “El deudor no puede quedar obligado por encima del máximo señalado, aun cuando el acreedor probara la culpa de aquél; únicamente la culpa dolosa o grave demostrada comprometería la responsabilidad, porque no puede ser amparada nunca por la convención”. Insistiendo luego que las cláusulas limitativas de la responsabilidad son inaplicables en el caso de “prueba de un dolo o de una culpa lata” (24). La identificación del dolo con la culpa grave o lata, obedece a la recepción del conocido principio del derecho romano, recogido por Paulo, que postula que la culpa grande es dolo (*magna culpa dolo est*) (25).

La aprensión que generan las cláusulas limitativas de responsabilidad, que determina su incompatibilidad con el dolo del deudor, se ha explicado porque: “Las

(20) Me ocupé de estas cuestiones, ya en mi voto como Juez de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el fallo plenario del 7 de septiembre de 1977, en los autos “La Amistad S.R.L. c. Iriarte, Roberto C.”, LA LEY, 1977-D, 1 y El Derecho T. 74, pág. 463, en los Considerandos VI y XI.

(21) Ver KEMMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La cláusula penal”, ed. Depalma, Bs. As., 1981, págs. 140 y sigs., en núm. 104.

(22) MOSSET DE ITURRASPE, Jorge, “La cláusula penal”, Revista del Notariado N° 755—septiembre—octubre de 1977—, Bs. As., págs. 1219 y sigs.; en pág. 1247.

(23) Op. y loc. cit. en nota anterior.

(24) MAZEAUD, Henri y LÉON y TUNC, André, “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1963, tomo Tercero, Volumen II, las citas transcritas son de págs. 114 (núm. 2592) y 118/119 (núm. 2597).

(25) Cuerpo del Derecho Civil romano, a doble texto, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, traducido del castellano al latino por Ildelfonso L. García del Corral, Primera Parte Digesto, Tomo III, Barcelona, 1897, Título XVI, 226, pág. 940.

cláusulas en análisis son una puerta abierta a la mala fe, al comportamiento descuidado e imprevisor, al aprovechamiento, la negligencia y la imprudencia” (26).

Es prácticamente pacífica la tesis de que de mediar dolo, no es aplicable el tope de la cláusula penal y la concordancia de los autores es aun mayor ante las cláusulas limitativas de responsabilidad, pues en ellas de existir dolo no rige la barrera del límite de responsabilidad pactado. Sostener lo contrario importaría una suerte de dispensa del dolo, que enérgicamente repudia el art. 507 del Cód. Civ.

A los casos de limitación de responsabilidad enunciados, deben agregarse otros contemplados por legislación especial, entre ellos los propios del régimen de riesgos del trabajo de la ley 24.557, o los regulados por el Código Aeronáutico —Ley 17.285— o la Ley de Navegación 20.094 (Adla, LV-E, 5865; XXVII-A, 326; XXXIII-A, 170).

Es importante puntualizar que en esos supuestos nuevamente el dolo borra el tope de la indemnización. Para los riesgos del trabajo regulados por la ley 24.557, el art. 39 inciso 1 de ese Ordenamiento establece que: “Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción derivada del artículo 1072 del Cód. Civil”. Según el inciso 2 de ese artículo: “En este caso”, o sea en el caso de delito civil del art. 1072, donde frente a la intención dañosa es indiscutible el dolo, “...el damnificado o sus derechohabientes podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios de acuerdo a las normas del Código Civil”.

Debe recordarse que el descarte de la vía de la responsabilidad civil por el art. 39 inciso 1 de la ley 24.557, provocó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara la inconstitucionalidad de ese precepto, a partir del fallo pronunciado el 21 de septiembre de 2004 en los autos “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.” (27).

El Código Aeronáutico en sus artículos 162 y 166 excluye las limitaciones de mediar dolo, e igualmente el art. 278 de la ley 20.094 indica que: “El transportador no podrá prevalerse de la limitación de responsabilidad si se prueba que el daño resultó de un acto o de una omisión de aquél realizado con la intención de provocarlo, o bien temerariamente y con conciencia de la probabilidad de producirlo”.

6. Atenuaciones

En ocasiones el Legislador o la interpretación jurisprudencial, lejos de ocuparse de incrementar la indemnización, o al menos de limitarla, directamente se pronuncian en favor de atenuar el grado de la responsabilidad basal que rigen otros preceptos.

Dije que los intereses obran como una preestimación del daño, pues se supone que tendrá esa entidad, si bien el límite de la imposición prevista puede ser excedi-

(26) MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por daños”, Ed. Ediar, Bs. As., 1980, T. III, pág. 170, en núm. 40, letra E.

(27) Fallos 327:3753 (LA LEY, Sup. Especial, setiembre/2004, p. 39).

do, sin duda al menos de mediar dolo. Pero los intereses pueden ser reducidos y de esa alternativa ha hecho múltiples aplicaciones la jurisprudencia, por entender que si son excesivos se afectan la moral y las buenas costumbres (28).

En lo que atañe a la atenuación de la cláusula penal existe norma expresa en el segundo apartado del art. 656, agregado por la ley 17.711, según la cual los jueces podrán: "...reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

He defendido el criterio que para reducir el monto de la cláusula penal no se siente atado por los requisitos a los que alude el art. 656 "in fine", sino que la admite si por su carácter desproporcionado violenta la moral y las buenas costumbres. Es que si a la luz del art. 653 del Cód. Civ. el objeto de la cláusula penal debe ser una prestación "que pueda ser objeto de las obligaciones" y el objeto de los actos jurídicos debe ser lícito (art. 953), es más valioso desde las perspectivas legal y finalista una postura elástica respecto de la reducción de la cláusula penal irrazonable (29).

Tengo como propias las conclusiones de Federico D. Quinteros sobre que: "... el magistrado debe valorar, dentro de las estructuras dadas, que limitan su arbitrio, no sólo el principio moral de que se nutre la fuerza obligatoria, que la norma imputa a toda convención, sino también la moralidad de las prestaciones a que las partes se obligaron. Prescindir de esta última valoración, en homenaje al principio ético-jurídico de cumplir con la palabra empeñada, significaría, frente a prestaciones inmorales, el sacrificio de la moral y del derecho mismo, en nombre de uno de sus principios: "*pacta sunt servanda*", pues no hay que olvidar que el contrato, además de ser un instrumento perfecto de cambio, de relaciones económicas y sociales, debe ser, a la par, instrumento de perfeccionamiento moral..." (30).

Otra morigeración de la indemnización aparece en el segundo apartado del art. 1069 del Cód. Civ., que introdujo la ley 17.711, con este alcance: "Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

Aunque reconozco que la cuestión es polémica, desde antaño no he dudado que el art. 1069 no debe ser confinado en la responsabilidad extracontractual, pues se

(28) Ver CIFUENTES, Santos, "Negocio jurídico", Astrea, Bs. As., 1986, pág. 170.

(29) Expuse el estado de la cuestión en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil de 1978, en mi carácter de Coordinador del Tema III: "Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento", donde me definí por la tesis amplia, adoptada en ese simposio por la opinión ampliamente mayoritaria (ver CAZEAUX, BREBBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI, "Temas de derecho Civil", Editorial Universidad, Bs. As., 1980, págs. 142 y sigs.

(30) "La moral y el contrato", en Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille" cit., págs. 619 y sigs, concretamente págs. 637/638.

presenta como un verdadero principio con fuerza expansiva que impera también en el responder contractual, al menos aplicándolo analógicamente (31).

Antecedentes de lineamientos paralelos en el Cód. Civ. en su redacción originaria, se visualizan en los arts. 799 y 800 al estructurar el beneficio de competencia, que con sujeción al primero de esos textos: "... es el que se concede a ciertos deudores, para no obligárseles a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna".

Otra expresión moderadora de la indemnización es la del art. 2056, para las deudas resultantes de juegos permitidos, que dice: "Los jueces podrán moderar las deudas que provengan de los juegos permitidos por el artículo anterior, cuando ellas sean extraordinarias respecto a la fortuna de los deudores".

No obstante que sólo el art. 1069 alude literalmente al fin "equitativo", el mismo espíritu es el que recrean los arts. 799 y 2056.

La consideración especial del dolo en la indemnización reaparece una vez más en el 1069, cuando excluye la solución de equidad frente a su configuración, pues la facultad de los jueces de atenuar la indemnización no será aplicable: "... si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

La reducción equitativa de la indemnización tiene una nueva manifestación en el art. 1638, con la redacción que le imprimió la ley 17.711, al regular la indemnización correspondiente ante el desistimiento del dueño en el contrato de locación de obra.

En su primer párrafo el art. 1638 expresa: "El dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato". En su segundo párrafo el precepto se hace cargo de la posibilidad de que con las pautas indicadas la indemnización pueda ser exagerada, mediante la siguiente matización: "Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia".

7. Compensaciones

La voz compensación tiene en el Derecho una comprensión habitual que la conecta con la causal de extinción de las obligaciones (art. 724, inc. 3°) legislada por los arts. 818 y sigs. del Cód. Civ.

En esta oportunidad haré tema con la comúnmente conocida como "compensatio lucri cum damno", es decir la compensación del lucro con el daño, que prefiero

(31) Me refiero a mi voto como Juez de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 21 de febrero de 1979, en la causa "Gallo, José R. y otra c. Asociación Civil Santísima Cruz", El Derecho, T. 82, pág. 471. Ver también, la razonada convicción que muestra en ese mismo sentido ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, en "Código Civil", dirección Alberto J. Bueres, coordinación Elena Highton de Nolasco, Editorial Hammurabi, T. 3 A, Bs. As., 1999, pág. 107, en comentario al art. 1069.

designar como compensación del daño con el lucro, pues si bien se trata de dos facetas de la misma cuestión, creo que prima la visión del instituto enraizada desde el Derecho de Daños, como expresión de la responsabilidad civil. Más que disfumar un pretendido lucro, se pretende medir la verdadera extensión de la indemnización a través de la apreciación del daño neto, o sea del subsistente luego de detraer de los perjuicios sufridos por la víctima del hecho (daño bruto) la proporción equivalente a los lucros o beneficios que experimentó paralelamente (32).

No debe ponerse en tela de juicio la correspondencia de la figura con el significado semántico del vocablo compensación. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de la palabra compensar es: "Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra", significado con el que armoniza la "compensación del daño con el lucro", tanto es así que en la misma fuente idiomática la segunda y tercera de las tres ejemplificaciones de la utilización de la voz "compensar", son las siguientes: "Compensar (...) las pérdidas con las ganancias; los males con los bienes".

La jurisprudencia ha acudido a la compensación reiteradamente en supuestos varios, tanto para la responsabilidad extracontractual como para la contractual, algunos de ellos muy conocidos, que contaron con mi voto afirmativo como Juez de Cámara.

La doctrina judicial invocó la compensación para limitar la indemnización por la privación del uso de un automotor, generalmente como consecuencia de la necesidad de reparar los daños provocados por un accidente de tránsito, pero también en otros casos como el de su robo o hurto, pues consideró que ese daño quedó compensado con la inexistencia en el lapso de la privación, de gastos por combustibles, lubricantes del vehículo, estacionamientos, por la disminución del desgaste de los neumáticos o de otros elementos, etc.

Los fallos también se valieron de la "compensatio" en períodos en que se incrementó significativamente el curso de la inflación, con alteraciones económico-sociales que desataron significativas depreciaciones de la moneda. En los juicios por escrituración promovidos por los adquirentes, se rechazó la procedencia de los daños invocados por ellos dado el impedimento para la utilización oportuna del inmueble ante la mora de la "vendedora", concretamente por frustración del cobro de su valor locativo, etc., con fundamento en que esos daños habían sido compensados por el pago del precio de la compra con moneda envilecida.

Algún interesante fallo resolvió con la misma apoyatura la hipótesis de la morosidad del comprador de acciones en pagar el precio por la operación, pues interpretó

(32) Acierta con esa designación TALE, Camilo, "La regla 'compensatio damni cum lucro' en la responsabilidad civil, otros supuestos de daño no subsistente (total o parcialmente) y los casos de reparación con saldo beneficioso para la víctima", Revista de Derecho de Daños 2006-2, Eximentes de responsabilidad-II, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2006, págs. 287 y sigs. No obstante esa compartible denominación, no es recomendable el uso indistinto con la tradicional, por la mayor precisión de la propuesta, ambivalencia en la que incurre dicho autor en distintas oportunidades (así, en págs. 292, 293, 297, 299, 303, 304, 308, 311, 317, 326, 331, 340, 347, 348, 357, 359, 365, 367, 371, 374, 375).

que era improcedente el reclamo de daños por el vendedor, ya que debían entenderse compensados por el cobro de los dividendos de las acciones que aquél pudo ingresar a su patrimonio porque esos títulos permanecieron en su poder por la tardanza del comprador (33).

La compensación puede implicar que el daño neto se reduzca y hasta que desaparezca, pero atinadamente se niega que la víctima del daño deba indemnizar al autor en el caso de que el lucro haya resultado superior al perjuicio. Se ha planteado esa hipótesis de este modo: “Pensemos por un momento en el inusual pero posible hecho de que por virtud del incumplimiento de la obligación las ventajas percibidas por el acreedor rebasen los perjuicios que se le han irrogado (...) podría llegarse a la extraña conclusión de que el acreedor quedase obligado a devolver en el caso de que las ventajas superasen a los perjuicios. Ahora bien, ¿quién sería titular de ese supuesto derecho a la devolución? El deudor incumpliente desde luego que no, porque ello conduciría a la paradoja de que la persona que violentando la obligación resultase beneficiada por su acción; los terceros tampoco, ya que los mismos no tienen por qué incorporarse a un proceso jurídico que está circunscrito a las personas del acreedor y del deudor...” (34).

No existe un consenso generalizado sobre la pertinencia y fecundidad de la teoría de la “compensatio” (35), pero la tendencia a su admisión está plenamente viva y ello explica que fuera recibida en los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” redactados por el Grupo Europeo de Derecho de Daños, presentados en Viena en el 2005, que en su art. 10:103 norma: “Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio” (36).

Aunque se parta de la fortaleza de la corriente favorable a la compensación, de todos modos subsisten debates sobre distintos aspectos del instituto, lo que me impone pronunciarme sobre algunos de sus rasgos más destacados.

(33) Lo cita TALE, op. cit. págs. 292 y 350 y en nota 127 al pie de la segunda de esas páginas.

(34) CRISTÓBAL MONTES, Angel, “Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXV —noviembre-diciembre/1989— Núm. 595, J. San José S.A., Madrid, págs. 1965 y sigs.; en págs. 1969/1970.

(35) Se ha llegado a sostener en el derecho italiano para fundamentar el rechazo de la compensatio, que las ventajas que puedan incrementar el patrimonio de la víctima del daño, son un accidente y por tanto irrelevantes para el ordenamiento (ver GALLIZIOLI, Giorgio, “Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno”, Rivista di Diritto Civile, 1977, Parte II, págs. 332 y sigs., la conclusión final referida consta en la pág. 348). Las disputas que despierta la compensación mencionada ha llevado a que coautores del prestigio de los hermanos Mazeaud y de Tunc, discreparan al respecto en la misma obra. Mientras los primeros aseveran que: “... la víctima puede exigir la reparación íntegra del daño que haya sufrido, incluso si esa reparación le procura un beneficio...”, Tunc se pregunta con relación a la argumentación antedicha: “... si no es susceptible de conducir a veces a soluciones exageradas. Supóngase, para poner un caso extremo, que un incendio destruya uno de esos inmuebles destartalados cuyo valor venal es muy escaso, pero que son para su dueño una fuente de importantes ingresos. ¿No resulta claro que el responsable del incendio no deberá ser condenado a pagar íntegramente los gastos de la reconstrucción de una casa nueva?...” (op. cit., Tomo Tercero, Volumen I, pág. 601).

(36) “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Texto y Comentario”, traducción de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), coordinada por Miquel Martín-Casals, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 209 y sigs.

a) Hecho único

Tanto el daño como el lucro o beneficio deben provenir de un mismo hecho.

El descarte de la concurrencia de daños y beneficios originados por hechos distintos, rige incluso cuando ambos hechos fueron protagonizados por el mismo autor. De Cupis recomienda: “Tengamos presente a la donación. Es un acto típico, con una causa específica, por lo que las ventajas que produce no se pueden alegar para paliar las consecuencias de un acto distinto (el que causa daño); ya que, propiamente, el donante realiza un acto de liberalidad que agota en sí mismo su propia función (liberalidad) y, por ende, no se puede alegar tal acto como descarga, aunque sea parcial, de la obligación que deriva de otro acto ilícito efectuado por él y que ha causado un perjuicio al donatario” (37).

Se puntualiza que: “La cuestión es más difícil de resolver cuando se trata de actos del propio perjudicado que aminoran los daños (...) el hecho de concluir nuevos negocios que no disminuyen la pérdida de un modo inmediato, sino que sólo tienen por objeto equilibrar de otro modo sus consecuencias económicas desventajosas, son circunstancias que no obligan a la compensación. El arrendatario que infringe el contrato no puede oponer al arrendador la circunstancia de que éste haya contratado otro arrendamiento consiguiendo de tal suerte una ventaja” (38). En cambio, Cristóbal Montes, incluye entre las consecuencias lucrativas a compensar la “... realización de operaciones beneficiosas y de la misma naturaleza que la incumplida por mor de este acontecimiento...” (39).

Cristóbal Montes sostiene que existen supuestos en el derecho que glosa, el español, en los que “... sin duda, se produce una compensación entre daños y provechos, y en ellos también no habrá de ordinario ni unidad ni relación causal entre los hechos que produzcan unos y otros”. Invoca como sustentos de su criterio estos textos del Código hispano: “En efecto, de acuerdo al artículo 488, 'el usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho'; y a tenor del artículo 1573, 'el arrendatario tendrá, respecto a las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario” (40).

Las normas aducidas no son exclusivas del derecho español, tanto que hasta en nuestro Código Civil se adoptan soluciones semejantes. El art. 2874 prevé que si el usufructuario realizara mejoras útiles y voluntarias, podrá “compensarlas con el valor de los deterioros que esté obligado a pagar”. Si bien el art. 1539 establece que: “Sólo es a cargo del locador pagar las mejoras y gastos hechos por el locatario”,

(37) DE CUPIS, Adriano, “El daño. Teoría general de la responsabilidad civil”, traducción de la 2ª edición italiana por Angel Martínez Sarrión, Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1975, pág. 330.

(38) ENNECCERUS, Ludwig, “Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones”, traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Ed. Bosch, T. II, Volumen Primero. Doctrina General, Barcelona, 1947, págs. 88/89.

(39) Op. cit., pág. 1966.

(40) Op. cit. págs. 1975/1976.

el art. 1546 con relación a los supuestos que enuncia esa norma en 6 incisos, dispone que: “En los casos del art. 1539, números 1°, 2° y 3°”, o sea si el locador autorizó a efectuarlos o se obligó a su pago o estaban a su cargo y el locatario los realizó por ser urgentes. En esos casos, sigue diciendo el art. 1546, “... si la locación hubiese de continuar, el valor de las mejoras y gastos, se compensará hasta la concurrente cantidad con los alquileres o rentas ya vencidos, o que el locatario debiese, y sucesivamente con los alquileres o rentas que se fueren venciendo, sin perjuicio del derecho del locatario para pedir el pago inmediato”.

Los ejemplos aludidos tanto para el usufructo como para la locación, son fenómenos de corte compensatorio entre dos créditos nacidos de hechos distintos, pero tal compensación es más afín con la tradicional prevista por los arts. 818 y sigs., que con la figura de la compensación del daño con el lucro, donde nacen dos créditos con fuente en un hecho único. Deducir de ciertas implicancias análogas la identidad de instituciones compensatorias distintas, se presenta tan objetable como lo sería pretender subsumir la suerte de toda expresión compensatoria en la versión clásica, que es la expresión más difundida de la compensación.

b) Imputación de las consecuencias lucrativas inmediatas y mediatas del hecho

Así como la relación causal adecuada conduce en la teoría general del responder civil a la indemnización de las consecuencias inmediatas del hecho, y en su caso mediatas, y excepcionalmente a las causales, para apreciar los lucros se atiende a las consecuencias inmediatas y mediatas, conclusión en la que la doctrina nacional coincide con la comparada (41).

Con respecto a la improcedencia de imputar las derivaciones casuales o fortuitas del hecho, reproduciré los ejemplos que plantea Cristóbal Montes, quien descarta la pertinencia de incluirlos en la compensación. Dice: “El perjudicado por el incumplimiento de la relación obligatoria, llevado por su desesperanza, juega a la lotería, apuesta o invierte especulativamente, y, por obra de la suerte, obtiene una súbita e inesperada ganancia (...) El acreedor que ha concurrido al domicilio del deudor a recibir el pago, a su regreso, frustrado, encuentra una valiosa *res derelictae*; el arrendador que por impago de la renta por el arrendatario insolvente se ve forzado a cultivar él mismo la finca, con ocasión del cultivo encuentra un tesoro (...) La particular y dolorosa situación en que ha quedado un determinado acreedor por obra del incumplimiento de una obligación que le era vital mueve los sentimientos filantrópicos de una persona generosa, y aquél obtiene de ésta ayuda significativa que palía de manera sensible el daño ocasionado por la inejecución de la prestación” (42).

c) El lucro debe ser causado por el hecho y no producido en ocasión

Alfredo Orgaz puntualiza que existe: “... la posibilidad legítima de que la víctima de un acto ilícito obtenga un mejoramiento patrimonial a raíz del delito o cuaside-

(41) Ver, por ejemplo, MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, “La ‘compensatio lucrí cum damno’: La denominada teoría del descuento”, RCyS, 2005-149 y sigs., en págs. 156/157; Cristóbal Montes, op. cit. pág. 169; TALE, op. cit., págs. 297/298.

(42) Op. cit., pág. 1971.

lito, como hay la posibilidad inversa de que sufra un menoscabo no susceptible de reparación. El principio de que la víctima no debe enriquecerse con el acto ilícito no tiene por objeto sacrificar todo mejoramiento accidental u ocasional, sino solamente proteger al responsable de cualquier exceso en su obligación de indemnizar. El daño indemnizable es el que resulta de una compensación de las desventajas y de las ventajas, pero no de todas ellas, sin discriminación alguna, sino tan sólo de aquellas que puedan considerarse como producidas por el acto ilícito, que tienen en éste su 'causa' y no la mera 'ocasión' en que se originan" (43).

Bustamante Alsina apunta que: "... el acto ilícito debe ser la 'causa', tanto de los daños como de los beneficios a compensar, y no meramente la 'ocasión' de que estos se produzcan. El lucro que se produce con ocasión del acto, pero que no es causado o determinado por él, constituye una ventaja para la víctima que tiene el derecho de conservar por ser virtualmente extraña al hecho que causó el perjuicio" (44).

Aunque son aspectos que han despertados criterios disímiles, con los fundamentos referidos se ha aplicado la alternativa de la compensación en supuestos tan comunes como el del cobro de jubilaciones o pensiones en caso de invalidez o muerte de la víctima, o de la pretensión de acumular los montos de la póliza del seguro y de la indemnización de daños, al menos para el seguro de personas (de vida o por accidentes personales), pues para los seguros de daños patrimoniales, rige la subrogación a favor del asegurador, tal como lo prevé el art. 80 de la ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677), que la excluye en los seguros de personas. Dice esa norma: "Los derechos que corresponden al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurador es responsable de todo acto que perjudique este derecho del asegurador. El asegurador no puede valerse de la subrogación en perjuicio del asegurado. La subrogación es inaplicable en los seguros de personas" (45).

En el art. 10:103 de los "Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil", ya transcrito, se introduce un elemento de juicio valioso en la entraña de la compensación, armónico con la tesis dominante que sólo computa los beneficios cau-

(43) ORGAZ, "El daño resarcible" cit., págs. 202/203.

(44) BUSTAMANTE ALSINA, op cit., pág. 157, en núm. 371.

(45) Es ilustrativo contrastar la opinión dominante que adopta Orgaz ("El daño resarcible" cit., págs. 206/210 y la disidente de TALE, op. cit., págs. 310/329). La postura negativa de Tale en los supuestos enunciados y en otros, se sustenta en el siguiente razonamiento que descarta "... que en todo caso en que no haya causalidad sino meramente ocasión, el damnificado haya de quedarse con el beneficio; el beneficio de todos modos puede computarse en cuanto ha hecho desaparecer—total o parcialmente— el mismo daño por el cual se atribuye responsabilidad civil. Y al respecto no importa que el hecho generador del daño sea mera ocasión, y no sea causa propiamente dicha del beneficio. Por ello desaprobamos la doctrina de los autores que admiten la acumulación del daño y el beneficio por la sola circunstancia de que el hecho no sea causa sino ocasión del beneficio. Si con tal beneficio se ha cancelado precisamente el daño específico del cual se trata, ya no hay deber de resarcirlo" (pág. 304). Orgaz, haciéndose cargo de réplicas como la transcripta, anticipó su respuesta: "Para justificar esta solución no basta, indudablemente, decir que de este modo se evita que la víctima lucre con el acto ilícito: sería preciso demostrar, también, que es más justo que sea el autor del daño el que lucre con esas ventajas, que no han sido creadas a favor de él sino del damnificado..." (págs. 209/210).

sados por el hecho y no los producidos en ocasión de él. En la parte final del artículo invocado de esos Principios, se lee que se tomarán en cuenta los beneficios, “...a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio”.

En el comentario efectuado por los integrantes del Grupo Europeo de Derecho de Daños, se afirma de manera tajante: “En primer lugar, el beneficio debe hallarse causalmente vinculado al evento dañoso. No basta que la víctima reciba algún beneficio o ventaja con ocasión del evento dañoso, Es necesario que el evento haya causado el beneficio o ventaja. La ganancia de la víctima no debe haber tenido lugar al margen, e independientemente, del evento dañoso. Un segundo requisito es que la deducción debe ser compatible con el propósito del beneficio. A menudo el propósito del beneficio es dotar a la víctima de una ayuda económica, pero no exonerar de responsabilidad al causante del daño” (46).

d) Certeza del beneficio

La indemnización del beneficio requiere, al igual que en el daño, que éste sea cierto, por lo que haré mérito de las directrices consolidadas que se aceptan en el Derecho de Daños.

Orgaz, razona que: “...con respecto al daño ya sucedido, se dice que éste es actual o presente. El daño futuro, en cambio, no es el que podría entenderse de acuerdo con la literalidad del vocablo, sino solamente el que aún no se ha producido pero que aparece desde ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida (...), el daño, aunque futuro, es 'cierto' y se muestra sólo como la prolongación de un daño ya actual, de suerte que el juez debe computarlo y estimarlo al fijar la indemnización” (47).

También se señala: “Daño cierto es el que realmente existe (presente) o bien, existirá con seria probabilidad (futuro)” (...) La certeza de los daños futuros no tiene la misma intensidad que la de daños ya ocurridos. Estos son de más fácil acreditación, mientras que en aquéllos hay que efectuar un pronóstico sobre su acaecimiento. No basta la mera eventualidad, sino que se exige una probabilidad seria de que sobrevendrán, según el curso regular de las cosas” (48).

En el mismo sentido, Bustamante Alsina aclara que el daño cierto: “Puede también ser futuro y determinable, y la certidumbre consiste en tal caso en la necesidad de la consecuencia ulterior del acto ilícito o en la prolongación inevitable del daño actual” (49).

Como una suerte de síntesis de las ideas expuestas, se expresa concordantemente: “La función, que querríamos llamar profética, que corresponde al juez respecto

(46) Op. cit., pág. 210.

(47) “El daño resarcible” cit., págs. 34/47.

(48) ZAVALA DE GONZALEZ, op. cit., págs. 148 y 150.

(49) Op, cit., pág. 147, en núm. 327.

a los daños futuros, está fundada en la posibilidad de un conocimiento, por descontado que imperfecto, de lo que aún no existe. Consecuencia de la imperfección de tal conocimiento es que baste para el derecho con que el juez lo vea relativamente cierto, con aquella certidumbre que permite apreciar lo que es un proyecto futuro. La liquidación judicial del daño debe pretender adecuar lo más posible la sanción del daño (resarcimiento) con la real, efectiva, entidad del daño en sí (...), sin reducirse a la esfera del presente, aunque fuera de ella, su certeza se difumine, se desdibuje, dentro de los márgenes de lo aproximado y de lo posible, superando estos impedimentos que en modo alguno pueden considerarse como definitivos” (50).

e) *Quid del dolo*

Entiendo, que la compensación del daño con el lucro no debe admitirse si el autor del ilícito obró con dolo, aspecto concreto sobre el que existe un significativo mutismo autoral, al menos para la responsabilidad contractual.

Sin embargo, la necesidad de compatibilizar la pretendida compensación con otros principios superiores es afirmada en la doctrina.

Según Orgaz: “... para que proceda la compensación es también necesario que ella no esté excluida por el juego de algún otro principio legal: por ejemplo, del principio *propriam turpitudinem allegans non est audiendus*, que debe considerarse implícito en nuestra ley como principio general y del que son aplicaciones concretas los preceptos de los artículos 794, 932, inc. 4°, 959 y 1082 del Código Civil” (51).

En la orientación mencionada, también se ha dicho que la invocación de la compensación del lucro con el daño, exige “que otro principio superior no se oponga a ella” (52), y se invoca la necesidad del respeto de esos “otros principios” (53).

En mi opinión, entre esos principios superiores debe emplazarse la directiva de la agravación de la responsabilidad de mediar dolo: “Tanto el Derecho Romano, como el antiguo Derecho francés, la legislación de Partidas y el Código Napoleón, establecieron un máximo reproche para el autor de dolo. IHERING fue quien lo concibió con mayor amplitud: el doloso —según él— debe responder de manera absoluta por todo el daño; y ARISTÓTELES (Ética a Nicómaco), cuando se refería a lo injusto, decía algo que está en el fondo de nuestra cultura en las bases del Derecho: que es distinto ser injusto que ser malvado, que el culposo es injusto, pero 'cuando se obra por elección deliberada, se es injusto y malvado'. De ello se sigue que el Derecho no

(50) DE CUPIS, op. cit., págs. 322/323.

(51) “El daño resarcible” cit., pág. 211.

(52) Ver Jorge Mosset Iturraspe, coordinadora Aída Kemelmajer de Carlucci, coautores Carlos A. Ghersi, Gabriel A. Stiglitz, Carlos Parellada y colaborador Carlos A. Etchevesti, “Responsabilidad civil. Teoría general. Presupuestos. Responsabilidades específicas”, Hammurabi, Bs. As., 1997, pág. 316 “in fine”.

(53) ALTERINI, Atilio Anfbal, AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, “Derecho de obligaciones cit.”, pág. 253, en punto (3) del núm, 585.

puede tratar igualmente a quien comete un entuerto por descuido y a quien lo comete con la conciencia del mal que quiere causar o con un obrar deliberado, que normalmente va a llevar a ese daño” (54).

La entidad de las argumentaciones desarrolladas, tiene el fuerte sustento de ese fondo común de los principios jurídicos que conforma el derecho romano. En ese derecho, si bien en la práctica judicial se admitieron efectos compatibles con la “*compensatio lucri cum danno*”, entre otros condicionantes se estableció: “No cabe que el beneficio que genera un acto se pueda compensar con el daño fruto de otro acto distinto, aunque el autor de ambos sea el mismo e idéntico el sujeto beneficiado. La actuación a compensar no debe ser promovida por dolo, ya que éste excluye explícitamente cualquier medida de aminoración del montante indemnizatorio” (55).

Pero no sólo da respuesta la tradición romana, sino también la anglosajona. En tanto se suele explicar la compensación del daño con el lucro como conectada con la equidad, admitirla de mediar dolo sería incompatible con una de las máximas que sustenta la “*equity*”, la que postula que: “El que acude a la jurisdicción de la equidad debe tener la conciencia limpia (*He who comes into equity must come with clean hands*)” (56).

Dije ya que el deudor es responsable del caso fortuito en las obligaciones de género y de cantidades y recordé la directriz que le enrostra al moroso las implicancias del caso fortuito y de la imprevisión, o sea por hechos fortuitos, todo lo cual acredita que la responsabilidad por consecuencias casuales es desde el punto de vista cuantitativo substancialmente mayor que la supuesta solitaria excepción del art. 905 del Cód. Civ., que allí se limita a las secuencias fortuitas que debieron resultar según las miras del autor del hecho. Aisladamente el legislador responsabiliza al doloso también por consecuencias sin ninguna relación de causalidad con el hecho (así, arts. 1091 y 2436).

También me detuve en la acentuación de la responsabilidad del deudor doloso en los intereses, en el monto de la cláusula penal, en la previsión de astreintes en su contra, en los daños punitivos ya receptados en nuestra legislación, en la superación del tope de las cláusulas limitativas de la responsabilidad pactadas o incluidas en la ley y en la remarcable impertinencia de que una típica solución de equidad favorezca al doloso, tal como lo impide el art. 1069.

(54) Op. cit. en nota anterior, pág. 149, en núm. 359.

(55) CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín, “*Compensatio lucri cum damno*”, en Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Colange”, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, Volumen I, págs. 151 y sgts.; la transcripción es de pág. 167.

(56) CASTÁN TOBEÑAS, José, CASTÁN VÁZQUEZ y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Sistemas jurídicos contemporáneos”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, pág. 116, máxima 10ª. El derecho anglosajón incluso aplica el instituto de los daños punitivos (*punitive damages*) ante el actuar doloso del deudor, “por una conducta ofensiva, en razón de los motivos perversos del demandado, o de su indiferencia respecto de los derechos ajenos” (apartado 2º del párrafo XXX 908 del “*Restatement o Torts 2nd*” (ver ALTERINI, Atilio Aníbal, “Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría general”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, págs. 604/605, en núm. 55.

La disyuntiva es clara, o se favorece al doloso con una herramienta liberatoria estimable, aunque controvertida, como es la “compensatio, o se computan los perjuicios sufridos por la víctima con prescindencia de la variación del daño originariamente irrogado, o sea más allá de la circunstancia contingente de que además de las consecuencias dañosas del ilícito aquélla experimentó beneficios.

No es que se imputen al doloso consecuencias ajenas a la relación de causalidad adecuada, aunque sabemos que en algunos supuestos se comprenden entre ellas consecuencias casuales y muy excepcionalmente hasta ajenas a toda relación de causalidad. Las consecuencias que se ponen a cargo del autor del hecho, se corresponden con daños que recayeron sobre la víctima, lo que observamos es que el doloso pueda enjugar esos perjuicios efectivos mediante la alegación de beneficios paralelos de la víctima. Como lo postulara Ulpiano: “...no es justo que su propio dolo releve a cualquiera de su obligación...”(57).

Si se argumentara que al excluir la “compensatio” frente al dolo se impondría indemnizar daños no causados por estar neutralizados por la compensación, cabría replicar que parece más decisivo ponderar que violenta las directivas inspiradores del Derecho, que quien se colocó a espaldas de una consistente pauta moral convertida en regla jurídica, se escude en una pretendida inequidad para paradójicamente consagrarla de manera efectiva.

(57) Cuerpo del Derecho Civil Romano cit., Primera Parte Instituta-Digesto, T. III, Barcelona, 1889, Libro XVII, Título II, 63 § 7, pág. 881.

ESQUICIO SOBRE EL “DIRECTOR INDEPENDIENTE”

POR HORACIO P. FARGOSI (*)

La década de los '90 implicó, sobre todo en el ámbito de los ordenamientos societarios, usualmente denominados de tipo *continental*, la incidencia de ciertos *institutos* que, no obstante contar con previsiones respecto del gobierno de las sociedades, especialmente las anónimas, cual es la exigencia de *lealtad* y *diligencia* de los administradores, cuanto a la amplitud, que entre nosotros, debe darse a la última parte del primer párrafo del art. 274 (1), como también las normas sobre prohibición de contratar (art. 271), los supuestos de *interés contrario* (art. 272) y asimismo las situaciones de *actividades en competencia* (art. 273); o inhabilidades e incompatibilidades tendientes a aventar, implícitamente, situaciones de *dependencia*, que si bien están referidas a los síndicos alcanza también, indirectamente, a los directores (por ejemplo: art. 286 de la Ley 19.550).

En tal sentido adquieren singular trascendencia, como en alguna otra oportunidad lo hemos señalado (2) lo atinente al *buen gobierno corporativo* (*corporate governance*) y a lo que podríamos asumir como derivación de ese principio general como lo es el denominado director independiente incorporado a nuestra legislación por el art. 15 del Decreto n° 677/2001 (Adla, LXI-C, 2718).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 13 de noviembre de 2008.

(1) V. OTAEGUI, Julio C., “El deber de guardar reserva y la prohibición de utilizar información privilegiada en la oferta pública”, en *El Derecho* 179-29.

(2) En nuestra comunicación “Consideraciones sobre el buen gobierno societario” en la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Bs. As. – *Anales*, Segunda Época – Año LII-n°45 (2007) pág. 230 y sgtes. y en LA LEY, 2008-D, 793.

Debemos aclarar que no es objetivo de estas consideraciones el análisis de las normas que, en relación con el *buen gobierno societario*, han sido dictadas en nuestro país conforme las Normas de la Comisión Nacional de Valores, cuanto tampoco consideraciones específicas con algún o algunos *códigos* elaborados sobre el particular. Sólo perseguimos formular algunas reflexiones tendientes a no elevar la figura del *director independiente* a la categoría de un *paradigma*.

No es del caso, al menos en esta oportunidad, referirse al aludido decreto y a las *verdaderas razones* que impulsaron su existencia y sanción, produciendo una suerte de asunción de criterios, exigencias, y generando cuestionamientos, no sólo en orden a su constitucionalidad sino respecto de su real adaptabilidad a nuestro medio socio-económico y sus características en el campo de las sociedades admitidas al régimen de oferta pública. Decimos esto porque el trasplante de instituciones debe ser muy meditado so pena de olvidar la experiencia de injertos originados en regímenes legislativos que responden a otras realidades (3).

Lo dicho en el párrafo precedente no debe ser interpretado como una resistencia, o desconocimiento o ignorancia, de *instituciones* básicamente nacidas del *common law*, sino que es necesaria una adaptación y conjugación con nuestro sistema jurídico, como por lo demás reiteradamente ha sido puesto de resalto, por autores europeos (4).

Es cierto que la regulación legal de las sociedades anónimas ha tenido en los últimos años un replanteo sustancial toda vez que afloró la función financiera que la estructura societaria cumplía respecto de la *empresa* cuya creación, desarrollo y potenciación era su objetivo fundamental deviniendo el sujeto empresario en el actor de una actividad que es la característica de la vida de la empresa por ser, como lo señalara hace tiempo

(3) Sobre esto y por los antecedentes de la autora vale recordar la nota de K. Pistori en el diario "La Nación" del 4 de enero de 2001.

(4) Ello ha ocurrido sustancialmente por la doctrina italiana y recientemente por autores españoles. Por ej.: MARCHETTI, P.: "Corporate governance..." en Rivista delle Società, año 41 (1996) pág. 418, ídem BIANCO, M. - CASAVOLA, P.: "Corporate governance..." 426 y sgtes. y sobre todo Guido Rossi en: "Le c.d. regole di "corporate governance" sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?" también en Rivista delle Società año 46 (2001) pág. 6 y sgtes. CACCHI PESAN, S.: "Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron" en: Giurisprudenza Commerciale 30.6 —año 2003— pág. 746 y sgtes. Respecto de la doctrina española puede verse FERNÁNDEZ, Francisco Marcos - SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: "Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas españolas" en: Revista de Derecho Mercantil, 2008, n° 268, pág. 499 y sgtes.

Ferri, un organismo económico que se basa en una organización fundada en principios técnicos y en leyes económicas originando una actividad organizativa (5).

Al devenir la empresa en pivote del derecho comercial (6), en consecuencia el régimen societario en especial de las sociedades por acciones y aflorar la necesidad de *desinfectar* (como lo señalara en alguna oportunidad Guido Rossi) su gobierno de desvíos, aprovechamientos o distorsiones se torna necesario crear remedios que no siempre provienen del orden legislativo en su original concepción sino, como lo ha señalado Ferrarese de nuevas formas de derecho *espontáneo* que se imponen de un sistema renovado de usos, costumbres y tradiciones, cuanto del surgimiento de nuevas normas sociales aceptadas por el cuerpo social, agregando que el renovado rol de los usos jurídicos y del derecho *espontáneo* no es sólo la consecuencia del empañamiento de la función legislativa, sino que responden a exigencias de eficiencia económica. En este particular señala esta importante autora el éxito de la forma de *governance*, tanto en el ámbito de derecho público como del societario contienen un reenvío a componentes opuestos y que la *governance* en cuanto no reducible a esquemas fijos y definitivos —y señalo esto— no es otra cosa que una forma de *gobierno del presente*, continuamente renovable según las exigencias del momento (7).

O sea y como se ha apuntado, que el derecho como síntesis de valores compartidos y admitidos por la colectividad deviene hacer un reflejo de las necesidades sociales, empero no es ajeno al envejecimiento no siendo posible que esté permanentemente adecuado a las mutables necesidades de la sociedad civil (8).

Cuadra, y permítasenos la insistencia, traer al recuerdo lo que hace ya decenas de años sostuviera Ascarelli y que a nuestro juicio mantie-

(5) FERRI, G.: “Manuale di diritto commerciale”, 5ª edición págs. 35/36 y también nuestra nota “La incidencia de la empresa en la sociedad anónima” en LA LEY, 2005-D, 1385; GALGANO, F. “Tratatto ... Nuovo Diritto Societario”, 2ª edición, Padua 2004, Capítulo Segundo.

(6) Así lo sostuvimos en el “Derecho comercial del Siglo XXI” en Raúl A. Etcheverry (Director) Código de Comercio ... Bs. As. 2005, pág. 109 y sgtes.

(7) FERRARESE, María Rosaria: “Il diritto al presente”, Bologna 2002, pág. 71/72. Quereamos aclarar que citamos a esta jurista más allá que en punto a la globalización mantiene una posición distinta de la de Irti, autor que hemos citado y cuyas conclusiones respecto de la incidencia de la globalización en el derecho nos parece más acertada que el de la autora citada.

(8) ROSSI, G.: “L’etica degli affari” en Rivista delle Società —año 37— (1992) pág. 538 y sgtes., v. pág. 551

nen una esplendorosa actualidad. Decía que el derecho al ser obras de los hombres “*es fruto de sus luchas y contrastes, de sus esperanzas y tradiciones, está en la historia, y no puede ser comprendido o entendido fuera de su fluir en la historia y de la unidad de ésta*” y agrega recordando a Holmes “*el derecho no se reduce al despliegue de axiomas lógicos, sino que es obra de su experiencia y de sabiduría, en la que confluyen tradiciones y esperanzas, ideales y choque de fuerzas*” y seguía diciendo “*de tal modo que a menudo es en el planteamiento y en la problemática donde mejor se captan las diferencias entre los diversos derechos y la influencia de tradiciones, situaciones ambientales, esperanzas*” (9).

También, y siempre siguiendo a Ascarelli, hay que descartar cualquier nostalgia respecto del pasado y pensar en decadencia del derecho, sino en la necesaria conjugación entre éste y el proceso económico.

Esto último teniendo siempre en cuenta que el derecho parte de la aplicación de modelos de ética y justicia, en tanto la economía describe básicamente cómo opera el mundo con prescindencia de cualquier escala de valores (10).

No pueden haber dudas que una nota característica del derecho comercial lo ha sido su *universalismo* (11). Sin embargo hoy no puede ignorarse el fenómeno tecnológico y la globalización, pero ello no excluye, como lo señalara Irti, el fenómeno del *lugar*, por ello debe cuidarse muy especialmente que la incorporación de *figuras o institutos* no resulte asincrónica; la función del jurista debe implicar una clasificación *tipológica* de la realidad en el momento de aplicación de una disciplina, obviamente no se trata de una *tipología* en el sentido estrictamente gramatical (12), ello a efectos de evitar una afectación a la seguridad jurídica que hiere la *previ-sibilidad*, que es de su esencia.

(9) ASCARELLI, T.: “Corso di diritto commerciale, 3ª edición, Milán 1962, pág. 85 y también puede verse en su traducción española “Iniciación al derecho mercantil”, Barcelona 1964, pág. 93.

(10) ALPA: “L’analisi economica del diritto nella prospettiva del giurista”, Introducción a la obra “Interpretazione giurídica e analisis economica”, al cuidado de Alpa-Puritini-Rodota-Romani, ed. 1982. También N. Lipari se ha referido a la relación entre la eticidad del Derecho y el mercado (véase *Diritto e mercato de la concorrenza*, en “Rivista del Diritto Commerciale”, año XCVIII-2000, 1ª parte, p. 315. y ss., esp. n° 8).

(11) VIDARI: “Corso di diritto commerciale”, 5ª edición, 1900, Tomo I, pág. 49 y sgtes.

(12) ASCARELLI, T.: “Ordinamento giurídico e processo economico “ en “Problemi giuridici” Tomo I, Milán 1959, pág. 62.

La trascendencia de la irrupción de la empresa en el campo del orden jurídico, que pusiera sobre el tapete Lorenzo Mossa, en la famosa proluación al Curso de Derecho Comercial de la Universidad de Pisa en 1926 (13), y que mantiene notable actualidad como la ideológica y diversamente fundamentada de Giorgio Oppo (14)(15). Por supuesto que las circunstancias actuales de la trascendencia actual de la *empresa* y las mutaciones que ello genera en la configuración y aprehensión de ciertos *institutos* implicó un largo camino desde su irrupción en el Código Civil Italiano de 1942, por la faz *política* que caracterizaba el entorno de la elaboración y promulgación de ese cuerpo legal (16). La interacción entre *empresa* y *actividad* que es inescindible, ha generado una diferenciación respecto del derecho civil en tanto éste ha sido entendido como garantía del individuo para el goce de bienes mediante la tutela de sus situaciones subjetivas y el de la circulación de los bienes teniendo en vista tal goce en forma individual (17).

Incluso como se ha señalado y como lo hemos recordado en alguna oportunidad, se ha ido creando disciplinas especiales para la sociedad según su objeto que, derogan la regulación general dando lugar a que se dijera que la calificación de sociedades por acciones ha devenido en una *etiqueta* (18).

Permítasenos a esta altura un excursus respecto de los códigos de *buena conducta*. Es obvio que se parte de la hipótesis, en éstos que la empresa debe procurar respetar los intereses de los accionistas, de los dependientes, de los consumidores y de la misma colectividad; en este orden de ideas cuadra recordar, como lo hace Rossi, que el Premio Nóbel de Economía Milton Friedman sostuvo que lo que se debía procurar era la maximización del beneficio de los accionistas (19).

(13) “Il problema fondamentali dell diritto commerciale”, en “Rivista del Diritto Commerciale”, vol. XXIV (1926), primera parte, págs. 223 y sgtes.

(14) En “Le grande opzioni della riforma e le società per azioni”, Riv. Dir. Civ. 2003.

(15) Sobre esto puede verse COTTINO, G. en “Contrattualismo e istituzionalismo” en Rivista delle Società, año 50 -2005- págs. 693 y sgtes.; MAZZONI, A. en: “L’impresa tra diritto ed economia” en ídem año 53 -2008- pág. 649 y sgtes.; también GALGANO, F., ob. y vol. cit. pág. 48 y sgtes.

(16) RESCIGNO, P.: “Rilettura del Còdice Civile...” en Rivista del Diritto Commerciale, Año XCI, (1993), pág. 1 y sgts.; v. también BRACCO, R., “L’impresa nel sistema del diritto commerciale”, pág. 279/293, Padua -1960.

(17) Trabajo cit. en nota 6.

(18) Ver JAEGER, G. P. – DENOZZA, F.: “Appunti di diritto commerciale”, Volumen I, 5ª edición, Milán 2000, pág. 203/204.

(19) Ob. cit. en nota 8 pág. 540.

Es común que medie una suerte de sinonimia entre *código de buena conducta*, *código de ética* y *códigos de autodisciplina*. Al respecto creemos que lleva razón Irti cuando marca diferenciaciones sobre el particular, si bien entre la primera y tercera caracterización existe una finalidad sustancialmente idéntica, o sea, en la regulación del funcionamiento interno de la sociedad los *códigos de ética* tenderían a tratar de definir, o caracterizar, las relaciones de la empresa con sujetos o bienes de lo que podríamos llamar el mundo exterior a ella misma, por ejemplo respecto al medio ambiente, a la salud pública, a la ética de la inversión y de donde proviene el beneficio de los accionistas. En síntesis, como lo señala este autor se trataría de una determinación unilateral, jurídicamente vinculante del grado de buena fe y de diligencia que la sociedad se obliga a practicar y cuando ello (20) tiene como punto de referencia fenómenos de agrupamiento, se persigue en el reflejo indirecto que pueden tener sociedades, incluso radicadas en otros países, en la tutela de derechos de jerarquía superior.

Lo cierto es que toda esta regulación *espontánea* procura la protección del denominado *inversor razonable* y acá como suele ocurrir en el planteo de numerosos autores, se abre un interrogante, si esa denominación y esta finalidad no difumina la existencia de grupos de accionistas portadores de diversos intereses no coincidentes, o de inversores institucionales que configuran una situación distinta del accionista individual (21).

Aquí se me permitirá una digresión: tal es que en la actualidad se está ampliando, o por lo menos se lo está, las categorías de los inversores irrumpiendo la del *inversor altruista* o *ético* es decir que se asienta no sólo en la generación de beneficios, sino en el modo en que los mismos se han originado, cuanto también en el régimen según el cual son administrados y distribuidos y básicamente sobre valores de ética en sentido amplio (por ejemplo: materiales bélicos o presiones laborales, tabaco, piedras preciosas, etc. ...) lo que da nacimiento a una información no patrimonial o no financiera, tema que es motivo de análisis actuales (22).

Al comienzo hicimos referencia a lo acaecido en la década del '90 del siglo pasado. Ello lo fue en razón de que al principio de la misma tuvieron

(20) IRTI, N.: "Due temi di governo societario" en *Giurisprudenza Commerciale*, vol. 30 (2003), pág. 693 y sgtes.; ROSAPEPE, R., "Corretta amministrazione, codici di comportamento ed informazione" en *Rivista delle Società* —año 53— (2008), pág. 181 y sgtes.

(21) Por ej.: ROSSI, G., en nota 4; en ídem —año 38— (1993) Disiano Preite: "Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni" pág. 476 y sgtes.

(22) DENOZZA, F.: "La nozione di informazione privilegiata tra "Shareholder Value" e "Socially Responsible Investing" en *Giurisprudenza Commerciale* - n° 32 (2005), pág. 585 y sgtes.

amplia difusión como el “Code of best practice” elaborado por Cadbury (1992) y en Informe Vienot, por no citar sino a los más conocidos y divulgados y ha sido, precisamente del Cadbury Committee —y se señala que por su Presidente Adrián Cadbury que lo instó— que irrumpe la figura del *non-executive directors* y del *executive* generándose lo que hoy se describe como *director independiente* (23).

Casi simultáneamente con la aparición del Informe del Cadbury Committee se publica en la Rivista delle Società el extenso artículo de Disiano Preite citado en la nota 21. En el mismo formula una detenida consideración sobre los directores profesionales y los que no lo son que, a nuestro juicio, es válido respecto a lo que hoy conocemos como *directores independientes*.

En primer lugar señala la insuficiencia, aunque la necesaria existencia de los métodos de auto-tutela tradicionales, tendientes a evitar los abusos de parte del grupo de control pero también plantea que es difícil afirmar la superioridad de un modelo de administración fundado en profesionales independientes respecto de aquél que se basa en socios de control empresario, con relación a la propensión a asumir riesgos y la tendencia a una excesiva diversificación de las inversiones.

Y agrega con relación a lo que podríamos decir *directores empresarios*, si bien es cierto que tienden a diversificar excesivamente y no arriesgar mucho porque deben conservar su capital en la empresa a fin de no perder el control, la administración profesional puede tener las mismas tendencias en relación a que han invertido la totalidad de su capital humano en la sociedad; ello porque el fracaso de la sociedad, aunque solo lo sea respecto de expectativas difusas, puede traducirse en la pérdida de sus funciones societarias y de sus beneficios y de la reputación consiguiente.

Obviamente nuestro régimen societario ninguna condición o calidad impuso para director de la sociedad anónima —ello con excepción a requisitos ulteriormente exigidos en materia de entidades financieras, Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, etc...— salvo las inhabilidades que establece el art. 264.

Tan ello es así que en un fallo con voto del Dr. Anaya y concurrente de los Jueces que integraban la Sala “C” se resolvió que el régimen vigente no

(23) COLOMBERA, M.: “Le regole di corporate governance nel Regno Unito: il Cadbury Committee y el Greenbury Committee” en Rivista delle Società —año 41 (1996), pág. 440 y sgtes.

impone ninguna calidad para desempeñarse como director, salvo las limitaciones referidas (24).

Sancionado que fue el Decreto 677/2001, Eduardo Bacquè publica un análisis de las disposiciones de dicho reglamento en punto al director independiente enumerando los antecedentes y con especial referencia a las características que debe reunir en tanto integrante del Comité de Auditoría destaca que sólo es necesario tener una trayectoria y experiencia en las tareas que debe desarrollar (25).

Con anterioridad Mariano Gagliardo ya había formulado (en comunicación presentada al 1er. Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Valencia, España —septiembre 2001—) y tratando también otros aspectos de la calidad de director y señalando el carácter imperativo con que el Decreto trata al director independiente, concluye diciendo “*así como las leyes se deben a la experiencia y no al experimento cabrá guardar los frutos de las sugerencias o propuestas que de una u otra manera, ambas, postulan al bienestar general*”, indudablemente acertada afirmación (26).

En la oportunidad señalada en la nota 2, y acá, en esta ocasión machacosamente repetimos, consideraciones respecto del cuidado que se debía tener en el trasiego de *instituciones*, o *principios* que se originan, o nacen, en ordenamientos que nacen en países en los que las condiciones socio-económicas y culturales son distintas. En tales oportunidades hicimos mérito, básicamente, —y por los motivos expuestos— de la doctrina italiana, pero no diferentemente acaece en la actualidad en España.

En efecto, Fernández y Sánchez Graells (27) reflexionan en la introducción sobre el problema que originan la adopción de soluciones pensadas para otros medios y con especial referencia a los *directores independientes* y, por supuesto respecto del régimen español, aprehendiendo también al buen gobierno corporativo señalan que “*...en el trasplante, en ocasiones acrítico de instituciones foráneas desarrolladas para resolver problemas específicos de otras realidades socio-económicas*” agregando más adelante y como final que “*el análisis desarrollado en este trabajo permite cuestionar no solo la*

(24) Sentencia del 02.07.1979 en “Saiz, Marta L. c. Camper S.A.” en LA LEY, 1979-D, 33; v. también GAGLIARDO, Mariano en: “El director en la sociedad anónima, 2ª edición, Bs. As. 2007, Capítulo XII, especialmente n° 121.

(25) “La calidad de director independiente” LA LEY, 2002-A, 1217.

(26) LA LEY, 2001-F, 1351; v. también ob. cit. pág. 246.

(27) Ob. cit.

posibilidad de que existan consejeros independientes, sino más bien la propia necesidad de su integración en los Cda. de sociedades cotizadas españolas, conclusión que no debe sorprender cuando su definición conceptual y funcional y el cuestionamiento de su eficacia para la promoción del interés social son compartidas en la tierra que los vio nacer”.

Parece oportuno destacar que las consideraciones o conclusiones a que se llegan en el trabajo precedentemente citado no se fundamentan, según sus citas, en la doctrina italiana que ha sido proficua en el análisis de lo que debe entenderse por *director independiente*, sino en numerosas citas de autores particularmente estadounidenses.

Si nos detenemos, siquiera, en pasar una revista a lo acontecido en la doctrina itálica, es computable además de los trabajos de Ferro-Luzzi y Salanitro a los que luego haremos referencia, es que existe una bastante amplia preocupación por determinar qué debe entenderse, qué es y cómo debe ser asumida esta categoría de *administradores*.

Así muy recientemente se ha dicho que la importación de la problemática del *director independiente* en un sistema como el italiano que se caracteriza por la presencia de accionistas de control (pensemos en nuestro medio), requiere adaptaciones no secundarias que es lo que aconteció en el Código de Autodisciplina de las sociedades cotizadas (28). Agregando más adelante, que en un sistema como el italiano la presencia de esta clase de *administradores* presenta riesgos diversos de los que los caracterizan en el ámbito anglo-sajón, señalando por ejemplo, lo que denomina *riesgo de captura* por parte de los accionistas controlantes, o de sujetos de dudosa independencia desde un ámbito sustancial.

También se pone de resalto la diferencia que existe respecto de los medios en que se da una marcada dispersión en el *accionario* (téngase presente que una de las alternativas propuestas en Italia, era la elección por *listas*, para potenciar la protección de minorías lo que no es semejante a la metodología del art. 263).

Por otra parte, si bien se admite que la existencia de esta clase de *administradores* puede potenciar la eficacia del funcionamiento, la doctrina continua señalando las reservas que implican la *pasividad*, o la *captura* antes referida, y en tal sentido por ejemplo, y haciendo referencia a un trabajo de Pisani Masamormille (en vías de aparición) se señala la dificultad de precisar la noción de *independencia* y si se puede lograr una real

(28) BELCREDI, M.: “Amministratori indipendenti...” en Rivista delle Società, año 50 (2005), pág. 853 y sgtes.

autonomía respecto de los *directores ejecutivos* y, como se señalara, de los *accionistas de control* (29).

Es indiscutible que uno de los temas cruciales es lo que debe entenderse por *director independiente*. Recientemente Ferro-Luzzi (30) en una interesante nota efectúa un análisis sobre los alcances de lo que es *independencia*, señalando de lo inadmisibles que es caracterizarla por la negativa, o sea como *no dependiente*.

Echando mano a la teoría del análisis económico del derecho, apunta que sería *independiente* el administrador que tiene una reputación propia que excede la importancia del cargo lo que implica un *valor* el que no debe ser entendido como marginal de lo económico, sino en el aspecto personal y profesional.

También hace mención a la perplejidad que produce el tratar de “tipificar” los requisitos de la *independencia* que por supuesto nada tiene que ver con la noción de *mayoría* o *minoría* de accionistas. Asimismo agrega que tal noción no tiene relación con la participación en la gestión, cuanto tampoco implica conocimiento o experiencia del específico sector comercial, industrial o financiero de la sociedad.

En su entender *director independiente* sería la capacidad de advertir la existencia de un problema, de un riesgo y la capacidad de superar la cuestión con *independencia* de los intereses específicos involucrados, agregando que debe mediar un sujeto que esté efectivamente capacitado y efectivamente motivado a *decir no*, en base a su propia experiencia (que deviene en preocupación general de los autores). Por lo demás, se inclina por sostener que la función de *director independiente* debe ser la tutela del interés de la sociedad, sin condicionamientos, de los varios y múltiples intereses que implican la gestión de la misma.

Ferro-Luzzi concluye su nota señalando que es necesario profundizar el análisis de esta figura para evitar que llegue a convertirse en una *bandera*, tal como ha sucedido con otros *institutos* y terminando en excesos.

Es oportuno señalar que lo atinente a la experiencia, que Ferro-Luzzi no considera esencial, no es una opinión generalmente aceptada.

(29) REGOLI, D., “Gli amministratori indipendenti” en *Rivista delle società*, año 53 (2008), pág. 382 y sgtes.

(30) “Indipendente... da chi; da cosa?” en *Rivista delle Società*, año 53 (2008), pág. 204 y sgtes.

La nueva categoría de inversores, es decir los denominados como *altruistas* o *éticos* —dejando de lado las diferencias señaladas entre los códigos de ética y los del buen gobierno societario— implica la aparición de un nuevo tipo de *jugadores* en el campo de las inversiones ya que se dan nuevos elementos o razones a las tenidas en cuenta para efectuarlas. Parece razonable que se reflexione sobre la incidencia que ello tiene en la determinación del *interés social*, más allá de las tribulaciones a que ha dado lugar, y aún se da, para precisar su contenido. De todas formas es indudable que la apreciación, en estos casos, por el *director independiente* del alcance del bien por ellos protegible (el *interés social*) supondría una cuota de subjetividad desde que se enhebraría con factores que desbordan el objetivo básico de los códigos del buen gobierno societario, en cuanto ya no sería la tutela del *inversor razonable* en su sentido usual, esto es el aspecto *rentabilidad* (31).

Incluso (32) también es producto de reflexión el si el *director independiente* cabe que desempeñe funciones ejecutivas o se le asigne funciones especiales o atribuciones que exceden el marco normal de un director, y el autor que citamos en esta oportunidad, también remarca la falta de precedentes en la tradición normativa Italiana, cuanto en los aspectos prácticos de la administración de empresas.

Para concretar, con la reserva antes señalada de la amplitud de los problemas que abarcan esta figura es, tanto en la doctrina española (33) como en la italiana (34) el determinar si es admisible la existencia de *directores independientes profesionales*, advirtiéndose al respecto una posición negativa porque como señalan Fernández - Sánchez Graells “...la aparición de un verdadero mercado de consejeros independientes, se antoja difícil y su funcionamiento parece insuficiente para incentivarles adecuadamente al desempeño de sus funciones con la necesaria dedicación y verdadera independencia”. Por lo demás Ferro-Luzzi pudo decir que le genera muchas dudas y perplejidad la hipótesis de *director independiente* como profesión habitual desde que, quien quisiera dedicarse a esta carrera, procuraría mantener y aún multiplicar los cargos.

(31) V. autor citado en nota 17.

(32) SALANITRO, N.: “Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti ...” en Banca Borsa Titoli di Credito, Volumen LXI (2008) pág. 1 y sgtes.; v. también por lo reciente D. Rogoli trabajo ya citado en nota 29.

(33) FERNÁNDEZ – SÁNCHEZ GRAELLS: ob. y lug. cit.

(34) FERRO-LUZZI, P.: ob. y lug. cit.

Nuestra posición no implica, como quizá podría inferirse de las consideraciones hechas, una posición negatoria per se de la incorporación de la figura del *director independiente* incluso como previsión legislativa (como en definitiva ocurre con el art. 15 del Decreto n° 677/2001), sino que la traspolación de *institutos* requiere un cuidadoso análisis máxime, como lo hemos señalado, cuando se trata de originados en regímenes societarios *flexibles* habida cuenta que el nuestro no lo es y que la conducta de los administradores o directores está pautada y la corrección y proceder de los mismos está fijada ex ante como por lo demás así se ha señalado (35) al efectuar un análisis del sistema estadounidense confrontándolo con uno muy similar, e incluso *fuerza* del nuestro. De lo que se trata es que resulta sumamente peligroso pensar que se ha encontrado una suerte de *panacea* que elimina todos los males, desviaciones o incorrecciones en que puede incurrir en la administración societaria.

(35) ENRIQUES, L.: "Diritto societario statunitense e diritto societario italiano: in welter Ferne, so nah" en *Giurisprudenza Commerciale*, año 34 (2007), 1ª parte, pág. 274 y sgtes.

LA FALENCIA AQUI Y AHORA DE AYER A HOY

POR JULIO C. OTAEGUI

I

La falencia entendida como estado de cesación de pagos genera los procesos del concurso preventivo y de la quiebra.

Ello sin perjuicio de procesos falenciales que no requieren la falencia del quebrado como el concurso del agrupamiento (Ley de Concursos y Quiebras 24.522 LCQ arts. 66), 68), el acuerdo preventivo extrajudicial (LCQ art. 69), la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada contractual (LCQ art. 160) y al controlante participacional abusador (LCQ art. 161 inc. 2).

Abordaré unas cuestiones respecto de la falencia que se plantean aquí y ahora y que a mi entender merecen una reflexión, ello sin perjuicio de otras mas que suscite el régimen.

En los procesos falenciales regulados por la LCQ hay una tensión entre la protección del crédito y la conservación de la empresa.

El comerciante de existencia visible o ideal (Código Civil CC art. 31; Ley de Sociedades Comerciales 19.550 LSC art. 1) precisa contar con la empresa comercial.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de diciembre de 2008.

La empresa comercial es una organización para cuya creación hay que contar con bienes y servicios y además con crédito.

Contar con crédito es inherente al ejercicio del comercio como profesión habitual (Código de Comercio CCom arts. 1, 45).

Así en la sociedad comercial los bienes necesarios para el funcionamiento de la empresa aneja (LSC art. 1), se adquieren con fondos prestados por terceros o sea con crédito (LSC art. 63-2º-I-a) y con los aportes de los socios o sea el capital (LSC arts. 11-4º, 63-II-a).

Por cierto que en el *pasivo* hay que exponer los *préstamos voluntarios* (deudas comerciales, bancarias y financieras, debentures y obligaciones negociables y con sociedades controladas o vinculadas), los *préstamos cuasivoluntarios* (deudas con sociedades controlantes tanto por vía participacional LSC art. 33 9 inc. 1 y 2 primera parte como vincular LSC art. 33 inc. 2 segunda parte) todo lo que implica tener crédito y además *las deudas* a saber:

- 1) Las *deudas voluntarias* (dividendos a pagar LSC art.63-2º-I-a).
- 2) Las *deudas involuntarias* (organismos de previsión social y de recaudación fiscal LSC art. 63-2º-I-a).
- 3) Las *deudas contractuales* (LSC art. 63-2º-I-a) y entre ellas: *(i) las deudas laborales Ley de Contrato de Trabajo LCT 20.744*; *ii) las deudas consumivas Ley de Defensa del Consumidor 24.240 LDCon arts. 4 y concs*; *iii) las deudas por obligaciones convencionales incumplidas que no degeneran en delitos del derecho criminal (CCiv art. 1107 y concs.)*.
- 4) Las *deudas extracontractuales* y entre ellas las correspondientes a : *i) los delitos (CCiv art .1107) y cuasi delitos (C.Civ art.1109)*; *i i) la garantía legal de la LDCon arts.11 y 24*.

De todo ello lo que fundamentalmente precisa un comerciante visible o ideal (CCiv. Art. 31, CCom. art. 1, LSC art. 1) para su actividad son préstamos voluntarios o sea crédito.

Claro está que en la sociedad comercial puede darse el caso de préstamos voluntarios de los socios lo que puede ser:

1) Señal de riesgo empresario porque los socios para mantener el giro prefieren allegar fondos a la sociedad pero como acreedores.

2) Necesario por razones de urgencia vía aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital.

La finalidad histórica del proceso falencial sea quiebra o concurso, consiste en lograr la mejor satisfacción del crédito ante su incumplimiento por la insolvencia de un deudor con patrimonio negativo cuyo activo es inferior al pasivo con lo que no puede pagar a sus acreedores o con patrimonio positivo cuyo activo cubre el pasivo pero no es liquidable oportunamente con lo que tampoco puede pagar a sus acreedores siendo en ambos casos un deudor falente.

La protección del crédito requiere que dicho proceso sea breve porque la insolvencia perjudica al crédito base indispensable del comercio.

Cuanto antes perciban los acreedores del falente la porción posible de sus créditos sea mediante un acuerdo con el mismo (LCQ arts. 43, 48) y en las sociedades de responsabilidad limitada o por acciones también con un tercero (LCQ art. 48)) evitando que el falente se convierta en fallido o mediante la liquidación de sus bienes (LCQ art. 203) declarándolo fallido (LCQ art. 77), menor será el daño sufrido por dichos acreedores y por el comercio en general.

La importancia del crédito en la actividad comercial, dio lugar al régimen de la quiebra para comerciantes inicialmente para reprimir el abuso partiendo del brocardo *decoctor ergo fraudator* con sanciones penales.

Esta fue uno de los motivos que en Francia tras el Código Civil de 1804 instaurador de los principios de la Revolución y entre ellos el de igualdad, se estimó necesario en 1807 sancionar el Código de Comercio con reglas especiales para la actividad mercantil.

Reglas especiales para la actividad mercantil porque *le commerce a besoin des règles juridiques et d'institutions favorables à la rapidité des transactions et au développement du crédit* (E. Thaller, "Traité Élémentaire de Droit Commercial à l'exclusion du Droit Maritime", Sixième Edition Revue et mis à jour par J. Perceperou, p. 4, Paris Librairie Arthur Rousseau, 1922).

Una de esas instituciones fue *La faillite, qui garantit le remboursement proportionnel des créanciers, qui préserve le gage contre les dilapidations,*

ou contre les paiements de faveur, qui procure ainsi un sécurité relative aux fournisseurs et aux bailleurs de fonds du commerçant (Thaller E. loc. cit).

Con el correr del tiempo las reglas inicialmente severas contra el fallido se atemperaron teniendo en cuenta que la falencia es un riesgo del negocio mercantil ajeno a la conducta del comerciante cuando es un *uomo onesto ma sventurato*.

Así la conducta del fallido no sería sancionada, o sería sancionada con penas criminales o civiles graduadas según hubiera incurrido en fraude o culpa.

A la finalidad de proteger el crédito con la consiguiente responsabilidad del fallido, se sumó la de conservar la empresa organizada por el comerciante individual o societario para desarrollar su actividad económico lucrativa.

En nuestro derecho la conservación de la empresa tenía antecedentes a saber: i) El CCom arts 1573. 1646, 1728; ii) El CCom arts. 1555, 1556; iii) La Ley de Quiebras 4.156 de 1902, LQ1 art. 34); iv) La Ley de Quiebras 11.719 o Ley Castillo de 1933 LQ2 art. 195; v) Las Leyes 17.507 de 1967 y 18.832 de 1.970.

Empero fue la Ley de Concursos 19.551 LC la que agregó la conservación de la empresa *en cuanto actividad útil para la comunidad* a los conceptos fundamentales de universalidad patrimonial, colectividad de acreedores e igualdad en su tratamiento (Exposición de Motivos de dicha Ley, Consideraciones generales orientadores, 4° Principios generales orientadores).

Consecuentemente prescribió que el juez para homologar la propuesta de acuerdo del deudor aprobada por los acreedores, debía valorar *Su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y de la protección del crédito* (LC art. 61 inc. 2).

La LCQ no mantiene tal prescripción para homologar el acuerdo (LCQ art. 52) pero de otras normas de la misma que mas adelante se comentarán, resulta que la conservación de la empresa es una de sus finalidades.

Las finalidades de conservar la empresa y de proteger el crédito se contraponen en la normativa de la LCQ con la consiguiente inseguridad jurídica.

Se abordará la evolución del tema en nuestro derecho.

II

1

Inicialmente el C. de Comercio de 1862 (ley 15) CCom 1862 siguiendo la orientación de las precedentes Ordenanzas de Bilbao de 1737, consideró que la falencia afectaba no sólo a los acreedores del falente sino también a la comunidad por dañar el crédito sustento indispensable del comercio.

Según dicho Código el cesante se hallaba en estado de quiebra y al declararse la misma debía ser arrestado *aunque podía pedir bajo ciertas circunstancias que se le expida salvo conducto (si el arresto no se había efectivizado se alce el arresto, si lo estuviere sufriendo, bajo caución juratoria de presentarse siempre que fuere llamado* (CCom 1862 art. 1562).

Regulaba la calificación de conducta y según fuera casual mandaba poner en libertad al fallido o de ser culpable o fraudulenta disponía la remisión de un testimonio del expediente al juez en lo criminal (CCom. 1862 arts. 1588/1598) pudiendo el juzgado comercial imponer una pen de prisión entre 1 y 5 años a la quiebra culpable de no existir otra pena en el Código Penal (CCom.1862 art. 1594).

Admitió el concordato resolutorio cuya aprobación dependía del tribunal si no se hubiesen cumplido las formas o si hubiera mediado fraude por parte del fallido (CCom 1862 art. 1628).

En suma el C.Com. 1862 consideraba a la falencia como de interés público para salvaguarda del crédito y al comerciante fallido como un defraudador de la confianza que en él habían tenido sus acreedores aunque admitía la moratoria (CCom 1862 arts. 1728 y ss) y preveía la continuación temporaria de las operaciones del fallido (CCom 1862 arts. 1573, 1646) sin referirse a la falencia del deudor civil.

El C. de Comercio de 1890 (ley 2637) CCom 1890 siguió la pauta de severidad respecto del fallido aunque temperándola expresamente y ciñó la quiebra a los comerciantes y *colectividades que revisten ese carácter* (CCom 1890) art. 1380).

Mantuvo el arresto del fallido pero limitándolo a determinados supuestos.

Dispuso que la cesación de pagos constituía el hecho generador del estado de quiebra (CCom 1890 art. 1379), la providencia que declare el estado de quiebra de un comerciante deberá contener la orden de arresto del fallido cuando éste no hubiere cumplido con la disposición del art. 1389 al presentarse en estado de quiebra (lo que debía hacer dentro de los 3 días desde la cesación de pago aportando determinada información CCom. 1890 arts. 1389, 1390) o cuando la declaración se hiciera a instancias de acreedores o por fuga u ocultación del comerciante (CCom. 1396 inc. 6).

Mantuvo el concordato menos para el fallido prófugo y aquel sobre el que existieran indicios de quiebra fraudulenta (CCom. 1890 art. 1466).

Mantuvo la calificación de conducta disponiendo que los fallidos, culpables, fraudulentos y sus cómplices serían castigados con arreglo a las disposiciones del C. Penal (CCom. 1890 art. 1545).

El carácter prejudicial de la calificación de la quiebra (CCom. 1862 art. 1588) tras la vigencia del CCiv en 1871 fue controvertido (CCom 1890 art. 1545 CCivil arts. 1104, 1105) pero perdió actualidad con la ley 4.156 que suprimió la calificación y con la LQ2 que la restableció pero estableciendo la independencia entre la acción civil y la penal (LQ2 art. 178).

El CCom 1890 no mantuvo la moratoria pero reguló la solución de la quiebra por la adjudicación de los bienes de la masa a los acreedores (CCom 1890 arts. 1555, 1565).

En suma bajo el CCom 1862 y el CComercio 1890 la finalidad del proceso falencial era preservar el crédito mediante el arresto del falente *ipso jure* fallido, la calificación de su conducta y su castigo conforme al C. Penal por la justicia del ramo ello sin perjuicio del concordato y de de un atisbo de continuación de la empresa.

Dicha normativa se aplicaba a los comerciantes y no a los deudores civiles cuya situación fue regulada en 1878 por el C. de Procedimientos de la Pcia de Buenos Aires y otro tanto hicieron las demás provincias.

En 1920 se sancionó la ley 11.067 sobre extinción de las obligaciones en los concursos civiles.

En ella el legislador trató *de encontrar un procedimiento de liquidación definitiva que entregue a los acreedores la parte que puedan recibir de los bienes del deudor, dejando a éste en condiciones de reintegrarse a la lucha por la vida* (Adolfo E. Parry, Anales de Legislación Argentina, T. 1920-1940 p. 37).

Según dicha ley en los concursos civiles se extinguían todas las obligaciones del deudor y se le otorgaba carta de pago siempre que no existieran otras causas que lo sometieran al juicio criminal, una vez dictado el auto aprobatorio de la adjudicación de bienes a los tres años de iniciado el concurso y a los cinco años de cumplir la sentencia condenatoria en caso de dolo o fraude.

Empero tal ley no prevenía la imposición de una espera o una quita a los acreedores que no hubieran concurrido al concurso o que habiendo concurrido o hubieran manifestado su conformidad y el Código Civil no incluía al concurso civil entre los modos de extinción de las obligaciones (Alsina Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. VI Juicios Especiales Actualizado por el Dr. Jesús Cuadro, p. 500, Ediar Soc. Anónima Editores, Bs. As. 1963).

Además tal como estaba reglamentado por la Ley 11.077 el concurso civil, el crédito que se otorgaba a las empresas no comerciales carecía legalmente de una tutela eficiente. *Como dice el doctor Yadarola, "Todos saben que en nuestro país el concurso civil es una institución cómoda que permite al deudor ponerse a cubierto de la acción de sus acreedores sustrayendo la parte mejor de su patrimonio mediante enajenaciones fraudulentas, y concursarse cuando ya no le quedan sino las deudas que él cancela cómodamente sin dinero, en el breve plazo de tres años. Contra esta actitud del deudor aprovechado, los acreedores no tienen más defensa que la que les proporciona la arcaica acción paulina llena de exigencias y pobre en eficacia"* (García Martínez Roberto y Fernández Madrid Juan Carlos, "Concursos y Quiebras" T. II p. 1517, Ediciones Contabilidad Moderna Bs. As. 1976).

Hoy según la LCQ art. 236 *la inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra salvo ciertos supuestos, regla que convendría reconsiderar.*

2

La crisis de 1890 puso a prueba el régimen del CCom cuyas soluciones se estimaron demasiado severas.

Por ello se cambió de rumbo y en 1902 se sancionó la LQ1 de orientación privatista según la cual la falencia sólo interesa al deudor y a sus acreedores.

Consecuentemente dicha LQ1 dio al comerciante matriculado *que se encuentre en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones comerciales* del derecho a solicitar al juzgado de comercio *antes o hasta 3 días después de la efectiva cesación de pagos* una reunión con sus acreedores (LQ1 art. 6) para proponerles un concordato (LQ1 art. 14), ello con suspensión de ejecuciones y conservando la administración de sus bienes con la intervención de los acreedores (LQ1 arts. 10, 11).

Todo ello con un procedimiento similar al del actual acuerdo preventivo.

El deudor podía proponer un concordato y los acreedores en una junta formular contrapropuestas lo que siendo acordado por el deudor y cierta mayoría de acreedores se daba por aprobado (LQ1 art. 20).

Los acreedores que no hubieran concurrido a la junta o que hubieran votado en contra podían impugnar el concordato por falta de personería de los acreedores aprobantes, inteligencia fraudulenta entre el deudor y uno o mas acreedores y exageración fraudulenta de los créditos para formar la mayoría de capital (LQ1 art.24) ello sujeto a decisión judicial apelable fuera aprobatoria o no (LQ1 art. 25).

El juez o el fiscal en caso de presumir la existencia de fraude debía ponerlo en conocimiento de la justicia criminal sin que el juicio criminal no detuviera o afectara al juicio comercial (LQ1 art. 28).

En caso de no acordar y no habiendo el deudor cesado efectivamente en sus pagos el juzgado declararía la quiebra pero suspendería sus efectos hasta que dicha cesación se realizara (LQ1 art. 46).

Otra forma de concluir el juicio era la adjudicación de bienes del deudor por sus acreedores pues a falta de aceptación por el deudor de la

propuesta de los acreedores éstos podían tomar a su cargo el activo y el pasivo por decisión mayoritaria ello sujeto a la aprobación o desaprobación del juzgado (LQ1 art. 34).

En caso de aprobarse la adjudicación, los acreedores debían resolver si procederían a la liquidación del activo o *continuar con el giro del deudor* (LQ1 art. 37), antecedente del salvataje, *cramdown* o reorganización actual (LCQ art. 48).

Si no había activo suficiente el juez podía clausurar las operaciones de la quiebra, lo que es una presunción de fraude o culpa y pasaban el expediente a la justicia criminal (LQ art. 87).

Se enunciaban las causales de la quiebra culpable, de la quiebra fraudulenta y de la complicidad (LQ1 arts. 137, 138 y 139, 140).

Si había indicios de fraude o culpa se remitía un testimonio a la justicia penal, los fallidos y sus cómplices eran castigados conforme al C. Penal.

El régimen de la LQ1 a diferencia de los CCom 1862 y 1890 1890 no disponía la calificación de la conducta del deudor quedando el juzgamiento de la misma a cargo del juez penal.

Así es hoy dada la conclusión del procedimiento por falta de activo (LCQ art. 233).

Habría que ponderar si los tipos penales son adecuados y si sin perjuicio de los mismos no sería conveniente retornar a las sanciones civiles previstas en la LC Capítulo IX Calificación de conducta del fallido y de terceros.

3

Otra vez una crisis general, la de 1929, socavó la ley de quiebras.

En 1890 por demasiado severa y en 1929 por hartó permisiva.

El resultado de la aplicación de los principios de la LQ1, fue desastroso pues el concordato se utilizaba para liquidar ventajosamente un mal negocio o para celebrar convenios que importaban un verdadero despojo según palabras de la Comisión Parlamentaria encargada del Proyecto de Reformas.

En consecuencia se volvió al sistema publicista mediante la LQ2 de 1933.

Dicha ley:

1) Retomó la orientación publicista de los C.Com de 1862 y 1890 pero no la premisa *decoctor ergo fraudator*.

2) Reguló el concordato preventivo cuya aprobación debía el juez denegar cuando estimase que *las bases aceptadas por la mayoría son notoriamente gravosas para el interés general* (LQ2 art. 40).

3) Admitió la liquidación de bienes del deudor de buena fe sin declaración de quiebra.

3) Implantó la calificación de conducta en sede comercial con sanciones comerciales y difiriendo las penales al C. Penal y al juez de ese fuero e independizando la calificación penal de la comercial (LQ2 art. 178)

Cabe resaltar que el interés general mencionado es él que hacía a la buena comercial por lo que el juez debía rechazar el concordato cuando el deudor fuera de mala fe es decir cuando o estuviera en fraude contra la ley o contra sus propios acreedores por lo que se permitía el concordato al deudor cuyo desequilibrio económico se debiera a causas ajenas a su competencia y no entrañara un peligro para la salud del comercio honesto ni para el crédito es decir para los intereses sociales (García Martínez R. – Fernández Madrid J. C., ob. cit. T. 1 p. 526).

Resulta claro que el interés general por el que velaba la LQ2 era el interés del crédito aunque con una salvedad.

En su art. 195 disponía que en la quiebra de sociedades que tuvieran que tuvieran por objeto la explotación de ferrocarriles, provisión de agua, canales de riego y navegación u otros objetos análogos de interés común nacional, provincial o municipal su funcionamiento o explotación, no podría suspenderse.

Este art. 195 de la LQ2 fue la prosecución del principio de la conservación de la empresa ya insinuado anteriormente en la LQ1 art. 34. en la continuación por los acreedores del giro del deudor y reiterado posterior-

mente en la conservación de la empresa (LC art. 61 inc. 2) o la continuación de la empresa (LC art. 182) o la continuación de la explotación de la empresa (LCQ art. 189).

4

Nuevas circunstancias llevaron a la intervención del Estado para evitar la liquidación de empresas falentes de importancia social.

Este proceso iniciado con la LQ2 art. 195 continuó con:

i) Leyes especiales en casos particulares, v.g las Leyes 17.658 CAVIC; 18.264 Cía. Azucarera Tucumana; 18.659 Cía Industrial del “Norte de Santa Fe; 18.778 Las Palmas del Chaco Austral; Ley 22.229 Grupo Greco (Baro Alejandro Guillermo, “Vigencia-económico social de la Ley 19.551 de Concursos”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones” 1976, Año 9, p.705, Ediciones Depalma Buenos Aires 1976 ; ii) la Ley 17.507 de 1967 que facultaba al Poder Ejecutivo a autorizar soluciones tendientes para posibilitar la rehabilitación de tales empresas que se encontraran en virtual estado de cesación de pagos o afrontaran dificultades financieras sólo superables con disposiciones excepcionales del Estado; iii) y culminó con la ley 18.832 de 1970 que amplió el artículo 195 de la LQ2 disponiendo que se aplicaría cuando el Poder Ejecutivo Nacional por razones de interés público y con el fin de asegurar la paz social dispusiere la continuación del funcionamiento de determinadas empresas que fueran declaradas en quiebra. .

ii) Finalmente ello condujo a la LC que mantuvo la tónica de la preservación del interés público para la protección del crédito de la LQ2 pero sumó a tal pauta la de la conservación de la empresa como antes se vio.

La ley 22.917 de 1983 al modificar la LC, mantuvo tal criterio.

5

A mediados del 90 ocurrieron situaciones en entidades financieras que no se habían podido resolver mediante los procedimientos del artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras 21.526 destinados a la reestructuración de las mismas en defensa de los depositantes con carácter previo a la revocación para funcionar.

Huelga decir hoy que la crisis de las entidades financieras es la crisis del comercio y que la crisis del comercio lleva a una crisis general.

Estas circunstancias llevaron al convencimiento de la necesidad de cambiar el sistema publicista de la LC y volver al sistema privatista de la LQ1.

Así el acuerdo preventivo aceptado por los acreedores de no mediar impugnaciones debía ser homologado por el juez (LCQ art. 52).

Esta norma suscitó interpretaciones diversas respecto de las atribuciones del juez tal como ocurrió con la adjudicación de bienes de la LQ1.

Fue atenuada por la ley 25.589 de 2002 que dispuso que para homologar el acuerdo, el pago resultante del mismo debía equivaler a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes y que en ningún caso la ley homologaría una propuesta abusiva o en fraude a la ley (LCQ art. 52 incs. 2-iv, 4).

La crisis temida en 1995 llegó en 2001 y motivó modificaciones en la LCQ mediante la ley de emergencia 25.563 de 2002 que implicó una moratoria, la ley 25.589 de 2002 que revisó las medidas de excepción de la ley 25.563 para acceder al crédito del Fondo Monetario y de Organismos Multilaterales de crédito, la ley 25.750 de 2003 sobre preservación de bienes y patrimonios culturales, y la ley 26.086 de 2006 cuyo cambio principal fue excluir del fuero de atracción del concurso preventivo y de la quiebra a los juicios laborales.

III

La conservación de la empresa

La LCQ art. 53 para la homologación del acuerdo no requiere que el juez valore su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa lo que había hecho la LC art. 61 inc. 2 como antes se vio.

Empero es patente que tiene como objetivo la conservación de la empresa en dificultades con medidas tales como (i) la categorización de acreedores (LCQ art. 41) modificatoria de la clásica *par conductio creditorum*; (ii) la omisión en la Ley 25.563 art.43 modificatoria de la oferta mínima del pago del 40 % para los créditos quirografarios postulada por Yadarola

bajo la LQ2, prescripta por la LC art. 44 y mantenida en el texto original de la LCQ art. 43; (iii) la reorganización o *cramdown* (LCQ art. 48) con su remoto ancestro la adjudicación de bienes de la LQ1 art. 34 (iv) el concurso del agrupamiento (LCQ art.65) exceptuado del presupuesto de la cesación de pagos (LCQ art. 1): (v) el acuerdo preventivo preventivo extrajudicial (LCQ art. 69 también exceptuado del presupuesto de la cesación de pagos (LCQ art. 1); (vi) La conversión de la quiebra en concurso preventivo (LCQ art. 90) con la consiguiente supresión del concordato resolutorio; (vii) la flexibilización de la legislación laboral con la suspensión de los convenios colectivos de trabajo (LCQ art. 20), la renuncia del privilegio laboral (LCQ art. 43) y la modificación del contrato de trabajo (LCQ art. 196) no obstante la jerarquía constitucional de dicho ordenamiento conforme a la Constitución Nacional art. 14 bis; (viii) la continuación de la empresa del fallido por una cooperativa de sus ex trabajadores (LCQ art.190).

IV

La protección del crédito

1

Aparte de su diferencia respecto del carácter publicista o privatista del régimen falencia. la LCQ y la LC compartieron el principio de la agilización de los procesos concursales.

Así la LC art. 296 introdujo un Capítulo de Reglas Procesales en él que dispuso que salvo disposición en contrario de la misma se aplicarían los siguientes principios procesales: 1) Todos los términos eran perentorios y se consideraban de cinco días en caso de no haberse fijado uno especial; 2) En los plazos se computaban los días hábiles judiciales; 3) Las resoluciones eran inapelables ...

La LCQ art. 273 siguió igual camino pero añadió que *es responsabilidad del juez hacer cumplir estrictamente todos los plazos de la ley y que la prolongación injustificada del trámite puede ser considerada mal desempeño del cargo* (LCQ art. 273).

La LC art. 197 y ss fijó los plazos para las etapas de la liquidación.

La LCQ art. 217 además dispuso que las enajenaciones debían efectuarse dentro de los 4 meses contados desde quedar firme la declaración

de quiebra con un plazo de 30 días en casos excepcionales y dispuso la sanción de incumplirse en los siguientes términos *El incumplimiento de los plazos previstos en este Capítulo para la enajenación de los bienes o incumplimiento de las diligencias necesarias para ello da lugar a la remoción automática del síndico y del martillero o de la persona encargada de la enajenación. Asimismo respecto del juez, dicho incumplimiento podrá ser considerado causal de mal desempeño del cargo* (LC art- 217).

2

Así la LC arts. 32 y ss siguiendo pautas anteriores, reguló un *proceso de verificación de créditos* aplicable tanto al concurso preventivo como a la quiebra.

Al mismo debían concurrir todos los acreedores del deudor o sea sus acreedores concursales y sus garantes para pedir la verificación de sus créditos.

El síndico tenía que presentar un informe individual sobre cada crédito que podía ser impugnado por el acreedor verificante, los otros acreedores y el deudor.

Tras ello el juez determinaba que créditos eran verificados o admitidos y sus titulares pasaban a ser acreedores concurrentes con derecho a participar en la aprobación del acuerdo y sus resultados lo que se decidía mediante una doble mayoría de capital y personas o en el dividendo de liquidación en la quiebra.

Ello sin perjuicio de un procedimiento de revisión a sustanciar por incidente (LC art. 303; Fassi Santiago C., Gebhardt Marcelo, Concursos p. 111 Astrea 1986) de él que podía resultar que el acreedor declarado concurrente no lo fuera o que el acreedor no verificado o no admitido lo fuera, sin que ello afectara la aprobación del acuerdo (LC art. 33 y concs).

La LCQ adoptó igual solución (LCQ art. 32 y concs.) excepto que la revisión debía tramitar por vía ordinaria.

La tensión ya mencionada entre la conservación de la empresa y la protección del crédito se manifiesta en el proceso de verificación y se

traduce en una corriente jurisprudencial y doctrinaria propensa a admitir la sustitución de los acreedores concurrentes tras la determinación de los mismos en la resolución del LCQ art. 36 sea por la vía de la exclusión de acreedor de la LCQ art. 45 sea por el recurso a la cesión de créditos (CCiv art. 1434) o al pago por subrogación (CCiv art. 768 inc.3).

3

Plantea varias cuestiones la exclusión por la LCQ art. 45 de acreedores presuntamente complacientes con el concursado como el cónyuge, ciertos parientes consanguíneos, afines o adoptivos, socios y administradores de una sociedad en la situación anterior exceptuados los accionistas de la concursada salvo los controlantes de la misma, en el cómputo para el cálculo de la doble mayoría de capital y personas necesaria para la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo.

3.1

La primera cuestión consiste en los alcances de la enunciación prescripta por dicho artículo.

Para un criterio tal enunciación es taxativa porque la LCQ es de orden público y debe interpretarse estrictamente.

Para otro criterio dicha enunciación no es taxativa pues cuando la LCQ cuando impone reglas taxativas lo hace expresamente como en el caso de la extensión de quiebra (LCQ art. 172).

Asimismo es obvio que a más de los acreedores complacientes previstos puede haber otros acreedores complacientes no previstos.

Es obvio que a más de los acreedores complacientes previstos o no previstos puede haber acreedores hostiles que resistan un acuerdo para obtener ventajas por aprobarlo o para eliminar un competidor.

Todo ello corresponde que se contemple porque hace al derecho de defensa en juicio (Constitución Nacional art. 18)

Cabe agregar que la admisión de causales no enunciadas expresamente procede porque el acuerdo como acto jurídico (CCiv art 944) para ser válido debe tener una causa fin recta (CCiv art. 953) sin los vicios de

simulación ilícita (CCiv art. 957), abuso de derecho (CCiv art. 1071) y fraude (CCiv arts. 953, 961 y conc).

La causa fin no sería recta si para computar las mayorías necesarias para aprobar la propuesta del deudor, se excluyeran acreedores por complacientes u hostiles sin haber sido oídos los restantes coacreedores.

3.2

De admitirse la viabilidad de supuestos de exclusión para participar en la consideración de la propuesta del deudor no enunciados en la LCQ art. 45, cabe reflexionar sobre cuando deben plantearse.

Por razón de simplicidad verbal llamaré *derecho de voto* al derecho de conformar la propuesta del deudor.

La LCQ art. 32/36 prescribe un *proceso de verificación* sumarísimo.

Tal sumariedad sería inútil si tras la resolución judicial de la LCQ art. 36, pudieran plantearse incidentes solicitando la exclusión de voto de un acreedor concurrente lo que demoraría la resolución del juez sobre la aprobación o rechazo del acuerdo (LCQ art. 52).

Ello discordaría además con las reglas procesales del LCQ art. 273.

No obstante según otro criterio corresponde suspender el trámite del concurso hasta tanto se resuelvan planteos de exclusión de acreedores formulados después de la resolución del LCQ art. 36.

3.3

Aparte del planteo de la exclusión de voto de un acreedor concurrente también se han dado situaciones de sustitución de un acreedor concurrente por un tercero tras la resolución verificatoria del LCQ art. 36 y sea este tercero quien ejerza el derecho de voto entendido como la conformidad con la propuesta de acuerdo (LCQ art. 45).

Tal sustitución podría lograrse como ya se dijo mediante: i) la cesión del crédito (CCiv art. 1434); ii) el pago con subrogación (CCiv art. 768 inc. 3).

3.3.1

Respecto de la cesión cabe señalar que sería válida entre las partes pero inoponible al concurso porque los contratos no pueden perjudicar a terceros (CCiv art. 1195).

Es decir que el derecho de voto sólo podría ser ejercido por el acreedor concurrente pero no por su cesionario.

Si pudiera votar el cesionario se perjudicarían los acreedores disidentes que tuvieran motivos para impugnar su voto sin haber sido oídos sobre la procedencia de su exclusión.

A su vez de plantear la exclusión esto llevaría a la prolongación del concurso contra lo prescrito por la LCQ arts. 36, 273 y concs.

Claro está que los acreedores disidentes no sufrirían perjuicio si el pago resultante del acuerdo equivaliera a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra (LCQ art. 52 inc. 2-iv).

El cotejo tendría que hacerse entre el monto ofrecido por la propuesta con descuento de intereses futuros y el informe general del síndico sobre la composición detallada del activo y del pasivo debiendo estimarse los valores probables de realización de cada rubro del primero (LCQ art. 39 inc. 2) y teniendo en cuenta las observaciones a dicho informe (LCQ art. 40).

Según otro criterio de haberse prolongado el proceso y con ello el giro de la concursada, correspondería requerir a la sindicatura un nuevo informe para que de acuerdo los valores resultantes del mismo cumplir con la regla del dividendo mínimo (LCQ art. 52 inc. 2-iv).

Empero esto a su vez conduciría a prolongar aún mas la prolongación del concurso contra lo prescrito por la LCQ arts. 36, 273 y concs.

3.3.2

Respecto del pago por subrogación que permitiera la sustitución de un acreedor concurrente por un tercero subrogado en sus derechos (CCiv art. 768 inc. 3) y en virtud de tal subrogación ejerciera prestara conformidad con la propuesta del concursado (LCQ art. 45), cabe advertir lo siguiente.

Por cierto que el pago debería ser completo por capital e intereses originarios (CCiv art. 744) y no por lo ofrecido en la propuesta del deudor (CCiv art. 740).

Sin perjuicio de ello valen las consideraciones formuladas respecto de la cesión porque el acto jurídico del pago con subrogación no puede perjudicar a terceros (CCiv art. 953).

Si pudiera votar el pagador subrogante se perjudicarían a los acreedores disidentes que tuvieran motivos para impugnar su voto sin haber sido oídos sobre la procedencia de su exclusión.

A su vez de plantear la exclusión, ello llevaría a la prolongación del concurso contra lo prescrito por la LCQ arts. 36, 273 y concs.)

Claro está que como antes se dijo los acreedores disidentes no sufrirían perjuicio si el pago resultante del acuerdo equivaliera a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra (LCQ art. 52 inc. 2-iv)

Diferente supuesto sería si él deudor solicitara la conclusión de la quiebra contando con el consentimiento del acreedor subrogante que no hubiera hecho un pago completo al acreedor subrogado, (CCiv art. 744) porque en tal caso no procedería la conclusión (LCQ art. 225)

De plantear el acreedor subrogado la cuestión, se prolongaría el procedimiento contrariando la celeridad del trámite.

3.3.3

La posibilidad de privar del derecho de voto a un acreedor o de sustituirlo por un tercero después de la resolución verifcatoria del LCQ art. 36 favorece la prolongación del proceso para lograr la aprobación de la propuesta de acuerdo y su homologación LCQ art. 52 o la conclusión de la quiebra por avenimiento LCQ art. 225 y así conservar la empresa pero desmedra la pronta satisfacción del crédito dispuesta por la LCQ arts. 36, 273 y concs.

IV

Entre la empresa y el crédito

La corriente doctrinaria que propugna la prevalecencia de la conservación de la empresa sobre la tutela del crédito no es exclusiva de aquí ni nueva en el derecho comparado.

Se remonta a los inicios del siglo XIX (García Martínez R – Fernández Madrid J.C., ob. cit. T. II nro.34, 3 p. 1073) y predomina en occidente (Alegría Héctor, “Sistemas, objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual (La unidad conceptual del presupuesto objetivo)”, Comunicación del 25.09.08 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Capítulo I apartado C; Dasso Ariel Angel, “El derecho concursal de hoy”, La Ley Año LXXIII Nro 49, 11.03.09).

Obviamente tiene su razón de ser en el desarrollo de la gran empresa sobre todo en los países centrales debido fundamentalmente a dos causas:

1) Una, el logro de inventos técnicos a los inicios del siglo XIX que permitieron la utilización de energía artificial así como la celeridad en las comunicaciones y los transportes.

2) Otra, la adecuación de la *universitas personarum* de la Baja Edad Media, continuada por la compañía colonial y la bolsa de comercio de la Edad Moderna, hasta culminar en la Edad Contemporánea con la sociedad anónima continental, la compañía limitada inglesa y la corporación norteamericana.

La limitación de responsabilidad del accionista y la libre transferibilidad de la acción facilitaron la obtención de los fondos imprescindibles para montar la gran empresa comercial privada.

Gran empresa que brinda bienes y presta servicios en masa para el mercado con la consiguiente elevación del nivel de vida y que por lo tanto hay que conservar.

Empero la gran empresa no es inmune a las cíclicas crisis generales económico financieras como las de 1929 y 2008 que la privan del crédito comercial indispensable para su subsistencia.

En las crisis generales la respuesta debe darla el Estado de acuerdo al principio de subsidiaridad apoyando a las empresas de interés público para conservar la paz social.

Distinta debe ser la respuesta ante la crisis particular de una empresa sea grande, mediana o pequeña.

Aquí corresponde aplicar la LCQ para lograr prestamente un acuerdo entre el deudor o sus acreedores y en su defecto reorganizarla (LCQ art. 48) o liquidarla sin mengua de la posibilidad de su continuación (LCQ art. 203 inc. a).

La dilación en la sustanciación de los procesos falenciales encarece y retrae el crédito con el consiguiente daño en definitiva para la empresa y el comercio en general.

Sin crédito no hay empresa comercial ni comercio

III

ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen a continuación resultan de los respectivos informes elevados a la Presidencia por los académicos directores de cada uno de los institutos.

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo realizó una intensa actividad durante el año 2008, llevando a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus distintos integrantes, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina, que fueron objeto de interesantes debates poniendo en evidencia el interés y la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el día 17 de mayo, se comunicó el plan de acción para el período y se comentaron diversas novedades académicas. A continuación el doctor Alejandro Adaglio expuso sobre el tema *“El derecho público local, la arbitrariedad y el recurso extraordinario: tendencias en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*. En su exposición se indagó, sobre la base de pronunciamientos emitidos en los últimos años, si el máximo tribunal estaba adoptando un criterio en particular restrictivo para inmiscuirse en el conocimiento del derecho público local. A este fin, se relacionó tal proceder con el concepto tradicional de la arbitrariedad, emergente de los primeros fallos sobre la materia, y se lo contrapuso con el derivado de una concepción amplia de la misma, adoptada a partir de fines de la década del '60 y más recientemente en la del '90. Finalizada la disertación se efectuó un fecundo intercambio de ideas entre los integrantes del Instituto. Allí, se comentaron diversos precedentes de la Corte Suprema dictados en fecha reciente en otras materias (derecho común, derecho ambiental, derecho a la salud) y sobre la organización del Tribunal (reglamentación del recurso extraordinario, del amicus curiae, de las audiencias públicas, etc.).

En la segunda reunión, llevada a cabo el 1° de julio, el doctor Marcelo Duffy abordó el tema concerniente *“Prórroga de la competencia originaria”*. En dicha ocasión el expositor destacó que la competencia originaria de la Corte Federal, que se suscita tanto en razón de las “personas” como de la “materia”, es un ámbito que ha sido objeto, particularmente en los últimos años, de un especial tratamiento por la Corte Suprema de Justicia

de la Nación que ha traído aparejadas, a su vez, nuevas y trascendentes definiciones a su respecto. En particular, en lo atinente a la viabilidad de su prórroga a favor de otros tribunales de la República, tanto locales como federales, de cara al carácter de “exclusiva” que ella ostenta y en que ha insistido la Corte Suprema desde sus primeros fallos, con sustento en lo previsto en el actual artículo 117, in fine, de la Constitución Nacional. En tal sentido, puso de resalto que la posibilidad de extender a otros magistrados la aptitud para decidir conflictos de competencia originaria del alto tribunal “*ratione personae*” (admitida, para distintas hipótesis, en 1901 en “Antonio Rodríguez del Busto” y a partir de 1992 en “Flores”), enfrenta en la actualidad el dilema de proyectarse eventualmente a los supuestos “*ratione materiae*”, de cara a la especial atención que la Corte ha puesto para que la cuestión federal resulte “trascendente”. Asimismo, señaló que este interrogante – que, a su vez, dispara otros – merece un especial tratamiento cuyas líneas directrices van apareciendo con cada pronunciamiento del máximo órgano jurisdiccional federal. Finalizada la exposición se efectuó ininteresante debate entre los integrantes del Instituto.

En la siguiente reunión, efectuada el día 12 de agosto, el doctor Rodolfo Facio expuso sobre “*Competencia originaria. Causa civil*”. El disertante comenzó su exposición explicando el nuevo contorno que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado al concepto de “causa civil” y al concepto de falta de servicio desde la perspectiva de su competencia originaria y exclusiva, a partir del precedente “Barreto” (2006). Seguidamente efectuó algunas reflexiones sobre la aplicación de dicho precedente en los casos de responsabilidad estatal ocasionada por el ejercicio de funciones jurisdiccionales, supuestos de mala praxis médica en hospitales públicos, poder de policía de seguridad, errores registrales, medio ambiente y accidentes de tránsito. Asimismo, hizo algunas consideraciones acerca del modo en que la Corte aplica, en la práctica, los precedentes “Barreto” y “Mendoza” (2006) a la hora de admitir o denegar la acumulación de acciones en la competencia originaria contra el Estado Nacional y alguna provincias – o bien el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –. En el último tramo de la disertación se examinó el concepto de causa civil en el ámbito de la competencia de los tribunales en lo contencioso administrativo y tributario del Poder Judicial de Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Finalizada la exposición se realizó un intenso debate entre los miembros del Instituto acerca de los alcances de los nuevos lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

El 9 de septiembre fue invitado a exponer el profesor venezolano de la Universidad Católica Andrés Bello doctor Rafael Badell, quien lo hizo sobre “*Las facultades del poder ejecutivo en Venezuela*”. El expositor explicó la forma en que la Constitución de Venezuela reformada en 1999 distribuye el poder normativo entre el órgano legislativo y el ejecutivo (ley y re-

glamento) y las distintas categorías reglamentarias. El disertante destacó el notable crecimiento en los últimos años de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo en desmedro del legislativo. Al culminar su intervención se suscitó un extenso intercambio de ideas acerca del ejercicio del poder reglamentario del Poder Ejecutivo y el respecto de los derechos individuales y el rol del Poder Judicial para controlar los desbordes.

A su vez, en la reunión del 27 de octubre se abordó el tema “*La globalización y su impacto en el derecho administrativo*”, por el profesor Jaime Rodríguez-Arana, catedrático de la Universidad de La Coruña. El expositor señaló las ventajas y los riesgos de unificar los distintos sistemas jurídicos nacionales sin respetar las diversidades existentes. Finalmente, concluyó que con independencia de las líneas globalizadoras en sectores específicos, se podría pensar, en el futuro, en ponerse de acuerdo acerca de una serie de principios rectores que informan el estado de derecho en los países civilizados del mundo. Al culminar la disertación se efectuó un enriquecedor intercambio de opiniones entre los integrantes del Instituto.

En la última sesión del año, realizada el día 9 de diciembre, el doctor Ismael Mata expuso acerca de “*La empresa pública en la actualidad*”, habiendo sido objeto de un intenso debate acerca de la intervención y/o gestión del Estado en el campo empresarial y diversos problemas que plantean el régimen de los actos y contratos de las empresas públicas. En esa oportunidad, se intercambiaron ideas acerca del plan de acción para el año 2009.

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes, los miembros del Instituto prepararon trabajos relacionados con el derecho sucesorio. De tal modo, bajo las directivas y proposición de temas de una lista general que presentó el doctor Cifuentes, los participantes cumplieron debidamente la tarea encomendada imprimiéndose el libro que se titula “Estudios sobre derecho sucesorio hereditario”, Serie IV, N° 13, en 443 páginas. De la obra, que abordó una materia que no había sido abordada hasta el presente por el Instituto desde su creación, participó también el señor académico doctor Félix A. Trigo Represas.

Su contenido comprende los siguientes trabajos que aquí se enuncian, precedidos del nombre del autor.

Doctora Elena Margarita Campanella, *“Heredero aparente”*.

Doctor Omar Jesús Cancela, *“Derecho de acrecer”*.

Doctora María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, *“Reducción de las donaciones”*.

Doctor Santos Cifuentes, *“La sucesión del cónyuge principios generales de su rango sucesorio”*.

Doctor Manuel O. Cobas, *“Donaciones inoficiosas. Acción de reducción”*.

Doctor José María Gastaldi *“Cesión de derechos hereditarios y pactos sobre herencia futura (sobre la conveniencia de su admisión en nuestro derecho)”*.

Doctor Juan Carlos Hariri, *“Interpretación de los testamentos”*.

Doctor Gustavo Pérez Colman, *“La legítima”*.

Doctor José Luis Pérez Ríos, *“Nulidad de testamento”*.

Doctor Andrés Rivas Molina, *“Cesión de herencia. Oponibilidad a terceros. Inseguridad y reforma legislativa”*.

Doctor Eduardo A. Sambrizzi, *“Distintos supuestos legales de protección de la vivienda del cónyuge supérstite”*.

Doctor Rubén S. Stiglitz, *“Contratos sobre herencia futura”*.

Doctor Félix A. Trigo Represas, *“El régimen vigente de la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, después de la reforma de la ley 17.711”*.

Los trece trabajos que componen el libro editado por “La Ley”, que está a disposición de los señores académicos, revelan no sólo la solidez de su realización, sino el interés que despiertan sus temas, la seriedad en el modo de concebirlos y desarrollarlos, y la singular particularidad de que antes de ahora en esta Corporación no fueron materia tratada en el Instituto.

De ahí que con satisfacción, la Dirección del Instituto los ha puesto a disposición de la Academia, recomendando su lectura y reconocimiento a sus realizadores.

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el Instituto desarrolló una importante labor que, como en años anteriores, se esbozó teniendo muy presente la finalidad que inspiró su creación, la trascendencia del mismo por los temas que desarrolla, y los aportes que genera.

Una cuestión que debe resaltarse es la de la participación activa de los miembros que, en significativo número, asistieron a las reuniones. No sólo hubo exposiciones que evidenciaron conocimientos profundos y actualizados; hubo también un interesante aporte de información y de bibliografía. Toda la actividad científica y académica desarrollada por el Instituto se ha llevado a cabo en un clima de respeto intelectual, de libertad y sano pluralismo.

La primera reunión se realizó el 22 de abril, ocasión en la que, como es habitual, se programó la tarea a desarrollar durante el año. El temario surgió como resultado del intercambio de sugerencias y propuestas que formularon los miembros presentes.

El 27 de mayo la doctora María Cristina Serrano expuso el tema “Implicancias constitucionales del nuevo esquema de retenciones a las exportaciones agrícolas”.

El 24 de junio el doctor Rodolfo Díaz disertó sobre “Introducción al análisis económico del Derecho Constitucional”.

El 15 de julio el doctor Juan V. Sola abordó el tema “Tres visiones del análisis económico del Derecho”.

El 16 de setiembre el doctor Alberto Dalla Via desarrolló el tema “El Derecho Constitucional Económico”.

El 21 de octubre el doctor Enrique Zuleta Puceiro hizo una exposición sobre el tema “Derecho Constitucional y Economía: una perspectiva institucional”.

El 18 de noviembre el doctor Alfredo Vítolo cerró la actividad del año al disertar sobre “Derecho Constitucional Internacional”.

Todos los disertantes exteriorizaron una sólida preparación, facilitando el intercambio de aportes entre los miembros asistentes.

Para el año 2009, la primera reunión se fijó para el tercer martes de abril.

A continuación, se transcribe la síntesis de las exposiciones realizadas en el Instituto durante el año a que se refiere este informe.

Exposición de la doctora María Cristina Serrano sobre *“Implicancias Constitucionales del nuevo esquema de retenciones a las exportaciones agrícolas”*:

“El objetivo de este trabajo es analizar, a la luz de los principios y normas de la Constitución Nacional, el esquema de retenciones móviles a las exportaciones agrícolas establecidas por la resolución n° 125/2008 del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

“En la introducción se traza un breve panorama histórico con respecto al tema de las retenciones, aplicadas en nuestro país por diversos gobiernos, a partir de Bartolomé Mitre. En varias ocasiones se establecieron para mejorar las cuentas fiscales y para evitar una suba de los precios internos de los alimentos, al producirse una devaluación del peso. Por estas razones el tributo volvió a escena entre nosotros después de la caída de la convertibilidad, en el año 2002.

“A continuación, sobre la base de la idea de que la política fiscal, la política económica en general y el ordenamiento normativo-financiero del Estado no pueden desligarse del ordenamiento jurídico constitucional, se recuerdan los principales parámetros que, desde nuestra Constitución, deben iluminar la política fiscal y la actividad financiera del Estado: el desarrollo humano, el desarrollo económico-social, el equilibrio en el desarrollo de las diversas provincias y regiones; la solidaridad; la igualdad de oportunidades para todos los habitantes del país; el progreso económico con justicia social; la generación de empleo; la productividad de la economía y la defensa del valor de la moneda; el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales; en general, el funcionamiento de todas las instituciones de la Constitución.

“Luego se destacan los principios constitucionales que rigen la tributación: principio de legalidad, según el cual todo tipo de tributo debe ser

creado por una ley del Congreso de la Nación; principio de igualdad fiscal, que constituye una aplicación concreta del principio de la 'igualdad ante la ley' establecido en la Constitución; principio de no confiscatoriedad, que se relaciona con el derecho de propiedad, ya que al tomar una parte del patrimonio del contribuyente, todo tributo debe mantenerse dentro de límites razonables, para no convertirse en confiscatorio y, por consiguiente, en inconstitucional; principio de finalidad, en virtud del cual se exige que todo tributo tenga un claro interés general, colectivo o social; es decir, que se oriente al fin que debe proponerse todo Estado: la obtención del bien común. Se pone de relieve que estos principios no han sido tenidos en cuenta al dictarse la resolución n° 125/2008, ya que este esquema de retenciones no fue establecido, según lo previsto en nuestra Constitución, por ley del Congreso; en algún aspecto se convierte en confiscatorio, y no puede ser calificado como equitativo. Además, no aparece definido el destino que el Estado Federal dará a lo recaudado.

“Hay que recordar que estas retenciones, por tratarse de tributos procedentes del comercio exterior, no son coparticipables entre la Nación y las provincias, de modo que las unidades políticas locales no reciben nada de lo que por ellas se recauda, pese a su participación en la producción agrícola.

“Como conclusión se desprende que la grave situación de conflicto entre el campo y el gobierno nacional, provocada por las nuevas reglas de juego en materia de retenciones a las exportaciones agrícolas, tiene su origen en una equivocada política tributaria, en conflicto con los principios y normas de la Constitución Nacional, y con las necesidades y aspiraciones de un amplio sector de nuestra sociedad. Por esta razón, sería deseable que el Gobierno mostrara una real preocupación por escuchar los reclamos del sector agrario, con respecto a un plan o proyecto integral que dé solución a los problemas que lo afectan; que se esforzara por resolver el conflicto no en forma unilateral y arbitraria, sino buscando consensos claros, en diálogo con las distintas entidades que representan al sector agrario, a fin de poder desarrollar políticas públicas equitativas para el campo; que comenzara a cuidar más el gasto público, a generar inversiones y a dejar de depender casi exclusivamente de los precios internacionales de los *commodities*. También se hace resaltar la necesidad de que el Congreso asuma su responsabilidad de legislar en esta materia, y el Poder Judicial tenga la oportunidad de intervenir, ejerciendo el control de constitucionalidad.”

Exposición del doctor Rodolfo Díaz sobre *“El Análisis Económico del Derecho y la Teoría Constitucional”*:

“El Análisis Económico del Derecho (AED) no es una “teoría” del Derecho sino un modo de investigarlo, que lejos de identificar lo jurídico y lo

económico consiste en el uso de instrumentos analíticos desarrollados por la ciencia económica para estudiar fenómenos jurídicos.

“Es una innovación relativamente reciente con precursores ilustres – que algunos remontan hasta Aristóteles – como Maquiavelo, Hobbes, Hume, Adam Smith, Beccaría y Bentham en la Edad Moderna; en el siglo XIX de Ihering a Marx, con el destacado antecedente de Alberdi en nuestro país; y en el siglo XX – entre otros – Max Weber y Schumpeter. Ronald Coase, Guido Calabresi y Richard Posner dieron el impulso inicial a la etapa actual, que se consolidó con aportes de ocho Premios Nobel: George Stigler, Herbert Simon, James Buchanan, Ronald Coase, Gary Becker, Douglas North, John Nash y Roger Myerson.

“El AED no es una cosmovisión ni un ‘patrón de científicidad’ sino un Programa de Investigación Científica (en el sentido de Lákatos) que coexiste con otros programas en términos de competencia académica y tolerancia metodológica; su núcleo central es el isomorfismo de los fenómenos jurídicos con los económicos y la aptitud del instrumental analítico de la economía para explicarlos; permite formular hipótesis sobre la génesis y los efectos de las instituciones y sobre las consecuencias de las decisiones jurídicas; y ha desarrollado una heurística técnicamente compleja y eficaz para la solución de problemas.

“El Derecho Constitucional consiste en convertir relaciones de poder en relaciones de derecho, relaciones políticas en relaciones jurídicas; el AED Constitucional explica cómo se produce esa conversión y cómo una determinada estructura constitucional afecta el funcionamiento del gobierno y el comportamiento de los actores, así como anticipar los efectos en tales comportamientos de las variaciones en las estructuras. Su Programa de Investigación Científica se despliega en diversos modelos de análisis; los más representativos son:

“La ‘Constitutional Economy’ – originalmente ‘Public Choice’ – fundada por el Nobel James Buchanan; tiene su principal centro en la George Mason University y ganó difusión mundial con su obra *‘The Calculus of Consent’* escrita con Gordon Tullock; entiende Estado y Mercado como mecanismos que organizan la cooperación y la Política no como relaciones de dominación legitimadas por el poder sino como relaciones de intercambio voluntario legitimadas por el consentimiento; la visión convencional de lo político como búsqueda de maximizar el poder sobre otros da una resultante de suma cero y se desarrolla como juego de puro conflicto; en cambio, la visión de AED de la relación política como búsqueda de utilidad de cada actor da una resultante de suma positiva y puede desarrollarse como juego de cooperación.

“El Análisis Constitucional Estratégico, planteado por Robert Cooter, profesor de la University of California, Berkeley – sede de la International y de la Latin American and Caribbean Law and Economics Association – cuyo texto referencial es su libro *‘The Strategic Constitution’*; las constituciones – entiende – pueden determinar la performance de las sociedades y la Teoría Constitucional busca explicar esa relación causal; antecedentes históricos y significados lingüísticos no predicen la respuesta de la gente a las normas, se requieren modelos basados en datos; situaciones constitucionales con muchos actores, cuyo resultado no afecta al todo y que se repiten (por ej. las votaciones) son no estratégicas y pueden analizarse con técnicas tomadas de la Microeconomía; aquellas con pocos actores, cuyo resultado puede afectar al todo y que no se repiten necesariamente (por ej. las relaciones entre órganos de la Constitución) son estratégicas y se analizan con técnicas de la Teoría de Juegos.

“El Análisis Institucional, orientado por el también Nobel Douglas North, cuyo texto paradigmático es su libro *‘Institutions, Institutional Change and Economic Performance’*, ve las Instituciones como reglas de juego, como restricciones creadas por el hombre que configuran la interacción social; su rol es reducir la incertidumbre proveyendo una estructura estable (aunque o necesariamente eficiente) a esa interacción; el bienestar general es función de la cantidad y el valor de las transacciones económicas y sociales; las más difíciles, que tienen más alto costos de transacción porque no pueden ser resueltas por acuerdo negociado de las partes, se transfieren a la política; por eso los costos de transacción políticos son más altos que los de la economía; el rol de las instituciones políticas es bajar esos costos de transacción para asegurar el bienestar.”

Exposición del doctor Juan Vicente Sola sobre *“Tres visiones del Análisis Económico del Derecho”*:

“El análisis económico del derecho es consecuencialista, en cuanto analiza los efectos de las normas jurídicas utilizando para ello el método micro económico. Es lo que se llama en términos técnicos el análisis marginal, en qué momento una persona agregará una unidad más de un bien que sea según el costo que deba afrontar por esa decisión. Analiza los incentivos que crean las normas jurídicas y como esos incentivos pueden variar para obtener el objetivo buscado por el legislador por el juez. Existen dos visiones básicas del análisis económico del derecho que se complementan entre sí, el análisis positivo que es el que intenta describir las consecuencias de las acciones humanas y de esta manera dar una mejor información al juez o legislador que debe tomar una decisión. Existe también el análisis normativo que es cuando frente al análisis de las consecuencias de una actividad se propone una decisión concreta al legislador o juez.

“Milton Friedman en su famoso artículo sobre el Método de la Economía Positiva sugería que la función principal del economista era el análisis positivo y que éste debería realizarse a través de modelos. El modelo es una hipótesis que parte de una simplificación de la realidad sobre la cual se puede hacer una explicación de los comportamientos dentro y fuera del mercado, o en la estricta visión de Friedman se pueden predecir esos comportamientos sociales. Las bases de un modelo son necesariamente esquemáticas, como en un mapa en el cual se excluyen informaciones para permitir el mejor conocimiento de un camino a seguir, un mapa que tuviera toda la información existente sería inútil. Friedman sostuvo que en un modelo podía aceptarse información que fuera falsa si las predicciones que se obtienen de su utilización fueran correctas, sin duda esta expresión es exagerada pero señala la importancia que tiene la correcta simplificación efectuada en la hipótesis para explicar mejor o aún predecir los comportamientos sociales. El comportamiento del analista económico es similar que el que Oliver Wendell Holmes sostenía que debía ser el del abogado, predecir cuál iba a ser la decisión judicial en un caso.

“Dentro de la idea general del análisis económico del derecho podemos reconocer tres escuelas diferentes: La Escuela de Chicago en Derecho y Economía, La Escuela Neo Institucional en Derecho y Economía y el Public Choice.

“La escuela de Chicago podría describirse en estas ideas fundamentales, los individuos como maximizadores racionales de su satisfacción. Los individuos responden a los incentivos de precios. La valoración a través de la eficiencia, definida a través de los criterios de Pareto, que significa que una asignación de derechos si mejora la situación de algunos y deja indiferente a los demás, sin que nadie se encuentre en una situación peor que la que estaba. O del criterio de eficiencia costo-beneficio también llamado Kaldor-Hicks. En este caso un asignación de derechos será eficiente si esta mejora la situación de algunos en mayor medida que en la que empeora la de otros de tal manera que pudieran compensarlos, aunque esto último no ocurra.

“De esta manera los Derechos se asignan para maximizar la riqueza social. Si los Individuos responden a incentivos de precios, la función de la economía es alterar los incentivos. Esta forma del análisis económico del derecho permite estudiar los incentivos que existen en las normas jurídicas, que muchos casos pueden permanecer ocultos. Puede ocurrir que una norma o una sentencia dictada con la mejor de las intenciones puedan tener efectos diferentes de los esperados ya que no han sido analizados los incentivos ocultos o cruzados que puedan encontrarse en ellas. Con el conocimiento adecuado pueden establecerse los incentivos y desincentivos adecuados para que se cumpla la intención del legislador o del

juez. De esta manera se evita la regulación mediante anécdotas, es decir, cuando se basa en información no técnica y meramente producto de publicaciones periodísticas.

“La Escuela Neo Institucional en Derecho y Economía puede ser definida por el estudio de las instituciones que son, según Douglas *North*, reglas de juego en la sociedad, las limitaciones establecidas por los hombres para organizar la interacción humana. Los conceptos centrales son los derechos de propiedad, los contratos y los costos de transacción.

“Ronald Coase. Este economista neo institucional fue premio Nobel de 1991 y redactó dos artículos fundamentales: Teoría de la Firma. El problema del costo social. Sobre la base del primero se redactó el llamado Teorema de Coase, que en una versión sencilla podríamos describir como: ‘Si el derecho está determinado y los costos de transacción son cero, las partes de una disputa negociarán una solución eficiente con independencia de la asignación original de derechos.’

“La importancia de este teorema es que centra la cuestión en los costos de transacción. De esta manera, la función del regulador o del juez es primordialmente reducir los costos de transacción para que las partes lleguen a través de una negociación a una solución que será siempre eficiente, es decir los pondrá en una situación mejor de la que estaban antes.

“Los costos de transacción incluyen la creación, mantenimiento, utilización y cambio en una institución o en una organización. Los derechos de propiedad y los derechos contractuales, los costos de definir y medir los recursos o los reclamos, más los costos de utilizar y hacer cumplir los derechos establecidos.

“Aplicados a la transferencia de derechos de propiedad existentes y al establecimiento o transferencia de derechos contractuales entre individuos o sociedades los costos de transacción incluyen los costos de información, negociación y de cumplimiento.

“Tres características críticas:

1. La incertidumbre.
2. La frecuencia en que las transacciones ocurren y
3. El grado en que se relacionan las transacciones con inversiones específicas.

“Los costos de transacción incluyen los costos de utilizar el mercado, los costos de utilizar el sistema jerárquico dentro de una empresa, y los

costos asociados con la operación y el ajuste del marco institucional de un sistema político.

“Entre los costos de transacción políticos podemos mencionar:

1. La provisión de este tipo de organización y los bienes públicos asociados con ella, supone costos.
2. Proveer los bienes públicos, y bienes privados, por una acción colectiva.
3. Funcionar la polis. Organización constitucional. División de poderes.

“La asignación precisa de Derechos de Propiedad reduce el costo de transacción.

1. Los derechos de propiedad son instituciones sociales que definen o delimitan la extensión de privilegios concedidos a los individuos sobre bienes específicos.
2. Control y derechos.
3. Determinan el valor de un bien: Establecen la extensión de su productividad o su valor de intercambio.

“La asignación de los derechos de propiedad nunca puede ser perfecta ya que existen costos de control, estos costos limitan los derechos de propiedad.

“Los costos control indican la extensión del derecho, por ejemplo, si no existe un adecuado registro de propiedad o medios rápidos y eficaces para hacerla cumplir los bienes no podrán ser asignados adecuadamente. Mi propiedad valdrá mucho menos ya que no tengo forma de protegerla.

“Los derechos de propiedad se asignan en relación con los Costos de exclusión. Estos son los costos de definir, monitorear y hacer cumplir los derechos de propiedad privados. Por ejemplo: costos del agrimensor que mide la tierra, o existencia de un registro oficial de la propiedad, y en la expresión sencilla los costos de ‘alambrar el terreno’.

“La mala asignación de los derechos de propiedad trae dos problemas básicos:

“La tragedia del común. Un bien es de propiedad común y tiene como resultado la sobre explotación. Es un ejemplo tomado del caso de las tierras de uso común el feudalismo. La imposibilidad de excluir a los otros pastores llevaba a la sobre explotación. Se plantea el incentivo agregar animales. Recibe el beneficio directo y solo asume una parte de los costos

de la sobre explotación. Una tragedia ya que cada persona va camino a su propia ruina.

“Anticomunes. Son definidos como un espejo a la tragedia de los comunes. Son su opuesto ya que se trata del exceso de quienes tienen derechos de exclusión. Podemos definirlo como: ‘Un régimen de propiedad en el cual múltiples propietarios ejercen derechos efectivos de exclusión de un recurso escaso’.

“Los casos habituales de ‘anticomunes’ se deben a una mala regulación. Los ‘anticomunes’ son la patología persistente de las burocracias modernas. Surge cuando grupos de interés presionan para derechos de decisión, por búsqueda de rentas o motivos ideológicos. Crean una competencia regulatoria perversa. Cuando la autoridad regulatoria es compartida, por órganos múltiples, el grado final de intervención regulatoria toma la forma de dos formas de acciones positivas o negativas. La autoridad de los reguladores será concurrente o alternativa.

“El otro artículo mencionado de Ronald Coase: Teoría de la firma.

“La empresa es flexible y producirá si tiene menor costo, de producción o de transacción, que comprar en el mercado. Es decir que debe existir esta flexibilidad en la administración de la empresa, ya que su capacidad de producción variará de acuerdo los costos de transacción que sean necesarios para obtener esos mismos productos en el mercado. En la medida que varíen los costos de transacción variará la organización empresarial.

“Entre ellos están los costos de Agencia.

“Los propietarios y los administradores tienen objetivos diferentes. Por lo tanto, cuanto mayor es la distancia entre los propietarios las empresas y los administradores, más difícil resulta resolver los problemas de conflicto de incentivos. Esta situación es más notoria en las empresas públicas que tienen problemas de agencia mayores que la empresa privada, puesto que el verdadero propietario de los activos involucrados es el estado, que utiliza para el gobierno de la empresa órganos políticos que tienen a su vez una estructura burocrática extremadamente rígida.

“‘El Public Choice’.

“Esta Escuela está basada fundamentalmente en la obra del Premio Nobel James Buchanan y podría definirse como el análisis de las dificultades de la transferencia de las preferencias privadas a las públicas. Mientras en la actividad pública las personas manifiestan su decisión por votos

distribuidos en forma igualitaria, en las decisiones económicas, se hace a través de dinero distribuido en forma desigual, pero que permite concentrar los recursos de acuerdo con las preferencias.

“Otro elemento a considerar en las preferencias públicas es el filtro del voto. Las preferencias tendrán efecto una vez que su voto ha sido invertido. Además estas preferencias son expresadas a través de intermediarios. La presencia de intermediarios puede diluir o amplificar las preferencias expresadas. Ya que los intermediarios tienen sus propias preferencias e intereses que pueden no coincidir con el de los representados. Este conflicto de intereses entre representantes y representados, que es una forma de los problemas de agencia, es un tema de análisis de ‘Public Choice’. Mencionemos algunos de los problemas que habitualmente se plantean.

“La captura del regulador. Toda reglamentación de la economía transfiere recursos y es primordial saber quienes son los beneficiarios finales u ocultos de la regulación. Los programas de regulación económica tiendan a beneficiar al grupo regulado si este logra influir sobre quien toma la decisión. Ello en contra del interés general. Generalmente los grupos de interés en negociación con los funcionarios como están mejor informados que establecen una reglamentación que los beneficien en perjuicio de los menos organizados e informados como son generalmente los consumidores.

“Los efectos económicos de las sentencias judiciales.

“Frank Easterbrook señala que los efectos económicos de las sentencias judiciales pueden agruparse en tres.

“1. Control ex ante y ex post. Habitualmente el juez decide luego que han sucedido acontecimientos, lo que podríamos definir como ex post, pero los efectos del precedente judicial que crea se aplicarán a casos futuros, por lo que un juez debe prever las consecuencias de su decisión. Esto es llamado el análisis ex ante.

“2. Los incentivos marginales. Generalmente al analizar una reglamentación, por ejemplo en un servicio público, se tiene en cuenta uno de sus elementos, generalmente el precio. Pero al analizar los incentivos que crea la reglamentación debe tenerse en cuenta que no ocurren en un solo margen, sino en muchos, no sólo el precio sino también otros servicios están incluidos dentro del contrato pero que son menos conocidos. Existe una información asimétrica entre el regulador juez que conoce menos de la actividad, que el regulado que conoce más. Debe analizarse los efectos de la reglamentación en relación con los bienes sustitutivos que pudieran ofrecerse. Es decir la elasticidad de la oferta y demanda de ese bien regu-

lado y los bienes sustitutivos. Existe el riesgo que una vez iniciada la reglamentación de una actividad se internen de controlarla completamente para lo cual se tiene información imperfecta y asimétrica.

“3. La legislación y los sectores de interés. Frente al proceso legislativo se plantean para el juez dos alternativas: Analiza los objetivos del legislador y aplica los efectos que considera beneficiosos y corrige los efectos perniciosos. Considera a la norma como un contrato entre grupos de interés. En este último caso el juez no cuenta con una capacidad amplia de variar la regulación, porque podría crear efectos perniciosos inesperados ya que la reglamentación fue producto de una negociación entre todas las partes interesadas incluyendo los consumidores generalmente mal informados.

“Podríamos definir al análisis económico del derecho como un intento de limitar los incentivos ocultos y perversos que se encuentran en las leyes. Podríamos decir que es el fin de las ‘leyes canallas’ que son aquellas que crean incentivos perniciosos que favorecen el comportamiento no deseado en la sociedad.

“También nos permite conocer mejor el derecho. Es el fin de la ‘auto-poiesis’ en y el de la teoría sociológica que considera que el derecho es un sistema cerrado y auto referencial. Permite conocer mejor la realidad a la cual será aplicada al derecho. Nos permite tomar seriamente las consecuencias de la legislación y de las sentencias, una forma de la ética de la responsabilidad mencionada por Max Weber, a través un mejor conocimiento del comportamiento de las personas y evitar dar ‘palos de ciego’ por legisladores bien intencionados aunque mayormente ignorantes de los efectos de sus acciones.

Exposición del doctor Alberto Dalla Via sobre “*El Derecho Constitucional Económico*”:

“Cuando los jueces deben resolver problemas económicos en sus sentencias, como ocurrió en su momento con los amparos por el *corralito* y como actualmente sucede con los problemas vinculados a las tarifas y al suministro de servicios públicos como el gas y la electricidad, surgen polémicas acerca de cual es la actitud que deben asumir: si deben aplicar estrictamente las leyes o si deben mensurar las consecuencias que tendrán sus decisiones en el marco general de la política económica.

“La primera actitud, que puede llamarse ‘activismo’, prioriza la defensa irrestricta de los derechos constitucionales; en tanto que la segunda, que puede llamarse ‘autorrestricción’, parte de la premisa de que no hay derechos absolutos y que el poder judicial no debe inmiscuirse en mate-

rias propias del poder ejecutivo o el poder legislativo, como lo es la política económica.

“Suele atribuirse a Charles de Secondat, barón de Montesquieu, la idea que los jueces solo hablan por ‘boca de la ley’ y que a la aplicación de sus textos se limitan; ya que todo exceso de tales márgenes afectaría el principio de división de los poderes que el mismo barón propuso a manera de frenos y contrapesos al ejercicio de la autoridad política.

“Esto no es solamente teoría; hay también razones prácticas para que así ocurra, porque la Economía tiene una lógica que resulta de sus propias reglas, y una de las principales es que mientras los recursos son escasos, las necesidades son ilimitadas. De ese conflicto de fondo se originan otros cuando la aplicación del derecho por parte de los jueces beneficia solamente a los que llegan primero a petitionar ante sus estrados.

“Nada parece mas justo para el ciudadano que paga esforzadamente las tarifas que exigir el normal suministro de un servicio, solicitando el amparo judicial. Aparece así la versión jurídica del mismo conflicto: un apegado rigorismo que privilegia garantías individuales de origen liberal posterga otros principios constitucionales de igual rango, pero de contenido social, como la igualdad ante la ley.

“En los Estados Unidos se planteó este problema en la primera mitad del siglo XX con la aparición de la denominada corriente del *realismo jurídico* que sostenía la idea de un ‘juez situado’ en su realidad circundante y que no debía desentenderse de las consecuencias económicas de las decisiones que adoptaba al resolver un conflicto jurídico. Se favoreció así una interpretación ‘dinámica’ por oposición a una interpretación estática de las leyes; pero no estuvo exenta de cuestionamientos por parte de los sectores mas conservadores que previnieron acerca del llamado ‘gobierno de los jueces’ denunciando que los mismos se apartaban de las leyes y decidían conforme a valores sociales.

“Una visión más reciente es la del denominado Análisis Económico del Derecho o *‘Law & Economics’*, como se conoce al movimiento originado principalmente en las Universidades de Chicago y de Yale, que promueve la aplicación de las herramientas de análisis de la economía, al derecho.

“Esto implica que la interpretación y evaluación de una norma se realiza desde la teoría económica, produciendo una reformulación del Derecho acorde con ese modelo. Por ejemplo, en el caso de leyes sobre competencia y de protección contra monopolios, los objetivos perseguidos por las normas son estrictamente económicos y deben ser analizados como lo

haría un economista.. El Derecho actuaría así como una estructura redundante respecto del mercado, destinada a asegurar su buen funcionamiento, afirmando las condiciones de seguridad y libertad de contratación para garantizar la certeza en los resultados de las transacciones y de las informaciones necesarias para negociar.

“Entre los que sostienen esta doctrina se destaca el Juez Richard Posner, quien integra una Cámara Federal de Circuito y fue el mediador en el caso ‘Microsoft’. En su libro titulado *Analysis Economic of Law* afirma que los jueces y tribunales pueden hacer muy poco en la distribución de la riqueza de una sociedad, y que por ello sería más sensato dejar el problema en manos de los legisladores, que tienen mayores poderes de imposición y de gasto.

“Es frecuente en los Estados Unidos que los jueces sostengan debates en las universidades para discutir problemas económicos. En la Argentina se han dado esas discusiones en seminarios realizados por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Provincias y por la Universidad de Buenos Aires. Sería plausible que esa tendencia se afirme en las distintas escuelas judiciales existentes. La Maestría en Magistratura recientemente creada en la Facultad de Derecho se encamina hacia ese objetivo, dando prioridad a la formación de jueces de mentalidad abierta.

“El gran interrogante al que debe darse respuesta es si la eficiencia económica es un valor que fundamenta y justifica las decisiones jurídicas. Mientras la eficiencia económica se mide en términos de costo-beneficio, la eficiencia de un sistema jurídico debe medirse por su aptitud para asegurar los valores que una determina comunidad política sostiene, como en nuestro caso lo son la libertad, la igualdad, la propiedad, la dignidad, el trabajo y el acceso a la justicia, entre otros. En ese punto el mercado es apto para formar precios pero no para crear valores sociales. Es a la Justicia a quien compete preservarlos.”

Exposición del doctor Enrique Zuleta Puceiro sobre “*Derecho Constitucional y Economía. Una perspectiva institucional*”:

Dentro del ciclo de intervenciones dedicadas a las relaciones actuales entre Derecho Constitucional y Economía, el expositor analizó las concepciones institucionalistas. Expuso sus orígenes y desarrollos principales, sus convergencias y divergencias con otras orientaciones actuales, basadas en la idea de un derecho constitucional basado en las categorías del moderno análisis económico. Sostuvo que más allá de la crítica que suscitan los presupuestos economicistas de dichas concepciones, conviene tener en cuenta el aporte de las mismas a un constitucionalismo capaz

de receptar los avances de la revolución empírica en el ámbito de las ciencias sociales.

Entre las perspectivas que ello plantea al análisis constitucional, el expositor subrayó las siguientes:

“Se impone revisar una cierta idea de la Constitución reducida a una mera carta de libertades negativas. Es decir de libertades contra el Estado. Conviene recuperar la importancia de esa otra parte de la Constitución, que apunta más bien a las libertades positivas. La Constitución asegura los beneficios y los fueros de la libertad, pero al mismo tiempo promueve un nuevo orden: La idea de bienestar general es correlativa y no opuesta al reconocimiento neo constitucionalista de los derechos individuales. Frente a los derechos, los deberes. Frente a los medios los fines. Frente a las libertades individuales los poderes y las responsabilidades de la sociedad.

“Conviene revisar la hegemonía ideológica alcanzada por una cierta idea en exceso abstracta de los derechos fundamentales. Es menester superar la idea simplista de un catalogo de derechos absolutos protegidos desde una visión activista de la función jurisdiccional, que reivindica para si el papel de custodia de la Constitución, por encima y más allá de los avances ‘políticos’ de la legislación. Tanto o más que esta lista rígida de derechos debe importar la capacidad efectiva de los equilibrios institucionales de derivar y consolidar nuevas formas de acceso al derecho y a las libertades, a partir de la matriz constitucional establecida. Tan importantes como las cláusulas que reconocen y consagran limites al poder y garantías a los derechos son las cláusulas de la Constitución que definen las estructuras de los poderes o que establecen los deberes y responsabilidades para las diversas ramas del gobierno federal o para los poderes provinciales y locales.

“Se impone superar una noción igualmente simplista del papel y de la acción promotora del Estado. La idea del Estado que subsidia, compensa, indemniza o provee de modo paternalista debe ceder paso a un Estado capaz de regular en libertad. Capaz de abrir nuevos espacios incluso más allá del Estado y de su capacidad de regulación y control. La idea todavía difusa y en construcción de ‘*gobernanza social*’ pasa a convertirse en un concepto clave.

“Se impone revisar una noción demasiado acotada de la de gobierno, basada en la teoría pura de la Republica, teorizada sobre finales del siglo XVIII, desde premisas políticas y culturales ya superadas por la experiencia de sociedades complejas. Ello implica aceptar una idea más competente y compleja de ‘*gobernanza*’, entendida como gobierno de la complejidad

en la que más que de la idea tradicional de una división/separación de poderes cabe hablar de interdependencia de poderes.

“Frente al énfasis unilateral en un derecho constitucional ‘de los derechos’, un interés y énfasis mayor en los temas y problemas de un derecho constitucional en definitiva más ‘estructural’. Es decir, preocupado por los problemas actuales del gobierno y por la consideración del derecho como una herramienta activa de igualdad activa, de justicia material y de libertad efectiva.

“Surge así, de modo gradual, una agenda para la transformación de unas relaciones entre derecho y economía muchas veces soslayadas por un pensamiento débil y defensivo.

“Una visión de las dimensiones económicas de los procesos constitucionales más acostumbrada al reflejo adaptativo ante la crisis, que a la opciones activas y responsable en favor de un Estado de Derecho efectivamente vigente, situado por definición y principio más allá de los avatares del ciclo recurrente de las crisis económicas e institucionales.”

Exposición del doctor Alfredo M. Vítolo sobre “*El Derecho Internacional y la interpretación de la Constitución*”:

La discusión sobre el rol que cumple el derecho internacional en el estado constitucional es tan antigua como la existencia misma de este último. En un mundo cada vez más interdependiente y globalizado, en donde el derecho internacional de los derechos humanos es presentado como un nuevo *ius commune*, donde aparece el llamado derecho derivado propio de los sistemas de integración, y en donde la noción de soberanía nacional se encuentra en crisis, esta discusión se potencia. ¿Cuál es hoy este rol?

Dentro de este marco, la presentación de Alfredo M. Vítolo pretende esbozar unas ideas preliminares acerca de solo uno de los muchos aspectos que presenta esta cuestión ¿pueden los jueces nacionales (tanto aquellos pertenecientes a sistemas del *common law*, como a los de derecho continental) recurrir al derecho internacional – tanto al derecho comparado como al derecho internacional público – en la interpretación de las normas constitucionales, en ausencia de un claro mandato constitucional al respecto?

En el análisis, se pasa revista a los antecedentes históricos, y a la célebre discusión entre monistas y dualistas, propia de comienzos del siglo XX, así como a la respuesta que han dado al interrogante los tribunales, tanto argentinos como de otras jurisdicciones nacionales y supranaciona-

les. Desde esta óptica, se analizan la llamada “fertilización cruzada”, entendida como la contribución que otros sistemas jurídicos pueden realizar al propio fundada en la idea de una conciencia jurídica común y la igualdad intrínseca de los seres humanos, así como su contracara, el llamado “nacionalismo constitucional”. También se señalan los riesgos que la aplicación rígida de una u otra teoría presentan. De este modo en la presentación se procura alcanzar una síntesis en donde se reflejen las realidades jurídico-políticas de nuestro tiempo, en particular, la subsistencia del principio del estado-nación, y de la supremacía de los ordenamientos jurídicos nacionales, fruto de la decisión libre de los integrantes de la comunidad política, conciliadas con ese “mundo global”. La exposición de Alfredo M. Vítolo concluye con una apelación a modificar sustancialmente la formación de abogados y jueces domésticos, exponiéndolos sin temores a los desarrollos del derecho internacional y del derecho comparado a fin de conciliar dichas nuevas realidades.

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se iniciaron en el mes de mayo, oportunidad en que la doctora Alicia J. Stratta ofreció una muy interesante exposición sobre la reforma introducida por la ley 26.361 a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Como método expositivo fue analizando las modificaciones según el orden del articulado de la ley.

Fue así que abordó los cambios realizados al art. 1º - Objeto -, 2º - Concepto de Proveedor -, y 3º - Relación de Consumo -. En relación con esta última hizo mérito de los agregados plasmados en el primer y tercer párrafo, destacando la norma sobre integración normativa para evitar eventuales contradicciones entre el estatuto del consumidor y otros regímenes específicos como el bancario y de seguros.

También acotó que la reforma introdujo al art. 7º, la penalización por la falta de cumplimiento de la oferta, ausente en el anterior texto.

Comentó los dos agregados a la enumeración de requisitos prevista en el art. 10º de la ley 24.240.

Respecto de los vicios redhibitorios, apuntó que la nueva redacción del art. 11º salva una polémica sobre la aplicabilidad de esta normativa o la del Código Civil sobre la materia, que se presentó mientras regía la anterior redacción de la norma.

Se refirió también a los cambios en la regulación de la venta domiciliaria y las operaciones financieras y de crédito.

Finalmente mencionó que la creación de una nueva categoría de daño - art. 40º bis -, el daño directo, cuyo concepto no encuentra debida correlación con las categorías de daño reguladas en el Código Civil, es pasible de varias interpretaciones y puede generar incertidumbre.

La exposición motivó el interés de todos los asistentes, quienes intervinieron activamente con comentarios sobre las novedades introducidas por la reforma legislativa.

Dicho interés, y la falta de tiempo para abordar, aún resumidamente, las restantes modificaciones traídas por la nueva normativa a la ley de defensa del consumidor determinaron la iniciativa del Director del Instituto de proseguir con el tratamiento del tema en la siguiente reunión del Instituto, a realizarse en el mes de junio.

Entonces, el doctor Eduardo Roca disertó sobre el tema “Análisis del proyecto de creación del Registro de Personas Jurídicas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

El orador señaló inicialmente que el mencionado proyecto generó distintas reacciones. Desde su perspectiva, tiene complejidades, como ser: a) Las facultades del Gobierno de la Ciudad para dictar dicha ley (art. 129 Constitución Nacional, la llamada “Ley Cafiero”, y el art. 25 de la Constitución de la Ciudad Autónoma); b) Cuál es el sentido de esta ley, y cómo van a coexistir los dos registros. En opinión del doctor Roca, el Gobierno de la Ciudad puede legislar sobre esta materia, pero es más dudosa su facultad de crear un registro cuando ya hay otro en funciones. Correspondería, si fuera el caso, derogar la ley 22.316 y designar un funcionario que pueda acordar con la Nación las bases para el traspaso al Gobierno de la Ciudad en forma ordenada y armónica de la documentación y bienes inmuebles afectados al uso de la IGJ, y que previamente se consulte a las cámaras, universidades, etc. qué tipo de registro se quiere organizar. De su lado postula que se separen las funciones hoy en cabeza del Registro y que éste sólo conserve la facultad de registrador.

La exposición generó un rico intercambio de opiniones entre los asistentes, quienes se mostraron muy interesados por la problemática planteada.

En la sesión del mes de julio, la doctora Stratta completó la exposición iniciada en la reunión del mes de mayo sobre la reforma introducida por la ley 26.361 a la ley de defensa del consumidor.

Esta reunión contó con la presencia de la mayoría de los miembros del Instituto, y con los doctores Carlos Veiga y Ángeles Roncoroni, en calidad de invitados.

La doctora Stratta comenzó por destacar ciertas interferencias de competencias que plantea la nueva ley, entre las facultades de la Secretaría de Comercio de la Nación y las autoridades locales provinciales.

Respecto de la reglamentación de la ley, queda claro que el derecho del consumidor no integra lo que se denomina como derecho común. Aunque materialmente haya normas de dicha ley que resultan materia propia del derecho común. Cabe entonces considerar que se puede plantear que se reglamente localmente la ley en cuestión, en el ámbito de las distintas competencias involucradas.

Sobre las sanciones, puso de resalto que se amplió el plazo para la prescripción de las acciones pertinentes. También destacó como novedad la legitimación procesal de las asociaciones de consumidores.

En relación con los daños punitivos, acotó que su regulación está presente en general en el derecho comparado, pero que, sin embargo, en el derecho argentino no hay lugar para que de oficio se establezcan daños punitivos. Otro aspecto de estos daños es que va en beneficio del actor, lo que plantea el peligro de que si existen muchos consumidores que puedan aducir encontrarse en igualdad de condiciones de quien planteó el reclamo inicial, la multa podría renacer en cada nuevo caso que se invoque.

Sobre las acciones de incidencia colectiva, aclaró que para transarse es necesaria la previa vista a la asociación, salvo que la acción hubiere sido iniciada por ésta. Añadió que en la ley no ha definición sobre el momento y el modo en que se determinan las clases, en las acciones de esta índole.

La exposición generó un muy interesante intercambio de ideas entre los asistentes, habiendo tomado intervención los doctores Rafael Manóvil, Héctor Alegria, Osvaldo J. Marzorati, Julio César Otaegui, Jaime L. Anaya y Pablo D. Heredia.

La doctora María Celia Marsili expuso en agosto sobre el tema “El balance de responsabilidad social y ambiental. A propósito de la ley 2594 de la Ciudad de Buenos Aires”.

Inició su disertación explicando que la referida ley, según su artículo 1º, tiene como propósito promover en las organizaciones un comportamiento ambiental y social responsable y sustentable, a cuyo fin regula el balance de que se trata. Señaló que la ley debió ser reglamentada, de acuerdo a su texto, dentro de los 60 días de su promulgación, que tuvo lugar el 16 de enero de 2008. La reglamentación debería contemplar el contenido mínimo de los Balances de Responsabilidad Social y Ambiental, y los requisitos referidos a los aspectos sociales y ambientales y condiciones de equidad, como también organizar el Registro en el que deben inscribirse las empresas obligadas y aquellas que lo ela-

boren voluntariamente. La falta de reglamentación, vencido el plazo para ello, determina, a su criterio, la imposibilidad de cumplimiento de la misma.

Desde otro punto de vista, destacó que en el caso de uno de los sujetos comprendidos, esto es las sociedades comerciales, la materia sobre la cual se legisla no es del resorte local, sino que corresponde al ámbito nacional, y por lo tanto, reservada al Congreso de la Nación. En ese sentido, negó competencia al Gobierno de la Ciudad para exigir la presentación de un balance, materia que se encuentra regulada por la Ley N° 19.550.

Añadió que la circunstancia de que la aplicación de la ley esté prevista para empresas con domicilio legal en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires y desarrollen su actividad en ella importa colocar a estas últimas en una situación de discriminación respecto a las del resto del país.

De allí que concluyó en la inconstitucionalidad de la ley en cuestión, que podría canalizarse a través de la acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por otra parte, enfatizó en la circunstancia de que la temática de la responsabilidad social empresaria y su exposición son temas que se encuentran en las primeras etapas de su evolución y requieren de un muy cuidadoso análisis para el diseño de las políticas jurídicas, y según su experiencia, la voluntariedad es, por ahora, la vía más razonable para la presentación de documentos como el contemplado en la ley.

El tema generó un interesante intercambio de ideas, contexto en el cual doctor Guillermo Ragazzi comentó que hay cuatro proyectos de ley de Responsabilidad Social Empresaria a nivel nacional.

En la reunión del mes de setiembre el doctor Ignacio Escuti expuso sobre “El derecho de receso”.

Hizo un repaso sobre la evolución del instituto en el tratamiento jurisprudencial, comenzando por el precedente Riello, comentando luego el fallo “Bieckert”, el caso “Tacchi c/Peters”, y “Cladis de Menéndez c/ E. Daneri” - judicialidad del aumento de capital -; y finalmente se detuvo en el caso “Marín c/ CCI - un precedente donde se trataba de obligaciones negociables convertibles en acciones y se discutía si era posible receder en un aumento de capital no suscripto -.

Destacó luego como temas actuales del derecho de receso, el del valor de liquidación de la parte, y las causales de receso.

El doctor Escuti expresó su opinión respecto a que la institución debe flexibilizarse en el tratamiento que le da la ley societaria, y postuló que en la actualidad, a la luz de la correcta aplicación del decreto 677, debería considerarse inconstitucional el art. 245 de la ley de sociedades. Añadió que sería conveniente que se distingan soluciones diversas según las distintas situaciones, a saber, sociedades anónimas familiares, sociedades cerradas, y sociedades abiertas.

Ponderó también la reforma italiana sobre el instituto, del año 2003, donde se previó el receso en caso de grupos empresarios - receso en la controlada por problemática en la controlante -, causales de receso - inderogables, legales derogables y estatutarias -.

Tras la exposición se generó un interesante intercambio de ideas. El doctor Carlos S. Odriozola recordó que se puede aumentar en el actual régimen legal el número de casos de receso por vía estatutaria. El doctor Héctor Alegria puntualizó que debe repensarse el tema del pacto de sindicación de acciones y su oponibilidad a la luz de las nuevas tendencias. El doctor Daniel Vergara del Carril a su vez recordó que casi todas las constituciones con sociedades que pertenecen a distintos grupos contienen pactos de salida, que funcionan correctamente, de modo que considera que podrían incorporarse normativamente. A su turno el doctor Araya destacó que es muy distinta la situación de la sociedad abierta respecto de la cerrada; y que tal disparidad de situaciones requería un tratamiento normativo también diferenciado. Desde otra óptica, el doctor Ragazzi acotó que en el último Congreso societario, llevado a cabo en La Falda, hubo varias ponencias que, considerando la empresa/sociedad de familia, era conveniente recurrir a la plasticidad de la ley de sociedades, sin necesidad de recurrir a un sub-tipo societario nuevo: empresa familiar, desde que la ley prevé la posibilidad de reglamentos y cláusulas específicas.

En la reunión del mes de octubre el doctor Daniel Vergara del Carril expuso sobre “La valuación de las acciones en los casos de adquisición no voluntaria o impuesta por la ley, y la adquisición de las acciones por la propia sociedad cotizante”.

El expositor señaló inicialmente que la valuación es un tema muy discutido, que produce conflictos societarios frecuentemente. Recordó que el art. 245 de la ley de sociedades habla del valor de receso según el último balance realizado o que deba realizarse según las normas legales o reglamentarias, mas no fija un criterio concreto de valuación. Agregó que doctrinariamente se interpretó que debía considerarse el VPP - valor libros -, aunque tal criterio empezó a resquebrajarse a partir de la irrupción del fenómeno inflacionario, lo que debió ser corregido mediante la aparición del revalúo contable o ajuste por inflación. De otro lado, este último reme-

dio vino también a contrarrestar el efecto de las amortizaciones contables. Sin embargo desde la ley de convertibilidad – 1991 - y salvo un breve período de nueve meses desde mediados de 2002, el ajuste de capital fue dejado sin efecto.

Luego comentó el caso “Ruberto c/ Atanor”, ponderando especialmente el laudo del Tribunal Permanente de la Bolsa de Comercio, en cuanto procuró la búsqueda de un precio equitativo. En tal sentido, puntualizó que existe una norma de la Bolsa de Comercio que establece que además de los valores contables amortizados de los tangibles, debe consignarse en el Balance, en otra columna a su lado el valor de aseguramiento de esos bienes.

Añadió que aunque la CNV puede objetar el precio de compra, en la práctica ha respetado las valuaciones acompañadas por la sociedad - que provienen de terceros independientes o del Comité de Auditoría -.

Finalmente postuló que podría considerarse también un criterio no mencionado en la ley, aunque difícilmente mensurable, cual es que en su parecer, el inversor de bolsa busca una inversión que le genere una expectativa de apreciación de la acción por encima de los resultados normales de otro tipo de inversiones, ya que se trata de una inversión de riesgo.

Luego abordó el tema de la adquisición de las acciones propias por la sociedad. Empezó por rememorar un trabajo del doctor Odriozola sobre el tema. Luego recordó brevemente que si bien la mayoría de las legislaciones fueron inicialmente muy restrictivas en relación a la posibilidad de compra de las acciones por la sociedad emisora, como el Código de Comercio original, dicha tendencia fue virando progresivamente a adherir al criterio establecido en el actual art. 220 de la ley societaria.

Se detuvo especialmente en la consideración de lo que debe entenderse como “daño grave” que justifica la decisión del Directorio de adquisición de las propias acciones. Vinculó dicho concepto al del interés social. También planteó el problema que puede suscitar la falta de ulterior aprobación por parte de la Asamblea de lo resuelto por el Directorio, cuando ya la compra de las acciones se ha efectivizado. Asimismo comentó el conocido caso “Pampa” fallado por la Sala D de la Cámara Comercial, donde se planteó el tema de la enajenación posterior por la sociedad de las acciones compradas por ésta.

Tras la exposición del doctor Vergara, hicieron uso de la palabra los doctores Manóvil, quien se refirió a varios de los temas considerados, entre ellos a que en su criterio autorizar la compra de acciones propias

cuando se trata de una crisis sistémica, esto es, que no es particular de la sociedad cotizante; Marzorati y Odriozola, quien recordó que el doctor Zavala Rodríguez hablaba del valor llave negativo.

Por último, el doctor Alegria dijo, en el mismo sentido que el doctor Odriozola, que el valor llave no necesariamente está ligado a las ganancias, sino que puede depender de otros factores, por ejemplo, la posición en el mercado; también se manifestó en el sentido de que es necesario que los laudos relativos a sociedades cotizantes, sobre temas con tenor societario, deberían ser públicos.

En la última reunión del año, el doctor Raúl Etcheverry disertó sobre el tema "Crítica a la Teoría de la Personalidad Jurídica". El trabajo completo del profesor Etcheverry podrá leerse en el último número, ahora en prensa, de la Revista de Derecho Privado y Comunitario que dirige el académico doctor Héctor Alegria.

El orador empezó por examinar distintos elementos que son comunes a todo ente organizado, como por ejemplo el interés social o la responsabilidad, y arribó a la conclusión preliminar de que dichos elementos no están necesariamente ligados al concepto de personalidad.

Luego afirmó que existen muchos entes de organización que no son contratos, respecto de los cuales la doctrina del contrato plurilateral de organización tampoco encuentra una acabada explicación. Por otra parte postuló que el art. 1137 del Código Civil puede ser atribuido, en la visión de Vélez Sarsfield, a los contratos de cambio. Además, en el año 1968 la reforma al art. 46 del Código Civil introdujo dos o tres clases de asociaciones.

Por último, la ley de sociedades conlleva cierta confusión, a su modo de ver, en el esquema normativo argentino, al reconocer explícitamente personalidad a todas las sociedades, con algunas excepciones. En ese sentido, reflexionó sobre la circunstancia de que se apreciaría que la personalidad admite matices en sociedades como las irregulares, o las sociedades del Estado, o bien en los consorcios de cooperación y en las UTE's.

Respecto de la vinculación entre el sistema de responsabilidad civil y la personalidad, marcó la diferencia que existe entre nuestro sistema y el anglosajón. Reparó puntualmente en que, según su perspectiva, la construcción de la teoría de la penetración es sencilla en dicho derecho, a diferencia del sistema argentino, donde se verifican dos pasos, la determinación de la inoponibilidad de la persona jurídica, y la atribución de responsabilidad en función de determinados supuestos.

Agregó que, según su opinión, la personalidad no es un principio general del derecho a diferencia del, por ejemplo, derecho a asociarse, que sí lo es, teniendo además, protección constitucional.

Postuló conveniente suprimir la personalidad jurídica, reemplazándola por un sistema de atribución de responsabilidad. La personalidad jurídica parece haber surgido para regular un esquema análogo al de la persona física. Sin embargo la evolución del derecho permitiría, a su juicio, ordenar de una mejor manera las ideas para evitar las contradicciones, como las que actualmente existen en nuestro sistema legal sobre este tema. En cambio manifestó su desacuerdo con suprimir la responsabilidad limitada mientras se mantenga imperante el principio de la economía de mercado. Citó una numerosa cantidad de doctrina nacional y extranjera.

Luego de su disertación, hubo un nutrido intercambio de opiniones entre los asistentes. El doctor Otaegui se refirió al sentido del art. 14 de la Constitución Nacional, y también comentó sobre el art. 39 del Código Civil y la raíz histórica de dicha norma.

Asimismo, el doctor Edgar Jelonche expresó su acuerdo con el doctor Etcheverry en el sentido de que existe un problema de incoherencia sistemática en el derecho argentino, que ha recibido influencias de todos los derechos europeos, a diferencia de derechos como el inglés y el francés, que tienen rasgos propios y una marcada coherencia. En coincidencia con el doctor Jelonche, el doctor Manóvil señaló que finalmente se trata de atribuir determinados efectos a situaciones que se plantean en la realidad, y que si se suprime el concepto de personalidad, luego terminará utilizándose otro, que tendrá similar alcance. También se refirió al sentido del art. 54 inc. 3 de la ley de sociedades.

Por último, el doctor Ragazzi recordó la reforma introducida en la Constitución Nacional en 1994 al art. 43, que receptó el derecho de las asociaciones. Y vinculado a ese tema comentó sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha ponderado la equiparación al ordenamiento patrio de los Tratados Internacionales para juzgar casos relacionados con la libertad de asociación, mientras no haya un objeto ilícito y no se afecte directamente derechos de terceros.

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

Esta sección comenzó sus actividades en el mes de marzo y las finalizó en noviembre. Se realizó una reunión mensual en la sede de la Academia, generalmente los primeros martes de cada mes por cuanto, en algunas oportunidades, y por razones de agenda, se alteró dicho día.

A principio de año, en la primera sesión, se estableció un temario para las sucesivas reuniones. En cada una de ellas, uno de los integrantes del grupo, previamente designado, la inició con una exposición del tema antes determinado, y luego se efectuó un cambio de ideas y de información sobre el mismo.

Seguidamente se detallan las reuniones, fecha de las mismas, temario y expositor en cada una de ellas, exceptuándose las correspondientes a los meses de agosto, setiembre, octubre y noviembre, en las que se entregaron los trabajos para un libro en homenaje al doctor Antonio Vázquez Vialard, fundador de la Sección, y se distribuyeron temas para el próximo ciclo.

El 8 de abril, *“Teletrabajo”*, por Juan Carlos Fernández Humble.

El 6 de mayo, *“Descentralización y derecho de la seguridad social”*, por Roberto Izquierdo.

El 3 de junio, *“Intermediación. Empresas de servicios eventuales”*, por Susana Corradetti.

El 1° de julio, *“Las agrupaciones de colaboración. Unión Transitoria de Empresas. Los consorcios de cooperación”*, por Carlos Etala.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Augusto M. Morello el Instituto desarrolló una intensísima tarea, motivada por el estado avanzado de los desarrollos del Pacto de Estado para la Justicia y la presentación del documento de trabajo final de los Códigos Procesales Civil y Comercial para la Nación, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, emprendimientos que, con sucesivas adaptaciones, ajustes y transformaciones, asumimos en 1993.

Corresponde señalar que la actual transición y cambios profundos en la arquitectura y organización de los trámites correspondientes al proceso justo constitucional son de arrolladora significación desde tres dimensiones convergentes: *la constitucional, la social y la transnacional*, además de los revolucionarios avances técnicos (cultura digital, organización empresarial de los juzgados, las comunicaciones: régimen de notificaciones), que llega a un permanente entrenamiento, aperturas y flexibilizaciones.

Los miembros del Instituto y los colegas que están a cargo de los anteproyectos (doctores Rolan Arazi, Mario Kaminker y la Dirección del Instituto) brindan particular atención a las adecuaciones que provocan las nuevas características no sólo de la litigación penal, sino de la civil, como la amplitud de las legitimaciones, la reformulación de las categorías y simplificación de las tutelas diferenciadas, el ascenso de los procesos colectivos (Cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo), y la consolidación de las garantías fuertes (amparo), entre otras.

IV
CENTENARIO

ACTA N° 994

----- *En Buenos Aires, el siete de octubre de dos mil ocho, siendo las 18.30, se reúne en sesión pública la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con la Presidencia de su titular, el señor académico doctor Julio César Otaegui, e integrada por treinta académicos de número, los señores académicos doctores Segundo V. Linares Quintana, sitial Esteban Echeverría; Julio H. G. Olivera, sitial Juan Bautista Alberdi; José Domingo Ray, sitial Manuel Obarrio; Alberto Rodríguez Varela, sitial Luis María Drago; Juan R. Aguirre Lanari, sitial Salvador M. del Carril; Horacio A. García Belsunce, sitial Félix Frías; Alberto Rodríguez Galán, sitial Carlos Pellegrini; Juan Carlos Cassagne, sitial Antonio Bermejo; Augusto M. Morello, sitial Mariano Moreno; Félix A. Trigo Represas, sitial Nicolás Avellaneda; Jaime Luis Anaya, sitial Rodolfo Rivarola; Eduardo Aguirre Obarrio, sitial José Figueroa Alcorta; Jorge R. Vanossi, sitial José A. Terry; Hugo Caminos, sitial Eduardo Acevedo; Aída R. Kemelmajer de Carlucci, sitial Aristóbulo del Valle; Carlos M. Bidegain, sitial José María Moreno; Julio César Otaegui, sitial Estanislao Zeballos; Julio César Rivera, sitial Dalmacio Vélez Sársfield; Santos Cifuentes, sitial Bartolomé Mitre; Jorge H. Alterini, sitial Alfredo Colmo; Víctor Tau Anzoátegui, sitial Lucio V. López; Roberto E. Guyer, sitial Lisandro Segovia; Héctor Alegria, sitial Roque Sáenz Peña; Gregorio Badeni, sitial Manuel Quintana; Horacio P. Fargosi, sitial Carlos Calvo; Enrique M. Falcón, sitial Domingo F. Sarmiento; Roberto E. Luqui, sitial José Manuel Estrada; Fernando N. Barrancos y Vedia, sitial Roberto Repetto; Mariano Gagliardo, sitial Juan A. Bibiloni; y José W. Tobías, sitial José N. Matienzo.*

----- *Están presentes los señores académicos doctores José Domingo Ray, Alberto Rodríguez Varela, Juan R. Aguirre Lanari, Alberto Rodríguez Galán, Juan Carlos Cassagne, Augusto M. Morello, Eduardo Aguirre Obarrio, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Carlos M. Bidegain, Santos Cifuentes, Jorge H. Alterini, Víctor Tau Anzoátegui, Héctor Alegria, Gregorio Badeni, Enrique M. Falcón, Roberto E. Luqui, Fernando N. Barrancos y Vedia, Mariano Gagliardo y José W. Tobías. En uso de licencia los señores académicos docto-*

res Jaime L. Anaya, Jorge R. Vanossi y Hugo Caminos. Ausentes con aviso por razones de salud los señores académicos doctores Segundo V. Linares Quintana y Horacio A. García Belsunce. Ausentes con aviso los señores académicos doctores Julio H. G. Olivera y Horacio P. Fargosi.

----- Asisten el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo Lorenzetti; el señor representante de la Cámara Nacional de Casación Penal, y Presidente de la Sala IV, doctor Gustavo Hornos; el señor Presidente de la Cámara Nacional Electoral, doctor Rodolfo Munne; el señor Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, doctor José Osvaldo Casás; el señor Vicepresidente de la Junta Federal de Cortes, doctor Luis Francisco Lozano; el señor académico representante de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y ex vicepresidente de la Nación, doctor Víctor Martínez; el señor Presidente de la Academia Nacional de la Historia, doctor César García Belsunce; el señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, y académico representante de la Academia Nacional de Medicina, doctor Eduardo Charreau; el señor Presidente de la Academia Nacional de Agronomía y Veterinaria, doctor Carlos Scoppa; el señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, doctor Gregorio Badeni; el señor Vicepresidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, doctor Amilcar Argüelles; el señor Rector de la Universidad del Salvador, doctor Juan Alejandro Tobías; el Señor Director del Doctorado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino, doctor Ricardo Balestra; académicos de número y distinguidos concurrentes.

----- Al abrir el acto, el señor académico Presidente expresa que la Academia se ha reunido en sesión pública para conmemorar el Centenario de su creación, y que, dada la naturaleza del acto, invita a iniciarlo entonando las estrofas del Himno Nacional, lo que así se hace.

----- Acto seguido, y tras los debidos saludos, expresa que no se encuentran presentes por razones de salud los señores académicos ex presidentes, doctores Segundo V. Linares Quintana y Horacio A. García Belsunce.

----- Resalta como arquetipo al académico decano doctor Segundo V. Linares Quintana, incorporado como miembro de número en 1956, quien, desde entonces, hasta hoy, ha brindado su aporte permanente a la Corporación. Así, el año pasado, en este salón, presentó una obra magistral titulada "Tratado de Interpretación Constitucional. Homenaje a Karl Loewenstein", tomos I y II.

----- A continuación, evoca “Los cien años de la Academia”. (La disertación se publicó en la obra “Centenario 1908 – 7 de octubre – 2008”).

----- Seguidamente, el señor académico presidente doctor Julio César Otaegui hace presente que, conforme al orden de la sesión, corresponde rendir homenaje a los académicos fundadores del 7 de octubre de 1908, descubriendo una placa en el salón de actos con sus nombres: Manuel Obarrio, Benjamín Victorica, Wenceslao Escalante, Juan M. Garro, Ángel S. Pizarro, Francisco J. Oliver, Francisco Canale, Ernesto Weigel Muñoz y Ernesto Quesada.

----- Invita a ponerse de pie, lo que así se hace, y, junto con el señor académico secretario doctor Santos Cifuentes, procede a descubrir la placa en homenaje a los académicos fundadores.

----- Siendo las 19,30, la Presidencia da por concluida la sesión.

Santos Cifuentes
Académico Secretario

Julio César Otaegui
Académico Presidente

V

HOMENAJES

ACTA N° 996

----- En Buenos Aires, el veintisiete de octubre de dos mil ocho, a las 11.30, visitan al señor académico decano y ex presidente doctor Segundo V. Linares Quintana, en su domicilio particular, el señor académico presidente doctor Julio César Otaegui, los señores académicos ex presidentes doctores José D. Ray, Horacio A. García Belsunce y Alberto Rodríguez Galán, el señor académico subdirector del Instituto de Derecho Constitucional, doctor Gregorio Badeni y el señor académico doctor Mariano Gagliardo. Ausentes con aviso por razones de fuerza mayor el señor académico director y el señor académico miembro del Instituto de Derecho Constitucional doctores Juan R. Aguirre Lanari y Jorge R. Vanossi, y el señor académico secretario doctor Héctor Alegria.

----- El objeto de la visita es reiterar las manifestaciones vertidas en la sesión pública del siete de octubre de dos mil ocho con motivo del Centenario de la Academia y hacer entrega al señor académico doctor Segundo V. Linares Quintana de la medalla conmemorativa acuñada para el acontecimiento.

----- Durante la visita se resalta la persistente exhortación de la Academia a la fiel observancia de la Constitución y el valiosísimo y permanente aporte brindado por el señor académico Segundo V. Linares Quintana, maestro del Derecho Constitucional, desde su incorporación en 1956 hasta el presente.

----- El maestro agradece con sentidas palabras los conceptos y la medalla, y subraya la importancia de la actividad académica.

Horacio A. García Belsunce José D. Ray Julio César Otaegui

Mariano Gagliardo Gregorio Badeni Alberto Rodríguez Galán

VI

DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

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

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires hace pública su solidaridad con su miembro de número doctor Eduardo Aguirre Obarrio, ante noticias dadas por los medios, sobre hechos que no guardan relación de causalidad con las funciones desempeñadas.

La trayectoria intachable del doctor Eduardo Aguirre Obarrio en la cátedra, en el foro, y en su vida pública y privada, de que dan cuenta numerosas generaciones, torna inverosímil que haya incurrido en la acción u omisión de conductas que violen o afecten la intangibilidad de la vida, o de los derechos humanos que le son inherentes, por los que aquél en particular, y esta Institución, desde su creación hace un siglo, velan y defienden.

Buenos Aires, 14 de marzo de 2008

Santos Cifuentes
Académico Secretario

Julio César Otaegui
Académico Presidente

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

“La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cumpliendo con los fines impuestos por su Estatuto, no puede ignorar las graves vicisitudes sociales, políticas y económicas que afronta la Nación debido a la desarticulación del sistema institucional establecido por su Constitución con un grado de intensidad que, quizás, es el más elevado que se registra en los últimos 25 años.

El apartamiento del mensaje constitucional, no se percibe en un acto aislado. En varias oportunidades la Academia destacó diversos sucesos que, paulatinamente, nos alejan del proceso de transición a la democracia iniciado en 1983, acarreado un retroceso preocupante que nos inserta en una transición al caos institucional y consecuente autoritarismo.

Uno de tales hechos reside en la imposición de gravámenes al margen de lo dispuesto por los arts. 4, 16 y 75, inc. 1º, y 103 de la Ley Fundamental, acarreado un conflicto que perturbó la paz social, la seguridad y la convivencia democrática, mediante el desconocimiento del derecho de propiedad y la libertad de tránsito que garantizan sus arts. 14 y 17. Sin esa paz social, que presupone una convivencia armónica basada sobre la tolerancia, el pluralismo, el debate de las ideas y el cabal funcionamiento de todos los órganos gubernamentales dando fiel cumplimiento a las atribuciones y cargas impuestas por la Constitución, difícilmente permitirá alcanzar sus nobles fines que aspiran a concretar la libertad, dignidad y progreso de todos los habitantes del país. La paz interior reclama el cumplimiento de la Constitución y lo reclama con urgencia.”

Buenos Aires, 5 de junio de 2008.

Santos Cifuentes
Académico Secretario

Julio César Otaegui
Académico Presidente

FUNDAMENTO

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en cumplimiento de los fines que le impone el art. 2º, inc. 3º) de su Estatuto, no puede permanecer al margen ni ignorar las graves vicisitudes sociales, políticas y económicas que afronta la Nación debido a la creciente desarticulación del sistema institucional establecido por la Ley Fundamental, máxime advirtiendo que su grado de intensidad es, quizás, el más elevado que se registra en el curso de los últimos 25 años.

El apartamiento del mensaje constitucional, forjado por quienes organizaron la República, no se percibe en un acto aislado. En varias oportunidades la Academia destacó la presencia de una serie de sucesos que conforman eslabones de una cadena que, retirándose paulatinamente del camino de transición a la democracia iniciado en 1983, acarrear un retroceso preocupante que desemboca en una transición al caos institucional y consecuente autoritarismo.

Uno de tales eslabones se manifiesta en el conflicto social suscitado recientemente con motivo de las retenciones impuestas a la exportación de productos agropecuarios, y que perturba seriamente la paz social. Las retenciones son derechos o impuestos de exportación reglados por el art. 724 y siguientes del Código Aduanero sancionado por la Ley N° 22.415 publicada el 2 de marzo de 1981. Esa ley, si bien tipifica la contribución, determina el hecho imponible y prevé al sujeto pasivo, faculta al Poder Ejecutivo para fijar, en forma directa o implícita, el monto del gravamen que es uno de los elementos esenciales del tributo. Sin embargo, todos los elementos que componen un impuesto deben ser inexorablemente establecidos por ley del Congreso. Así lo disponen los arts. 4, 16 y 75, inc. 1º, de la Constitución Nacional. Este último categóricamente establece que corresponde al Congreso: “Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación”.

Solamente el Congreso, actuando como Cámara de origen la de Diputados (art. 52 CN), está habilitado para imponer derechos fiscales, impuestos, tasas y contribuciones. Se trata de una potestad del órgano legislativo, cuya consagración se remonta a la Carta Magna Inglesa de 1215 y que fue incorporada a todos los textos constitucionales forjados por el secular movimiento constitucionalista. Así, en nuestro país, desde el mismo 25 de mayo de 1810, el órgano ejecutivo fue privado de la potestad de imposición tributaria, y tal determinación fue reiterada en todos los antecedentes constitucionales anteriores a la organización nacional concretada con la Constitución de 1853/60.

Resulta, constitucionalmente, inadmisibles que el Poder Ejecutivo se arrogue atribuciones propias del Congreso estableciendo el monto de un impuesto, pues tal solución sólo sería viable si el legislador estableciera montos máximos y mínimos razonables, autorizando al Presidente de la República a variar su determinación entre ellos, tal como acontece con la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Sin embargo, la inobservancia de semejante regla elemental por el Código Aduanero y el Poder Ejecutivo, permiten sostener la inconstitucionalidad de las retenciones impuestas que, ni siquiera, pueden provenir de un decreto de necesidad y urgencia o de una legislación delegada (arts. 76 y 99, inc. 3º, CN). Menos aun pueden ser establecidas por una resolución ministerial considerando que, el art. 103 de la Constitución Nacional, prohíbe a los ministros dictar resoluciones que no conciernan al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera que el citado conflicto social es consecuencia del incumplimiento de las normas constitucionales. Si su tratamiento hubiera sido sometido a la consideración del Congreso, con el consiguiente debate público, requerimiento de opiniones a los sectores involucrados y emisión de juicios por parte de los grupos sociales de opinión pública, se habría dado fiel cumplimiento al principio de legalidad fiscal, sin perjuicio del cuestionamiento que, en algún caso particular, se pudiera efectuar ante el Poder Judicial. Pero, la legalidad y el debate público republicano impuestos por la Constitución, habrían privado de toda licitud y legitimidad a los factores desencadenantes del conflicto.

El grave deterioro del sistema institucional que diluye la firmeza propia de un auténtico Estado de Derecho no es consecuencia del problema

suscitado por la imposición inconstitucional de las retenciones a la exportación de productos agropecuarios. Es, tan sólo, el último de los eslabones de una desafortunada cadena compuesta por medidas y conductas cuya rectificación se impone para concretar los grandes objetivos de la Constitución Nacional: la libertad responsable, la dignidad y el progreso de los habitantes del país.

En este marco, resulta preocupante la inoperancia del Congreso de la Nación en el ejercicio de su función de control sobre el Poder Ejecutivo. Si bien es comprensible que los legisladores guarden fidelidad a las directivas que emanan de los grupos políticos que integran, sobre ella se impone la fidelidad que se debe al pueblo y que está conformada por el logro del bien común a la luz de una política gubernamental arquitectónica. Deben tener conciencia, a igual que todos los funcionarios gubernamentales que, en el ejercicio de sus mandatos, están obligados a reconocer la supremacía de esa política sobre la política agonal.

La doctrina de la separación de las funciones del poder estatal, esbozada por Locke, formulada por Montesquieu y complementada por Lowenstein, es una de las garantías fundamentales para la manifestación de una república y una convivencia democrática. El respeto hacia esa separación y a su digna sustentabilidad, garantizando asimismo el funcionamiento eficiente de todos los órganos de control, es condición ineludible de un sistema político democrático constitucional que, si bien puede presentar falencias, es el más eficiente que se conozca para salvaguardar la libertad y dignidad del ser humano.

La vigencia de esa doctrina no se compadece con la permisividad del Congreso frente a la emisión arbitraria e injustificada de innumerables decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, muchos de ellos sin dar cumplimiento a las condiciones establecidas por el art. 99, inc. 3º de la Constitución. Corresponde, retomando plenamente su función legisferante, que el Congreso se ajuste al art. 82 de la Ley Fundamental y que, a la brevedad, se expida sobre el rechazo, tácito o expreso, o la aprobación de tales decretos soslayando la ausencia de un plazo a tal fin, omitido incomprensiblemente por el art. 22 de la Ley Nº 26.122.

Para fortalecer el control del Congreso sobre el Poder Ejecutivo, el art. 101 de la Constitución ordena que el Jefe de Gabinete debe concurrir mensualmente y de manera alternativa a cada una de sus Cámaras para informar sobre la marcha del gobierno. Sin embargo, el incumpli-

miento de esta cláusula durante el último lustro es manifiesto. Ni el Jefe de Gabinete cumple con su deber institucional ni las Cámaras del Congreso le exigen que honre el texto constitucional. Tal situación cercena ese control fundamental, impidiendo que los integrantes de las minorías congresuales, algunos miembros de la mayoría y el pueblo puedan conocer las razones determinantes de ciertos actos de gobierno, sus proyectos y medios para concretarlos.

Situación similar se presenta con las reuniones de gabinete de ministros impuestas por el art. 100, inc. 5º, de la Ley Fundamental. Ellas no son convocadas por el Jefe de Gabinete, y mucho menos presididas por el titular del órgano ejecutivo como, en principio y como regla general, lo impone esa norma.

Tampoco resulta razonable que, durante más de seis años, subsista la legislación de emergencia contemplada en el art. 76 de la Constitución, que ha permitido una expansión, por cierto riesgosa, de la función ejecutiva del gobierno. En un Estado de Derecho, el estado de emergencia es una situación excepcional y limitada en el tiempo, porque la vida de los pueblos presupone la manifestación de crisis, cuya envergadura es variable, que deben ser resueltas con inteligencia, procurando resguardar los derechos y garantías, y no mediante el sobredimensionamiento de un órgano del poder.

Esa tolerancia injustificada del Congreso, que trae aparejada una importante concentración del poder en el órgano ejecutivo del gobierno, explica la desafortunada legislación presupuestaria que otorga amplias y desmesuradas facultades al Jefe de Gabinete para decidir sobre el destino que corresponde asignar a las partidas presupuestarias.

En síntesis, el hiperpresidencialismo gestado por la pasividad del Congreso, está determinando una continua y creciente absorción de funciones legislativas por el Presidente de la República en desmedro de la garantía que configura la separación de las funciones del poder estatal. A esta situación patológica, se añade el paulatino deterioro de la estructura del Poder Judicial generado por el Poder Ejecutivo con la necesaria colaboración del Congreso y el Consejo de la Magistratura.

A la morosidad del Consejo de la Magistratura en la selección de las ternas de candidatos a jueces, se añade la indefinición del Poder Ejecutivo en la selección de uno de sus integrantes para, previo acuerdo del Senado,

asignarle la cualidad de juez natural de la Constitución. Esa morosidad y esa indefinición han determinado la existencia de numerosas vacantes en la titularidad de los juzgados y tribunales de alzada que perturban el eficaz desempeño del Poder Judicial. Tales actitudes conspiran contra la excelencia que tradicionalmente imperó en el Poder Judicial sin que, en modo alguno, pueda considerarse como una solución satisfactoria la sanción reciente de la Ley N° 26.376 sobre subrogancias. Es que, de mantenerse la situación actual, existe el riesgo serio y cierto de que la mayoría de las vacantes se cubran con subrogantes elegidos por el Poder Ejecutivo en función de sus objetivos políticos, transformando un régimen de excepción en una regla general que dista de adecuarse a nuestro sistema constitucional.

No escapa a esta crítica el funcionamiento del Consejo de la Magistratura. A su ausencia de agilidad, fruto de una endeble reglamentación legislativa e interna, se añaden las circunstanciales presiones ejercidas sobre algunos magistrados judiciales para que el contenido de sus sentencias se ajuste a ciertas líneas políticas. Esa lesiva intromisión para la independencia del Poder Judicial acarrea un margen preocupante de inseguridad en jueces probos, precipitando un éxodo de ellos mediante la renuncia a sus cargos. Considerando el lapso que insume la formación de un buen magistrado judicial, resulta incongruente desde el punto de vista institucional que se precipite su alejamiento del Poder Judicial cuando alcanza la aptitud ideal para el eficiente desempeño de su cargo. Pero, al margen de la presión sobre los jueces ejercida por algunos integrantes del Consejo de la Magistratura y que, públicamente, fue avalada por integrantes del Poder Ejecutivo, se opera también una ilegítima presión sobre algunos funcionarios administrativos de ese organismo que ha concluido con la renuncia de alguno de ellos. Tal el caso del ex secretario del Consejo, doctor Pablo Hirschmann, funcionario de carrera que registra antecedentes intachables a lo largo de su extensa trayectoria en el Poder Judicial.

La estructura del sistema institucional establecido por la Constitución presenta, como objetivos fundamentales e imperecederos, abogar por la plena vigencia de la libertad, la dignidad y el progreso de la sociedad y cada uno de sus integrantes. El logro de tan nobles objetivos, comunes a todas las democracias contemporáneas consolidadas, impone una especie particular de cultura forjada por la tolerancia, el pluralismo, la convivencia armónica y la seguridad, que consolidada la paz que añora toda sociedad.

Sin embargo, la serie de eslabones que conforman la cadena a que hemos hecho referencia, impiden la manifestación de aquellos elementos en la sociedad actual. La intolerancia de ciertos sectores gubernamentales y de grupos de presión fomentados por ellos es manifiesta y se traduce en actos de violencia cuya impunidad es sugestiva. Grupos utilizados con el deliberado propósito de producir divisiones en la sociedad argentina, transformando a los adversarios en enemigos. Se procura socavar el tradicional pluralismo argentino descalificando a quienes expresan un pensamiento que difiere del gubernamental. No se opera un intercambio y confrontación de ideas en el cual se impone la razón, sino el rechazo arbitrario del disenso mediante el agravio, y si es conveniente, acudiendo a la fuerza. La intolerancia, que destruye al pluralismo democrático, se extendió a los medios de prensa y periodistas que adoptan una postura crítica frente a ciertos actos gubernamentales o presuntos hechos delictivos que involucran a funcionarios públicos. Otro tanto mediante el proyecto de crear un observatorio oficial de los medios de prensa y de modificar la ley de radiodifusión sin un amplío y previo debate público que permita definir una normativa en función del interés general y no meramente del interés político gubernamental.

Desprovista de tolerancia y pluralismo, la convivencia social jamás podrá ser armónica ni democrática, y, por añadidura, jamás podrá ser un medio idóneo para alcanzar los objetivos de libertad, dignidad y progreso que la Constitución Nacional aspira a que realicen quienes acceden a los cargos gubernamentales. La división de la sociedad, el temor y la inseguridad, el odio, y por añadidura la ausencia de una convivencia pacífica, son los anticuerpos que impiden la concreción de las metas constitucionales.

Los eslabones de la cadena que precipita el grave deterioro institucional de la República no se agotan con los descriptos. A ellos se añaden muchos más, como la creciente inseguridad de los habitantes, víctimas de hechos delictivos; la insuficiente prevención por parte de las fuerzas de seguridad; los niveles insatisfactorios en materia de educación y salud pública; el incumplimiento efectivo e inmediato de las prestaciones jubilatorias; la ausencia de un plan de viviendas que satisfaga la dignidad que merecen quienes habitan asentamientos precarios; la defensa del valor de la moneda, rectificando las causas que originan la inflación y el aumento del costo de vida; promover las inversiones con exenciones impositivas y otros estímulos y garantías; fomentar las exportaciones; afianzar el federalismo garantizando la autosuficiencia económica de las provincias me-

diante la sanción de la tan anhelada ley convenio en materia fiscal; estructurar la reorganización de los partidos políticos y no confundirlos con las facciones políticas.

Todas ellas son materias pendientes, expresamente impuestas por la Constitución Nacional, que correspondería abordar en forma progresiva y orgánica para que la democracia sea real, y no meramente formal. Para que el proceso de degradación institucional sea suplantado por el que marca la Ley Fundamental para el logro de sus nobles y concretos objetivos.

OPINIÓN SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN Y ANTECEDENTES PARA LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI Y GREGORIO BADENI

Tenemos el agrado de dirigimos a usted con objeto de enunciar algunas de las observaciones que nos merece el proyecto de reforma del “Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación”.

Advertimos que el proyecto no se ciñe a ciertas reglas elementales que presiden la elaboración de normas jurídicas. En efecto, el proyecto dista de ser claro, conciso, incurriendo en ciertas contradicciones que tornan compleja su interpretación.

En el art. 1º se establece que la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial debe requerir a la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y a las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales la remisión de una lista de jurados. En el primer caso, se deben tratar de magistrados Judiciales, y en el segundo, de profesores universitarios. Luego, la Comisión remite a todos los miembros del Consejo el listado de candidatos para que, cada uno de ellos, postule un máximo de 10 jueces y 10 profesores de Derecho. Sin embargo, las propuestas formuladas por aquella Asociación y las Facultades de Derecho pueden ser completamente desarticuladas por el Consejo al disponer que, en la

nómina de 10 jueces y 10 profesores, los consejeros pueden incluir a jueces o profesores que no figuran incluidos en ese listado de candidatos. Por una parte, la reglamentación aspira a limitar la potestad de los consejeros en seleccionar a los candidatos pero, por otra parte, echa por la borda esa limitación al facultar, a cada consejero, a elaborar su propia lista de candidatos en forma discrecional.

En suma, se desvirtúa el espíritu del artículo 114 de la Constitución Nacional cuando habla del “equilibrio” en “la representación” de los órganos políticos, de los jueces y de los abogados. Aquí los organismos representativos de los jueces y abogados pueden ser suplantados en su voluntad por la de los miembros del Consejo de la Magistratura, que registra una clara mayoría del segmento político, olvidando así el principio fundamental del “equilibrio” que establece la Constitución.

Cuando se ingresa a la magistratura judicial, se pasa a formar parte de un órgano del gobierno con el consecuente ejercicio de un derecho político. Tal es lo que resulta del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos citada por el art. 75, inc. 22 de la Constitución federal. Entre tales derechos políticos, la Convención enuncia el de participar en la dirección de los asuntos públicos y el de acceder a las funciones públicas. Añade que tales derechos políticos pueden ser reglamentados exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal.

A tal exigencia no se adecuan los incs. b) y e) del art. 16 cuando disponen que no serán aceptados como postulantes en un concurso aquellos que estuvieran sometidos a un proceso penal pendiente con auto de procesamiento, ni quienes fueron removidos del cargo de juez por sentencia del tribunal de enjuiciamiento o como resultado de un juicio político o, en el caso del profesor universitario, por un juicio académico. Tales hechos podrán ser analizados por el jurado para determinar su propuesta, pero no pueden configurar un impedimento para el ejercicio de un derecho político. La única excepción es la que resulta del art. 60 de la Constitución nacional cuando permite, que el destituido por el Senado en un juicio público sea declarado incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. A este juicio público citado en el art. 59 de la Ley Fundamental, el reglamento lo denomina erróneamente “juicio político”.

También resultan contradictorios los incs. g) y h) del art. 16. El primero veda la postulación de quien fue separado de un empleo público por mal

desempeño de sus tareas, y el segundo, a quien en los últimos 5 años fue eliminado de un concurso por conductas o actitudes contrarias a la buena fe o a la ética. Si a estos últimos se los habilita a presentarse transcurridos 5 años, no se advierte por qué no se adopta un temperamento similar en el primer caso.

El art. 29 dispone que los antecedentes de los postulantes serán calificados con un máximo de 100 puntos, de los cuales un máximo de 30 se asignarán a los antecedentes académicos. Consideramos que los antecedentes académicos son relevantes en la actividad universitaria pero no necesariamente en la actividad judicial. La cualidad del buen juez no depende de los libros y artículos que pudo haber escrito, ni de su labor docente, ni de su asistencia a jornadas o conferencias jurídicas.

No resulta razonable que, a la sala donde se tomen los exámenes, sólo puedan tener acceso los consejeros, los integrantes del jurado y los funcionarios y empleados del Consejo de la Magistratura que cumplan tareas auxiliares y de control, tal como resulta del art. 31. No se advierte por qué se niega la asistencia del público en general.

El art. 34 impone, con carácter previo a la entrevista personal, un examen psicológico y psicotécnico a los postulantes convocados, pero excluye a quienes se hayan sometido a él en los dos años anteriores. Durante semejante lapso pueden variar las condiciones que determinaron el resultado del examen anterior, de manera que sería preferible suprimir esa excepción.

El art. 46 dispone que la duración de todo el procedimiento no podrá exceder de 90 días hábiles contados a partir de la prueba de oposición. Plazo que puede ser prorrogado por 30 días hábiles. Ese plazo de noventa días consideramos que resulta excesivo pues equivale a más de 4 meses. Si a dicho plazo añadimos el que transcurre hasta la prueba de oposición, tendremos un lapso de duración para el concurso de aproximadamente 6 meses, y si agregamos las demoras que se puedan producir en el ámbito del Poder Ejecutivo y el Senado, la designación de un magistrado judicial para la cobertura de un cargo como es el de juez natural, no guarda relación con la razonable rapidez que debe imperar para integrar los órganos del gobierno.

Juan R. Aguirre Lanari

Gregorio Badeni

OPINIÓN SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN Y ANTECEDENTES PARA LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

POR ENRIQUE M. FALCÓN

PRIMERO: Observo una cierta incoherencia en el sistema de la Comisión de Selección de Magistrados y el Plenario.

- El Consejo de la Magistratura tiene 13 miembros
- La Comisión de selección de magistrados tiene 8 miembros
- Con nueve miembros se hace quórum
- La mayoría es de 7 miembros.

Pues los mismos miembros de la Comisión más uno podrían terminar formando el plenario y 7 de ellos darían quórum, con lo cual podría darse que las personas de la Comisión resolverían aspectos tan importantes como es el de los antecedentes que se han reservado (Véase por ejemplo el art. 28 y 36 sobre entrevista personal).

Otro aspecto que en general se observa, es que hay demasiados casos en que existe sólo el arbitrio de la comisión o del plenario, sin una explicación del porqué (por ejemplo, además de lo que surge de lo planteado en los distintos apartados véase en especial el 17º)

Finalmente, un estudio de este Reglamento en profundidad requiere mayor tiempo. Porque se necesitaría el mismo para hacer las modificaciones y fundar más acabadamente cada una de las observaciones.

SEGUNDO: El reglamento es demasiado extenso y resulta confuso en varios de sus tramos, porque debieron establecer una serie de reglas ge-

nerales y luego el sistema de procedimiento. En las reglas generales en las que se incluyen las condiciones y requisitos fundamentales de los miembros de todos los estadios como podría ser las reglas éticas que deben cumplirse.

TERCERO: Entre las personas que no pueden en ningún caso, quedando excluidos de ello, deben estar los miembros del Jurado de Enjuiciamiento.

CUARTO: En el artículo primero debieran excluirse como Jurados los profesores adjuntos, porque puede darse el caso, que concurse un titular, que obviamente no podría ser Juzgado por un adjunto. Además, si se quiere dar prestigio a los concursos, en realidad los miembros deben ser de la mayor jerarquía. Véase que además se establece para los jueces de Cámara (art. 2º, tercera parte) este requisito. Esto además crea una especie de jerarquía administrativa dentro del sistema jurisdiccional, por la estructura vertical de nuestro esquema judicial, que no es aconsejable, ya que se trata de jueces de distinta competencia, pero no se ha probado, ni se demuestra en modo alguno que los jueces de cámara sean superiores a los jueces de primera instancia.

QUINTO: En el artículo 2º, segundo párrafo "in fine" se dice que "En el caso de que el cargo a cubrir tuviere competencia penal o electoral, deberán integrarlo especialistas en dichas materias", pero ya se establece esto de modo general. Por otro lado este mismo artículo resulta muy confuso en materia penal.

SEXTO: En el artículo 4º conviene establecer el orden de sustitución. Si a cada lugar le corresponde el mismo lugar de reemplazante, o por el contrario los reemplazos se van haciendo secuencialmente con los suplentes, cualquiera sea el cargo que deben reemplazar.

SEPTIMO: En el artículo 5º, segunda parte, se dice que el llamado a concurso se hará saber por Internet. No se explica si se trata de alguna base o página especial o es la Web del Poder Judicial de la Nación que se cita en otros artículos.

OCTAVO: En el art. 7º debería agilizarse el sistema de certificación de antecedentes, que podría hacerse por intermedio de alguno de los Secretarios del Consejo de la Magistratura.

NOVENO: En el artículo 8º se dice que "La participación en un concurso implica la obligación para los interesados de *informarse* sobre las alternativas del procedimiento en el sitio Web del Poder Judicial de la Nación...". En lugar de "informarse" habrán querido decir "notificarse", pues

ese es el concepto que fluye de la frase que sigue "..., sin perjuicio de las *notificaciones* que en forma excepcional pueda disponer facultativamente la Comisión por el medio que considere conveniente".

DECIMO: El artículo 10º no resulta claro. No se sabe concretamente qué desempeño han tenido en el Poder Judicial. (Verbigracia, prosecretario administrativo). Pero ello no parece necesario en el caso de los que concursan dentro del sistema nacional. Parece lógica en el caso del Ministerio Público, porque en el sistema nacional es independiente.

UNDECIMO: En el art. 12º párrafo d), sería conveniente que los abogados presenten los escritos o dictámenes limitados (hasta 10, como los magistrados).

DUODECIMO: El artículo 14º tiene que establecer algún tipo de disposición sobre el plazo de presentación, pues si los plazos se extienden sin que se siga el concurso y son muy extensos, como a veces sucede, los antecedentes pueden variar de manera fundamental. Lo mismo debiera tenerse en cuenta para las causales de exclusión (por ejemplo procesamiento, etc.)

DECIMO TERCERO: De acuerdo con el art. 26 y 30 los temarios del concurso serían conocidos por los concursantes una semana antes del concurso. Me parece que si se quiere ver la idoneidad para resolver los problemas, y pueden tener elementos básicos para ello (Como Códigos y otros que puedan llevar), en la especialidad para la que pretender ser jueces, deberían tener un plazo menor.

DECIMO CUARTO: En el capítulo 29, II, c) se establece como un elemento a considerar en la especialidad "...c) el domicilio del postulante en relación con el cargo al que aspira...". No encuentro la razón de este requisito.

DECIMO QUINTO: Se dice que la prueba podrá durar hasta 8 horas. Debido al sistema de concentración que requiere la prueba, me parece que en los casos en que sea muy extensa, debiera dividirse en dos sesiones no mayores de tres horas cada una, que ya es bastante tiempo. En tal supuesto deberían tomarse los recaudos para dividir los temas conforme al tiempo en que se fijen esas reuniones.

DECIMO SEXTO: En el art. 31, primer párrafo, habría que agregar que las hojas sean firmadas por los concursantes, que es un modo más de evitar la sustitución. En lo que hace al segundo párrafo, donde dice "Los concursantes no podrán ingresar a ella con computadoras o máquinas de escribir electrónicas con memoria, ni *munidos* de teléfonos celulares o de cualquier aparato de comunicación", me permito hacer dos observacio-

nes. Los concursantes tampoco podrán consultar ni tener una PALM, pues actualmente su capacidad equivale a la de las computadoras, especialmente con la capacidad que tienen los PENDRIVE que pueden acoplarse. Otra cuestión es la palabra "munidos". En realidad se utiliza bastante en la Argentina en el ámbito periodístico, pero la palabra correcta es "provisitos". De hecho en la edición 22ª del Diccionario de la Real Academia, el término "munido" no existe.

DECIMO SEPTIMO: En el art. 34 referido al examen psicológico y psicotécnico dice; "...La Comisión podrá resolver que no se realice este examen a quienes se hayan sometido a él en los dos años anteriores. ..." Este aspecto discrecional me parece grave. Es más no sólo habría que tomar estos exámenes cuando se entra, sino de manera periódica. Además, y *esto es fundamental*, no se ha determinado en todos los casos cuáles son los requisitos, ni quienes son los profesionales que pueden hacerlo.

DECIMO OCTAVO. En el art. 38º, segundo párrafo, no se indica sobre cuantos puntos son los (40) puntos indicados. Y en el último párrafo resulta absurdo que habiendo por ejemplo dos postulantes capacitados y debidamente presentados, se les anule el concurso porque no llegaron a tres las propuestas. La existencia de una terna no es esencial, pues puede haber un solo concursante presentado, como puede suceder en el sistema federal del interior.

DECIMO NOVENO. La notificación del dictamen, cuestión tan importante, que da derecho a la impugnación debe ser notificada personalmente por un medio fehaciente y no sólo por la Web.

VIGÉSIMO: En el art. 44º primer párrafo, conviene indicar también el mismo "fuero", pues la palabra especialidad puede resultar ambigua. Por otro lado en los concursos múltiples el sistema no es claro y fácilmente, de acuerdo a lo que dice la norma, podría ser pospuesto un concursante mejor.

VIGÉSIMO PRIMERO: No veo porqué por la inconducta de algunos el concurso debiera anularse (art. 50). A más que ello podría dar lugar a maniobras para excluir a candidatos determinados, el arbitrio del Plenario, parece excesivo.

Enrique M. Falcón

OPINIÓN SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN Y ANTECEDENTES PARA LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN (ADDENDA)

POR ENRIQUE M. FALCÓN

Con motivo de la consulta sobre el Anteproyecto de Reglamento de Concursos del Consejo de la Magistratura, he vertido mi opinión.

Sin perjuicio de ello, omití un aspecto que ahora agrego a mi parecer anterior y es el relacionado con la entrevista personal.

El art. 36 del proyecto dice: "La entrevista personal con cada uno de los aspirantes tendrá por objeto valorar su motivación para el cargo, la forma en que desarrollará eventualmente la función, sus puntos de vista sobre los temas de su especialidad y los incluidos en la prueba de oposición, y sobre el funcionamiento del Poder Judicial, su **conocimiento respecto de la interpretación de las cláusulas de la Constitución Nacional, y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos que versan sobre control de constitucionalidad, así como de los principios generales del derecho**. Serán valorados sus planes de trabajo, los medios que propone para que su función sea eficiente y para llevar a la práctica los cambios que sugiera, sus valores éticos, su vocación democrática y por los derechos humanos, y cualquier otra información que, a juicio de los miembros de la Comisión, fuera conveniente requerir".

En el caso del presente artículo la Comisión excede claramente los alcances que tiene su intervención, pues se coloca en lugar de un jurado al

examinar al candidato sobre "conocimiento respecto de la interpretación de las cláusulas de la Constitución Nacional, y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos que versan sobre control de constitucionalidad, así como de los principios generales del derecho", pues sucede que para la prueba se requiere que los jurados sean altamente calificados, pero no es de la esencia de la comisión (que está formada por miembros del Consejo de la Magistratura) que tengan esa calificación para poder valorar en el mismo nivel que el examen los puntos requeridos. En realidad si se quiere tener conocimiento de estos temas, debe establecerse que en todos los exámenes (que pueden durar hasta 8 horas según el mismo reglamento) se incluya un cuestionario donde los concursantes deberán exponer **"el conocimiento respecto de la interpretación de las cláusulas de la Constitución Nacional, y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos que versen sobre el control de constitucionalidad, como así también sobre los principios generales del derecho que se le formulen dentro del temario"**.

Un segundo punto que no parece claro es cómo se establecerán los parámetros para establecer los principios generales del derecho, que pueden ser muy diversos y requieren una formación filosófica especializada, si se presentan de modo general. Además en el momento actual estos principios están impregnados de una variada complejidad que importa el conocimiento de diversas ciencias como la lingüística, la economía, etc. A menos que el artículo quiera hablar sobre los principios básicos constitucionales como la bilateralidad de la audiencia, el non bis in idem, etc., en cuyo caso será necesario aclararlo.

Enrique M. Falcón

OPINIÓN SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN Y ANTECEDENTES PARA LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

POR ROBERTO E. LUQUI

Días pasados recibí el proyecto de reforma del Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación. En la última sesión ordinaria de la Academia fue anunciado este proyecto y se nos sugirió la conveniencia de que hagamos nuestros comentarios, dada la importancia que reviste el tema para la organización y el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación.

He leído con especial detenimiento el reglamento vigente y las reformas que se pretenden introducir. Puedo anticipar, señor Presidente, que la mayoría de las modificaciones propuestas están dirigidas a reducir la objetividad de los concursos, ya de por sí bastante débil.

Por razones de brevedad, y a la vez de consistencia, me limitaré a señalar los tres aspectos que considero más importantes, pues, respecto de las restantes reformas propuestas, aun cuando considere a algunas desafortunadas, acepto que puedan ser cuestiones opinables. Pero, las que observo, tienen una importancia tal que, de aprobarse la reforma, se vería seriamente vulnerada la objetividad de los concursos, al extremo de convertirlos en un mero formalismo, para que se consolide

aún más la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la designación de los magistrados.

Los tres aspectos censurables son: a) la supresión del anonimato en la prueba de oposición, b) la selección de los temas y c) los concursos múltiples. Me referiré a cada uno de estos puntos.

a) la supresión del anonimato en la prueba de oposición

La prueba más objetiva que puede existir en un concurso de esta naturaleza es la de oposición, siempre y cuando se asegure el anonimato de los aspirantes al momento de calificarlas, como ocurre en cualquier prueba que se realiza en forma escrita (concursos literarios, selección de profesores, etc.). En lo que atañe a la designación de magistrados esta prueba tiene aún mayor relevancia, pues es difícil determinar las aptitudes de un aspirante a juez con otros parámetros. En los últimos tiempos se han tenido en cuenta—a mi juicio erróneamente— las publicaciones, los antecedentes científicos y docentes, no obstante ser actividades diferentes. Todos sabemos que la función del juez no se limita a aplicar automáticamente el derecho escrito y que la estimativa jurídica tiene un papel importante en las decisiones judiciales. En realidad, lo ideal sería analizar el desempeño de los aspirantes cuando ocuparon cargos en la justicia, como es el caso de los secretarios de primera instancia y de cámara, los fiscales, etc., para lo cual habría que analizar su dedicación al trabajo y los proyectos que prepararon. Si los que se presentan son jueces que aspiran a cubrir vacantes en las cámaras, habría que analizar la calidad las sentencias y también su dedicación al trabajo. En el caso de los abogados, tendríamos que comprobar cuál fue su actuación en los pleitos que defendieron o en las las funciones que desempeñaron. Pero, como todos estos antecedentes son de muy difícil valoración, la prueba más objetiva es la de oposición, pues allí los aspirantes deben resolver los casos que se les plantean, y los jurados tienen la posibilidad de conocer, no sólo los conocimientos del concursante, sino también su criterio, su sentido jurídico, porque, como decía Ossorio y Gallardo, *“la justicia no es el fruto de un estudio, sino de una sensación”*.

En el reglamento que rige actualmente este punto está muy bien tratado, pues establece una serie de recaudos que imposibilita identificar al autor de la prueba escrita hasta después que sea calificada por los miembros del jurado (arts. 31 a 33). De esa manera se asegura el anonimato, presupuesto indispensable para asegurar la imparcialidad de las calificaciones.

En el proyecto se suprime totalmente el anonimato. El art. 31, primera parte, establece que *“Los concursantes deberán utilizar para el examen exclusivamente las hojas provistas por el Consejo, indicando en las mismas el nombre, el apellido y el número de documento cívico”*.

No pretendo poner en tela de juicio la imparcialidad de los integrantes del jurado, ni insinuar que puedan cometer la falta de ética que implicaría calificar con mayor puntaje a determinados candidatos, ya que sabrían de antemano a quién pertenece cada prueba. Pero, nunca está de más exigir los mayores recaudos para asegurar esa imparcialidad, sobre todo en la prueba que acredita de mejor manera las condiciones del aspirante. Por otra parte, ¿qué justificativo existe para suprimir el anonimato?, si los jurados van actuar de manera imparcial ¿por qué les preocupa suprimirlo?

b) la selección de los temas

La forma en que se deben seleccionar los temas de la prueba de oposición atañe al correcto juzgamiento de las aptitudes de los aspirantes. Actualmente, el jurado debe presentar al Presidente y al Secretario de la Comisión por lo menos tres temarios, en sobres cerrados. Antes de la prueba se sortea uno de los sobres y se abre en acto público, labrándose acta. Se entrega una copia a cada aspirante. Éstos sólo pueden utilizar los textos legales vigentes que lleven consigo. No se les permite la consulta de obras de doctrina y jurisprudencia (art. 32). De esta manera cada uno debe resolver el caso según sus conocimientos, su experiencia y su criterio jurídico.

En el proyecto se modifica sustancialmente este sistema. El art. 30 establece: *“Con una semana de antelación a la fecha del examen, el jurado deberá presentar al Presidente de la Comisión cinco temarios diferentes, los que serán inmediatamente puestos en conocimiento de los candidatos a través del sitio Web del Poder Judicial, en forma previa a la realización de la prueba”*. Y el art. 31 dispone que los candidatos *“podrán utilizar únicamente textos legales vigentes y la bibliografía que lleven consigo, siempre que se trate de una cantidad razonable”*. Esta modificación no asegura que la prueba será de exclusiva autoría del candidato, pues, al conocer los temas con cinco días de anticipación y permitírsele llevar bibliografía, posibilita que consulten los temas a profesionales expertos, antes de la realización de la prueba. Lo mismo ocurre al tener el auxilio de la bibliografía. Si bien se podría afirmar que esta modificación alcanza a todos los candidatos por igual, permite igualar a los más capaces con los

que tienen menos aptitudes, lo cual atenta contra la valoración correcta de la idoneidad del candidato.

c) los concursos múltiples

El actual art. 13 de la ley 24.937, establece que “cuando se produzca una vacante la comisión convocará a concurso dando a publicidad la fecha de los exámenes y la integración del jurado que elaborará y calificará las pruebas de oposición de los aspirantes, poniendo en conocimiento de los interesados que dicho concurso estará destinado a cubrir **todas las vacantes que se produzcan durante la sustanciación del concurso y hasta la decisión del plenario**, siempre y cuando se trate de la misma competencia territorial, de materia y grado”. La *ratio legis* de esta norma es aprovechar los concursos que se están sustanciando para cubrir las vacantes que se produzcan después de abiertos –obviamente, en el mismo fuero y grado–, y con ello acelerar los trámites, que son por demás extensos, como lo demuestra el atraso que existe en la designación de jueces. Tanta es la importancia de este atraso, que motivó la necesidad de designar jueces subrogantes, procedimiento que fue luego declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el diario de hoy apareció la noticia de que la H. Cámara de Diputados tratará un proyecto de ley para que los jueces puedan hacerse cargo de los juzgados vacantes y, cuando no sea posible, poner al frente de ellos a conjueces sorteados de las listas que preparará el Poder Ejecutivo. Como vemos, la lentitud en cubrir las vacantes actuales ha generado un problema grave y la solución propuesta para sortearlo no es muy feliz.

En los arts. 6 y 46 del reglamento que rige actualmente se reproduce el procedimiento contemplado por el art. 13 de la ley 24.937 (t.o. decreto 816/99), el cual no podría ser ignorado, pues se trata de una disposición prevista expresamente por dicha ley. No obstante, en el proyecto se suprime esta regla, circunstancia que lo convierte en inconstitucional, por ser violatorio del principio de jerarquía de las normas establecido en el art. 31 de la Ley Fundamental. Además, no se compadece con las razones que invocaron quienes pretenden modificar el reglamento actual, que fue agilizar los trámites.

Estas son, señor presidente, las objeciones más importantes que puedo formular al proyecto. Como dije, existen otras, que si bien no revisten la misma gravedad, son también significativas. Así, por ejemplo, el art. 28 establece que “la evaluación de antecedentes será realizada por los Con-

sejeros y aprobada por el resto de la Comisión antes de la realización de la Prueba de oposición. En esa oportunidad decidirá qué concursantes se encuentran habilitados para rendir dicha prueba, pudiendo excluir a aquellos cuyos antecedentes no demuestren la idoneidad para el ejercicio del cargo que aspiran". ¿Cómo pueden los Consejeros evaluar la idoneidad de los candidatos antes de realizar la prueba de oposición? Podrían hacerlo si se tratara de requisitos formales, como serían los relativos a la edad, al título exigido, a la inexistencia de antecedentes penales o de sanciones profesionales, pero nunca respecto de la idoneidad técnica. En el art. 29 I, que enumera los elementos que deberán tener en cuenta los Consejeros para evaluar a los candidatos, aparece una expresión demasiado ambigua y extremadamente subjetiva. Luego de señalar las pautas básicas para la evaluación, expresa que *"en ambos casos, se juzgará especialmente el perfil de cada postulante en relación con sus valores democráticos y su vocación por los derechos humanos"*. ¿Qué significa el "perfil" del candidato? En lo que a mí respecta, no lo entiendo, salvo que piense mal, en cuyo caso lo comprendería y, al mismo tiempo, lo reprobaría. Por lo demás, no creo se puedan ser objeto de graduación el reconocimiento de los valores democráticos (más propiamente, republicanos) y de los derechos humanos.

Estas son las principales objeciones que, a mi juicio, merece el proyecto de reforma.

Roberto Enrique Luqui

PROYECTOS LEGISLATIVOS SOBRE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Advertencia: Se debe señalar en primer término que se han presentado tres proyectos de ley en la H. Cámara de Diputados a fin de sustituir las disposiciones del libro 2º, Sección 3ª. Libro 2º del Código Civil. De manera que para su análisis y ponderación, es razonable atenerse a las fechas, comenzando por el primero que es del 12/4/2007, siguiendo por el segundo del 9/8/2007 y el tercero que es del 27/11/2007. Esos proyectos están firmados por diferentes legisladores y va de suyo que el tratamiento y sanción de uno excluiría la posibilidad de que los otros fueren a su vez considerados, pues tratan igual materia.

1º) Exp. Nº 1482 – D- 2007, Trámite Parlamentario 028 del 12/4/2007

(Firmantes: Carmona, María Araceli – Mendez de Ferreira, Araceli Estela – García de Moreno, Eva – García de Moreno, Eva – Canteros, Gustavo Jesús Adolfo – Galantini, Eduardo Noel- Becan, Alberto Juan – González, Nancy Susana – Perie, Hugo Alberto – Landau, Jorge Alberto – Marino, Juliana Isabel – López, Amelia de los Milagos – Gutiérrez, Graciela Beatriz – Cittadini de Montes, Stella Maris – Monayar, Ana María Carmen – Di Tullio, Juliana).

El régimen patrimonial vigente se denomina de “sociedad conyugal” al igual que en los Códigos de Chile y Uruguay. Equivale a comunidad de bienes y con la reforma de la ley 17.711 de 1968 que derogó el originario art.1224, la comunidad ha quedado reducida a las ganancias. Es un régimen forzoso que no otorga la facultad de elegir el sistema legal que regirá y que como su nombre lo indica forma parte del ordenamiento general sobre el contrato de sociedades civiles, ya que inclusive se remite a las normas respectivas en el art. 1262. Pero es un contrato no típico como tal, desde que sigue la suerte matrimonial e implica la participación en las ganancias, pues con la separación personal al disolverse la sociedad con-

yugal, los derechos se transforman en los activos líquidos de los gananciales en la administración de cada uno y en la participación del monto resultante (art. 1299 cód. cit)⁽¹⁾.

El proyecto contiene dos capítulos y en un nuevo artículo el 1217bis., da opción que deberá manifestarse ante el Jefe del Registro Civil al celebrarse las nupcias, lo que se anota en el libro de actas y en la libreta de matrimonio.

Por el primer capítulo se establece un régimen de “Separación de Bienes” en el cual cada cónyuge es titular de sus bienes que administra y dispone, debiendo solamente obtener asentimiento del otro si el bien es sede del hogar conyugal. A continuación establece la forma como los cónyuges deben contribuir en proporción a sus ingresos con el mantenimiento del hogar y la familia, con la posibilidad de recurrir a la justicia para que lo disponga. Se fija la responsabilidad personal por obligaciones contraídas, a salvo las que satisfacen necesidades del hogar y la familia y la conservación de bienes comunes. En caso de imposibilidad de acreditar la pertenencia de algún bien se determina que lo es por mitades iguales. Dice después que el trabajo para el hogar y educación de los hijos será computado como contribución y solo dará derecho a una compensación cuando se produzca la disolución matrimonial que se fijará por las partes o en definitiva por el juez. Este régimen se extingue por muerte de uno o por disolución del matrimonio.

En el segundo capítulo sobre “Participación en las ganancias”, luego de establecer que se aplican las mismas normas sobre separación de bienes (art. 7º), por lo que pareciera con tal declaración innecesario en parte este segundo capítulo y que en realidad es una continuación del primero. En efecto en el art. 8 el proyecto vuelve a declarar que los bienes pertenecen en forma privativa a cada uno, pero agrega que al extinguirse y liquidarse el esposo que menos beneficios obtuvo durante el matrimonio “tiene derecho a participar en las ganancias del otro”. A fin de establecer la cantidad en la participación dice el art. 9º que se habrá de evaluar cuál era el patrimonio inicial (los bienes que les pertenecen y los que adquieran por herencia, donación o legado) de cada uno y el que existe al efectuar la liquidación. El esposo que haya registrado en su patrimonio un incremento menor recibirá la mitad de la diferencia entre ese crecimiento y el del otro esposo.

⁽¹⁾ Ver sobre el régimen vigente la obra de Fassi, Santiago C. y Bossert. Gustavo A. “*Sociedad Conyugal*”.

Sustituye el art. 1217 que legisla acerca de las capitulaciones matrimoniales, o convenciones anteriores a la celebración del matrimonio, pero parcialmente. En efecto se mantiene el inc.1º sobre designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio pero se le agrega “y deudas”. Se mantiene el inc. 3º pero este figura como 2º, que fue el que quedó después de la derogación hecha por la ley 17.711 sobre las “donaciones”, pero no ya las del esposo a la esposa, sino de los cónyuges entre si y se le agrega el inc.3º con la “opción” por el régimen de separación de bienes o de participación en las ganancias. Si no hay opción se aplican, expresa, las disposiciones de “esta ley”. Pienso que ha querido referirse, aunque la remisión no es clara, al régimen de “participación en las ganancias”.

El art. 1217bis del proyecto establece la forma de hacer efectivo el régimen elegido, manifestándolo ante el “juez” del Registro Civil al celebrarse el matrimonio, lo que se asienta en el libro de actas y en la libreta de matrimonio, la que se exhibirá, se entiende que a los escribanos u otras autoridades de registro (como las del de Automotores), al realizarse actos de disposición, pero ante el silencio de los contrayentes se entiende que se aplica esta ley o sea el capítulo II de “Participación en las ganancias” y no el de “Separación de bienes”.

El artículo que sigue (1217 ter) da como fecha del comienzo del régimen elegido la de la celebración del matrimonio, pero los efectos respecto de terceros a partir de la inscripción en los Registros.

Finalmente el art. 13 sustituye el art. 1218 que declara la invalidez de las convenciones sobre el matrimonio y de renunciaciones entre ellos o del derecho a gananciales, con una norma que a mi ver es innecesaria, pues esta en la entraña de todas las relaciones conyugales las de respetar los derechos y obligaciones de los cónyuges y descendientes comunes, y que carezcan de validez a las capitulaciones contrarias a las buenas costumbres y a las leyes, como sobreabundantemente, allí se expresa.

2) Exp. N° 3925 – D- 2007.- Trámite parlamentario 100 (09/08/2007)

(Firmante Velarde, Marta Silvia).

La opción. - El proyecto incorpora en el párrafo cuarto del art. 188 del código civil modificado por la ley 23.515, *la opción* para que los futuros contrayentes resuelvan qué régimen de bienes regirá a su respecto. Esta opción se enuncia en el proyectado inciso 7º del art. 186 del código civil,

que establece en seis incisos los datos que debe contener la solicitud para contraer matrimonio. Tal opción desarrollada en el citado párrafo cuarto del art. 188 se refiere a la existencia de bienes gananciales o el régimen de sociedad conyugal. En el primer caso cada uno de los cónyuges conserva el dominio de los bienes y las rentas que adquiera, tiene la libre disposición y administración de ellos durante el matrimonio, y no será necesario que se exprese el consentimiento del otro cónyuge para la disposición de los bienes registrables, excepto si se tratare del inmueble donde está instalado el hogar conyugal, hubiere o no hijos incapaces.

Al fin indicado de la opción respectiva, entre los datos que debe contener el acta matrimonial se agrega el inc.9º al actual art. 191. En efecto, este contiene 8 incisos con la fecha; nombres, edad, documento, nacionalidad, profesión, domicilio, lugar de nacimiento; asimismo los de los padres, datos del anterior matrimonio si alguno se hubiese casado antes; asentimiento de los padres o a quien lo reemplace en su caso; la oposición si la hubo y su rechazo; la declaración de los que se casan y del oficial que interviene; todos los datos de los testigos. El inciso 9º añadido hace constar el régimen -bienes gananciales o sociedad conyugal- que hubieren elegido.

Ahora bien si esta opción fuere por *el sistema de separación de bienes*, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, modificándose así el art. 1276 actual, y cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas. No se reporta aquí expresamente como fundamento ni como guía al Proyecto de Código Civil de 1998, que ni tan siquiera se menciona, por lo que, entra en una materia distinta del Código que se pretende modificar, ya que repito, ni siquiera hace alusión al proyecto de 1998, y aparece como que quedan a salvo la situación de los tutores, sea que se tratare de un establecimiento no social de menores bajo tutela, en el que el tutor pueda actuar como mandatario sin necesidad de autorización especial (art.448 del Código vigente), y la situación del tutor que viola la prohibición matrimonial con sus pupilos, conforme a lo dispuesto en el art. 453. Esto es indudablemente incoherente, por cuanto de dictarse semejante ley así concebida se advierte la mezcla de cuestiones y situaciones.

Prueba de la propiedad exclusiva.- De conformidad con el art. 1277 vigente, es necesaria la conformidad del cónyuge para disponer o gravar los bienes gananciales registrables, o su aporte y uso en sociedades. El proyecto sustituye esta norma (no solo la modifica como erróneamente

dice), con otra que permite demostrar por cualquier medio inclusive frente a terceros la propiedad exclusiva. Si no fuere posible la prueba se considera que pertenecen a ambos por mitades y demandada la división el juez puede negarla en defensa del interés familiar. Termina facultando al tribunal en defensa de dicho interés a negar la división de un condominio que se hubiere formado entre los cónyuges.

Cesación del régimen.- También queda sustituido el art. 1278 actual, aunque nuevamente el proyecto habla erróneamente de “modificación”. Esta norma contiene un límite temporal a los arrendamientos que hiciere el marido de bienes rurales -ocho años- y urbanos -cinco años-, y la nueva proyectada que nada tiene que ver con arrendamientos, establece la cesación del régimen de separación de bienes producida la disolución del matrimonio o por cambio de régimen convenido al casarse. De igual manera que se sustituye, no modifica el art. 1279 relativo a la mayor duración del arrendamiento, el precepto proyectado determina el modo de partición de los bienes en caso de falta de acuerdos y remitiéndose al efecto a la forma prescripta para la partición de las herencias. *Reconciliación.*- El art. 1280 que regla el régimen de responsabilidad por deudas contraídas antes o después del matrimonio, es sustituido por materia diferente en el proyecto, no solo modificado, estableciendo los efectos de la reconciliación de los esposos separados judicialmente, y estatuye la subsistencia de la separación de bienes a menos que los cónyuges, dice, adopten un nuevo régimen matrimonial conforme al art. 441. Ahora bien esta última norma no contiene un régimen tal sino que al tratar de la tutela, dispone cómo ha de producirse la venta de bienes muebles o inmuebles del pupilo. Por lo cual dicha previsión carece de congruencia y sentido.

En un último párrafo se admite que convengan la reconstitución con efecto retroactivo de la comunidad que había quedado extinguida por la separación personal.

Convenciones matrimoniales.- Sustituye el proyecto el art. 1217 del Código y establece las tres convenciones ya expuestas en el anterior proyecto aquí expuesto en el ap. 1).-, por lo que me remito a su comentario.

Elección del régimen.- El art. 1217bis repite también la norma proyectada que se comentó aquí en el ap. 1º.-) a lo que me remito.

Efectos.- Los arts. 217ter y 1218 son asimismo iguales al los ya comentados en el ap. 1º) precedente.

Agrego la censura expuesta a las muy atinadas que ha demostrado el Dr. Trigo Represas.

3º) Exp. 5431 – D- 2007 – Trámite parlamentario 159 (27/11/2007).

(Firmantes Iturrieta, Miguel Angel – Bianco, Lia Fabiola).

Este proyecto tiene la poco coherente estructuración que da comienzo por la sustitución del Capítulo 8. título II, sec. III, Lib.II, del Código Civil, arts. 1317 a 1322, para después establecer las bases de la opción que hagan los cónyuges en los arts. 1217 a 1220. Luego, para entenderlo, empezaremos el análisis por estos últimos que debieron ser proyectados en primer término.

Ello aparte, añada al art. 191 un inciso, el noveno, que al acta matrimonial agrega la “declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial, y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en donde se otorgó”.

El art. 1217 admitiría que antes de la celebración del matrimonio los esposos hagan convenciones matrimoniales enunciadas en cuatro incisos:

1) Por el primero se deja constancia de la “designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio”.

2) El segundo se refiere a la enunciación de las deudas, naturalmente que si las hubiere.

3) El tercero las donaciones que se hicieren no ya el esposo a la esposa, sino los cónyuges entre si.

4) Por el cuarto la opción que hagan de alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este código, es decir en el proyecto.

Al igual que el art. 439 del Proyecto de 1998, el art. 4º sustituye del 1218 del código vigente invalidando toda convención conyugal sobre cualquier otro objeto.

El art. 1219 reproduce el 440 del proyecto de 1998, exigiendo la escritura pública antes de la celebración del matrimonio, con efectos a partir de

ella y en tanto no haya posterior anulación. Asimismo admite la modificación de esa facultad optativa antes de la celebración y requiere a fin de que tenga efectos frente a terceros la mención en el acta de matrimonio.

El art. 6º incorpora dice, el art. 1220 -el originario del código fue derogado por la ley 23.515- admitiendo el cambio del régimen matrimonial por sentencia en casos de separación de bienes o por convenio pasado en escritura pública, otorgado dos años después de aplicado el régimen, con homologación judicial atendiéndose en ella al interés de la familia, con efectos frente a terceros una vez efectuada la anotación en el acta de matrimonio.

Los regímenes a los que se puede optar surgen, como se ha visto, de la sustitución del capítulo VIII, arts. 1317 a 1322. Establece asimismo que a falta de opción quedan los esposos sometidos al régimen de sociedad conyugal, pero admite allí mismo la posibilidad de cambio de tal régimen después de celebrado el matrimonio, sea por sentencia, sea por convenio, aunque en este último caso deben pasar dos años de la aplicación del régimen matrimonial que corresponda – legal o convencional- y requiere escritura pública con exigencia de homologación judicial para que se atienda al interés familiar. Además, para producir efectos respecto de terceros, requiere la anotación de la sentencia o escritura al margen del acta matrimonial.

En el régimen de separación de bienes cada uno de los cónyuges conserva la administración y disposición de sus bienes, a salvo la necesidad del consentimiento de ambos para disponer del inmueble propio de uno en donde está instalado el hogar conyugal si hubieren hijos menores o incapaces, exigencia que rige después de disuelta la sociedad conyugal, trátase de bien propio o ganancial.

Cada uno responde por sus deudas y solo hay solidaridad cuando ellas se producen para atender las necesidades del hogar o la educación de los hijos.

La prueba acerca de la propiedad exclusiva no tiene restricciones –todos los medios pueden ser utilizados-, pero los casos en que no puedan demostrarse se presume que pertenecen a ambos por mitades. Creo yo que la presunción aquí mencionada es *iuris tantum* por lo que admitiría prueba en contra. E inclusive la división del condominio entre los cónyuges puede ser negada por el tribunal si se afectara el interés familiar.

La carga de mantenimiento propio, del hogar e hijos es común a los cónyuges y en proporción a los recursos de cada uno, pudiendo quien omite esa obligación ser demandado en justicia (art.1319) -hasta aquí es copia parcial del art. 447 del Proyecto de 1998-. Pero agrega a continuación, lo que no figura en el referido antecedente, que “el trabajo con destino a la casa debe computarse como contribución y da derecho a una compensación, la cual si no hay acuerdo queda supeditada a la resolución del juez al momento de extinción del régimen”. Este agregado es indudable que atiende a las tareas propias de las amas de casa.

El art. 1320 reproduce el art. 499 del ya mencionado proyecto del 98, estableciendo que “cesa la separación de bienes por la disolución del matrimonio y por el cambio de régimen convenido entre los esposos”.

Al igual que el art. 500 del proyecto del 98, la partición de los bienes indivisos cuando no hay acuerdo se hace efectiva por las formas prescriptas para la partición de las herencias (art. 1321).

Finalmente el art. 1322, réplica parcial del art. 501 del proyecto del 98, prevé la *reconciliación* de los cónyuges separados personalmente -no dice como el proyecto del 98 “judicialmente”- y establece que subsiste la separación de bienes salvo que adopten un nuevo régimen matrimonial conforme al art. 1220. También admite la “reconstitución” -volver a constituir con efecto retroactivo de la sociedad conyugal disuelta por separación personal.

Opinión propia. - De los tres proyectos examinados, estimo que el que mejor se adecua a las soluciones modernas, a la transformación de la sociedad en que vivimos especialmente tratándose de la formación de las parejas, no obstante la crítica puramente formal en cuanto al orden de sus disposiciones, es el último de los expuestos, proponiendo a la academia que sea el propiciado para una reforma del Código Civil en la materia.

Santos Cifuentes

Buenos Aires, 23 de julio de 2008

Señor Presidente
de la Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales
de Buenos Aires

Doctor Julio César Otaegui

S / D

Tengo el agrado de dirigirme al Sr. Presidente con relación al requerimiento de opinión sobre diversos proyectos de ley suscriptos por distintos integrantes de la Cámara de Diputados de la Nación acerca del régimen de la sociedad conyugal.

Es sabido que el Código Civil vigente mantiene el régimen tradicional de comunidad de gananciales, como modalidad única y forzosa.

De seguirse la concepción ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional y en la legislación comparada, que con distintos matices preconiza prescindir del ordenamiento rígido, tan arraigado en nuestra idiosincrasia, para propiciar manifestaciones alternativas, tengo opinión formada al respecto y fue la adoptada por el Proyecto de Código Civil de 1998, del que fui coautor junto con prestigiosos juristas y entre ellos nuestros académicos Dres. Héctor Alegría y Julio César Rivera.

En los valiosos análisis sobre los tres proyectos de ley realizados por los académicos Dres. Santos Cifuentes y Félix Trigo Represas, se muestra que el suscripto por los diputados Miguel Angel Iturrieta y Lía Fabiola Blanco, como éstos lo manifiestan en los fundamentos, responde efectivamente a la orientación contenida en el Proyecto de 1998.

No he variado de criterio al respecto, por ello y máxime ante la tesitura coincidente de los Dres. Cifuentes y Trigo Represas, creo que el proyecto preferible es el indicado.

Lo saluda muy cordialmente.

Jorge Horacio Alterini

Al señor Presidente
de la ACADEMIA NACIONAL
de DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES,

Doctor JULIO CESAR OTAEGUI. S/D.

El suscripto Félix Alberto Trigo Represas, se dirige al Sr. Presidente, a fin de poner en su conocimiento, conforme a lo que le fuera requerido, su opinión sobre tres Proyectos de modificación al régimen patrimonial del matrimonio de nuestro Código Civil.

Se trata en rigor de tres Proyectos de trascendencia, orientados todos a introducir importantes modificaciones al actual régimen patrimonial del matrimonio; los que se pasa a considerar separadamente.

El primero de ellos es el de la Diputada Dra. Marta Silvia Velarde (Expte, N° 3925-D-07; T.P. N° 100), que resulta objetable.

En efecto, en sus arts. 4° a 8° este Proyecto propicia la modificación de los arts. 1276 a 1280 del Código Civil, proponiéndose en su lugar, respectivamente, lo que fueran los textos de los arts. 497 a 501 del “Proyecto de Código civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio” del año 1998. Empero no se ha advertido que en dos de esos textos, que se repiten inalterados, existían remisiones a otros artículos del mismo “Proyecto de 1998”, las que se han mantenido; de forma tal que la adopción lisa y llana de tal proyecto vendría a provocar un desacople legislativo en el articulado de nuestro Código Civil, en razón de que así sus arts. 1276 y 1280 pasarían a contener referencias equivocadas a otras normativas, que actualmente nada tienen que ver con el régimen patrimonial del matrimonio.

En efecto, en su art. 4°, en el texto propuesto para el art. 1276 del Cód. Civil, que corresponde al art. 497 del “Proyecto de 1998”, aparecen sendas remisiones a los arts. 448 y 453, que están bien hechas en lo que atañe a dicho Proyecto, pero que nada tienen que ver con el vigente Código Civil, en el cual versan sobre cuestiones de administración de bienes en la “tu-

tela". Y algo parecido sucede en el texto propuesto para el art. 1280 del Código Civil (art. 8º), tomado del art. 501 del mismo "Proyecto de 1998", en cuyo primer párrafo se alude a "que los cónyuges adopten un nuevo régimen matrimonial conforme al art. 441", cita que también corresponde al mismo "Proyecto de 1998" y no por cierto a nuestro vigente Código Civil, en el cual versa igualmente sobre cuestiones de la tutela.

Con lo expuesto basta pues, para que no se pueda auspiciar este Proyecto que nos ocupa.

En segundo lugar tenemos otro Proyecto también inspirado en el mismo "Proyecto de Reformas de 1998", lo que además se reconoce en sus "Fundamentos", tratándose del proyecto de Iturrieta y Bianco (Expte. N° 5431-D-07; T.P. N° 159). En el mismo se propicia la posible elección por parte de los contrayentes, antes de la celebración del matrimonio, entre dos distintos regímenes patrimoniales: el actual de sociedad conyugal y bienes gananciales y otro de separación de bienes.

Las normas proyectadas han sido tomadas, casi literalmente, del "Proyecto de Reformas de 1998". Así en su art. 1º se propicia sustituir el Capítulo VIII, Título II de la Sección Tercera del Libro Segundo de nuestro Código Civil, con la siguiente metodología: para el nuevo art. 1317 el texto del art. 497 del Proyecto 1998; para el 1318 el texto del art. 498 del mismo Proyecto; para el 1319 el del art. 447 del Proyecto de 1998; para el art. 1320 el del art. 449 del Proyecto 1998; para el 1321 el art. 500 del Proyecto y para el 1322 el art. 501 del mismo Proyecto de 1998. Habiéndose utilizado en todos esos casos artículos del Código Civil que aunque no habían sido derogados expresamente, habían quedado sin embargo como normas prácticamente inaplicables después de la reforma de la ley 17.711 de 1968; lo cual posibilita *a priori* y justifica la modificación propuesta.

En su art. 2º este Proyecto en consideración incorpora como inc. 9º del art. 191 del Cód. Civil, el texto del inciso i) del art. 428 del "Proyecto de 1998".

A su turno, en el art. 3º se sustituye el art. 1217, por una primer parte que corresponde al art. 438 del "Proyecto de 1998" y un último párrafo que repite el art. 456 del mismo "Proyecto". El art. 4º sustituye el art. 1218, por un texto tomado del art. 439 del "Proyecto de 1998". El art. 5º hace lo mismo con el art. 1219, mediante un texto que es el del art. 440 del "Proyecto de 1998". Y el art. 6º hace lo propio con el art. 1220 del Código Civil, actualmente derogado por la ley 23.515, al que se le asigna el texto del art. 441 del "Proyecto de 1998". De manera que todas estas últimas modificaciones se refieren al régimen de las "convenciones matrimoniales" y resultan plenamente acordes al nuevo sistema propuesto.

Quizá el mejor argumento a favor de este Proyecto, es el de que se fundamenta, casi literalmente, en normas propiciadas por el “Proyecto de Reformas de 1998”, el que fuera preparado por una comisión íntegramente compuesta por destacados juristas del país. Lo cual constituye de por sí, un más que adecuado aval en su favor.

Finalmente, el restante proyecto del Expte. N° 1482-D-07 (T.P. N° 28), que viene suscripto por 15 Diputados, también propicia que quienes vayan a contraer matrimonio puedan optar entre dos distintos regímenes patrimoniales: uno de separación de bienes, muy similar al del Proyecto precedentemente considerado, u otro de “Participación en las ganancias”, que vendría a sustituir al actual de sociedad conyugal, para que cuando se extinga el matrimonio y se proceda a la liquidación de los bienes, “el esposo que menos beneficios obtuvo en vigencia del matrimonio (tenga) derecho a participar en las ganancias del otro”, recibiendo “la mitad de la diferencia entre su crecimiento económico y el del otro cónyuge”.

La primera y principal duda que genera este Proyecto, es que en el supuesto de una diferencia muy grande entre los crecimientos económicos de ambos cónyuges, la mitad de la diferencia podría incluso llegar a ser superior a la mitad ganancial del régimen actual; como por el contrario, que de haber tenido ambos esposos ingresos más o menos equivalentes, bien podría suceder que casi no se tuviese derecho a participar en los gananciales habidos por el otro cónyuge. Todo lo cual no parece muy razonable ni, tampoco, muy justo.

O sea que, en opinión del suscripto, sería preferible continuar con el régimen de sociedad conyugal actual, en nuestro parecer muy satisfactorio, máxime después de las distintas modificaciones legislativas operadas en los últimos años; sin perjuicio de que los contrayentes puedan optar expresamente, antes de contraer matrimonio, por el otro régimen proyectado de separación de bienes. O sea que se considera factible la adopción del régimen propiciado en el “Proyecto” de los señores Diputados Dr. Miguel Ángel Iturrieta y Fabiana Blanco.

No siendo para más de momento, saluda al Sr. Presidente con su más distinguida consideración.

Félix A. Trigo Represas

DECLARACIÓN

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires advierte una vez más la inobservancia de la Constitución en cuestiones tales como la falta de control sobre los decretos de necesidad y urgencia, la facultad delegada en el jefe de Gabinete de modificar la afectación de las partidas presupuestarias, y el desequilibrio en los consejos de la magistratura con desmedro del Poder Judicial, ya señalado en la Tercera Conferencia Nacional de Jueces, lo que afecta al régimen republicano de gobierno; el incumplimiento del régimen de distribución de las contribuciones coparticipables en perjuicio del régimen federal de gobierno; la inacción ante quienes se arrogan los derechos del pueblo en violación al régimen representativo de gobierno; la pasividad ante la privación del derecho a transitar, entrar y salir del territorio argentino; la aplicación de las retenciones agrarias confiscatorias, a las que se suma el riesgo de un nuevo régimen de las jubilaciones con desconocimiento del derecho de propiedad.

La suerte de la República demanda la observancia de la Constitución y la requiere con urgencia.

Buenos Aires, 23 de octubre de 2008

Julio César Otaegui
Académico Presidente

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY REFERIDO AL RÉGIMEN DE SALUD MENTAL DEL DR. SANTOS CIFUENTES

Cuestiones de forma

La redacción deja mucho que desear en varios de sus aspectos.-

En el art. 3º se habla de “Todos los efectores de salud públicos y privados”. La palabra correcta debió ser la de “todos los establecimientos o instituciones”, pues efector importa bien “un impulso”, o bien el órgano o parte orgánica que lo produce”.

En esa misma norma se habla de las “modalidades prestacionales”, lo que es un neologismo que ha querido referirse a las prestaciones que esos establecimientos ofrecen.

El art. 4º bajo el título “Definición” en realidad se hace una descripción de contenidos y la exclusión de presunciones derivadas de los diversos aspectos que conforman la vida personal, familiar y social de las personas. Quizá lo que tiene de esta enunciación real relevancia es el apartado 4, o sea, excluir la presunción por la existencia anterior de una historia de tratamiento u hospitalización.

También me parece inadmisibles desde el punto de vista formal el título del capítulo IV: “modalidad de abordaje”, ya que no solo no se trata de “abordaje”, palabra vinculada con los barcos, su ocupación por otro, etc. sino que la modalidad no parece el término apropiado ya que significa “modo de ser o manifestarse una cosa”. El capítulo trata en realidad de

las garantías, como será la atención, las prescripciones, de medicamentos, el tratamiento, etc., todos conceptos referidos a las características de protección de lo enfermos.

En el art. 29 una vez más encontramos una construcción improcedente o en todo caso de dudosa procedencia. Se menciona a las personas con "sufrimiento mental" o sea de dolor o padecimiento mental, lo que no tiene el sentido que la norma quiere fijar al crear el órgano protector, dado que sin ser un deficiente se puede tener ese sufrimiento, lo que en la jerga común se llama "complejo" o "pesimismo" o "depresión". Debió señalar a las personas que padecen defectos o deficiencias mentales, lo que se acerca a la idea que se quiere expresar para crear el órgano protector.

Otro gazapo o yerro expresivo se advierte en el art. 141 del cód. civil, cuando se tiene en cuenta a la persona que ponga en riesgo su salud o su vida "de forma clara"; bien al modificar el art. 152 bis. y se habla de las personas que estén expuestos "claramente" a otorgar actos perjudiciales. Aquí las palabras apropiadas debieron ser "evidente", "innegable", "incuestionable" o "expresamente", pues la claridad es opuesta a la oscuridad, no así a lo incierto o inseguro o implícito.

El capítulo XI se titula "Disposiciones complementarias", pero son las que precisamente modifican reglas del Código Civil que no son "complementarias", un añadido o apéndice o aditamento, sino genuinamente reglas sustantivas de regulación de la incapacidad de las personas.

El art. 32 emplea la palabra "garantizar" en forma sobrepuesta: o sea, se garantizan las acciones para garantizar los principios, redacción por cierto confusa y que no adelanta un concepto comprensible.

El art. 5 dice que la "salud mental" incluye al alcoholismo, pero el verdadero concepto tendría que ser qué incluye la "enfermedad", pues es esta el objeto a tratar no la salud, comprendiendo ella el alcoholismo o diversos tipos de adicción a drogas.

El art. 6º habla de la existencia de "diagnóstico o patología", lo que no son conceptos confrontables. El diagnóstico es la evaluación o calificación médica de la salud o de la patología. Debió decir que los síntomas de enfermedad mental no autorizan a presumir la patología, sin antes efectuar una evaluación multidisciplinaria atendiendo a la situación por la que pasa la persona.

El último párrafo del art. 11, podría sustituirse mejorando su redacción, estableciendo simplemente que el tratamiento deberá ser interdisciplinario, pero especificando que abarca la medicina clínica, quirúrgica, la psicología, el psicoanálisis.

No hay una "formación disciplinar" como dice el art. 12, sino que se trata de una capacitación disciplinaria.

Cuestiones de fondo

Lo relacionado con las internaciones de enfermos mentales, en virtud del sistema federal de gobierno pertenece al código de fondo en los aspectos específicos relacionados con la capacidad y libertad de las personas, pero el sistema administrativo, los aspectos instrumentales de internación, la legitimación para decidirla, etc. etc., son asuntos propios de un régimen local, que pertenece a la Ciudad de Buenos Aires y a las Provincias. En tal sentido, y por ello mismo, surge palmariamente de la ley 22.914 para la Capital y Territorios Nacionales. De ahí que las reglas proyectadas sobre esos aspectos podría interpretarse que invaden las jurisdicciones locales. Por de pronto en el art. 39 se "abroga" esta ley local, sin embargo ella en muchos aspectos relativos a la internación, como ya señalé tienen carácter local, por ello el art. 40, contradictoriamente con esta abrogación expresa dice que las leyes de salud mental "de las diferentes jurisdicciones" seguirán vigentes en la medida en que no contradigan la proyectada. Y uno se pregunta "¿en qué quedamos?".

En el art. 8 después de dar cuenta que la atención tiende a que operen equipos interdisciplinarios, enuncia entre las áreas diversas que esos equipos deben asumir, y que completan toda la gama de posibilidades sobre la materia, en forma genérica "otros recursos técnicos y profesionales no convencionales", lo que importa una generalización de alguna manera incomprensible y sin referencia a lo que se pretende abarcar.

Otra falta de definición concreta aparece en el art. 9 cuyo primer párrafo carece de sentido y el segundo al preferir a una atención no hospitalaria, la interdisciplinaria e "interseccional" de instituciones comunitarias de salud mental. Parece poco probable determinar esas instituciones de ese modo genérico enunciadas, vaguedad que tiende a corregirse con el art. 10 que concretamente enumera las casas de medio camino, talleres protegidos, centros de capacitación sociolaboral, hogares y familias sustitutas. Es tal vez este artículo el único viable y que debería mantenerse,

pues lo otro no pasa de enunciaciones abstractas que el legislador para una verdadera comprensión conceptual debe eludir.

El art. 14 formula un principio muy importante y que debe aplicarse estrictamente, pues la internación de los enfermos mentales debe ser realmente la última ratio a la que corresponde acudir.

Los requisitos del art. 15 son ajustados a derecho. Asimismo los arts. 16 al 23, sin embargo como establece la ley local citada 22.914, las responsabilidades por el cumplimiento deben recaer sobre el Director del establecimiento o de quien en ciertos casos lo reemplace temporariamente. Esta ley local se muestra mucho más concreta y al girar las responsabilidades sobre los Directores de los establecimientos de internación, concreta la legitimación del sujeto responsable, el que a su vez debe tener comunicación con el juez, los curadores provisionales o definitivos y en fin la gama de personas y órganos que intervienen. La palabra "equipos" que en el proyecto se emplea en esta cuestión de los sujetos responsables es una real nebulosa que nada aclara, pues "equipo" es un conjunto de personas de distinta categoría y se esfuma la responsabilidad tras la imputación colectiva o a un grupo en el cual puede haber personas que no tienen categoría de mando sino que deben ejecutar o respetar lo que se les ordene. Luego la responsabilidad que recaiga sobre ellos me parece peligrosa porque puede ser injusta.

La prohibición del art. 25, no impedirá que por nueva ley se erija un neuropsiquiátrico nuevo frente a los ya existentes. En cambio las internaciones en los hospitales generales exige que estos se provean de personal competente en la materia y de los elementos apropiados a esta clase de enfermedad, como pueden ser habitaciones especiales y diferenciadas de los enfermos con otras patologías no mentales. Además, están los dementes furiosos de los que no lo son y su tratamiento es de diferente ejecución y con personal especializado y hasta atendiendo a la posibilidad de que se cometan actos que puedan requerir la intervención de la justicia penal para establecer el grado de imputabilidad o perturbación mental del acusado.

No es compartible la modificación que se propone al art. 140 del Código Civil, pues a la palabra inhabilitada que en el proyecto se emplea, hace referencia a personas no dementes, y con ella se confunde los planos, ya que la inhabilitación se mantiene en el proyecto, art. 152bis, y es mucho más concreta la norma vigente que utiliza el término demente.

La reforma que se propone al art. 141 del Código, que en realidad fue a su vez modificado por la ley 17.711, no mejora la norma vigente, sino por el contrario su redacción es defectuosa ya que hablar de que se declaran incapaces a los que por “causas de salud mental”, es menos preciso que hablar derechamente de personas afectadas por demencia. La causa es la demencia no la salud mental que precisamente descarta la incapacidad.

No me parece apropiada la derogación lisa y llana del art. 475 del código civil, pues la remisión permite aplicar las reglas de la tutela en su funcionamiento a la curatela.

Asimismo me parece inconveniente la derogación del art. 482, aunque es una norma imperfecta debió tratarse de darle un contenido, ya que la policía debe poder actuar ante un demente público.

Santos Cifuentes

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2008

Señor:

Presidente de la Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Doctor Julio César Otaegui

De mi mayor consideración:

Con referencia al proyecto de ley sobre “Salud Mental”, sujeto al análisis de los señores académicos doctores Santos Cifuentes y José W. Tobías, y respecto del cual también fue solicitada mi opinión por el señor Presidente, considero:

1.- El texto del proyecto se aparta de los principios que regulan la técnica legislativa. Particularmente de las técnicas de claridad, concisión y uso del lenguaje común para facilitar su entendimiento por los destinatarios de la norma. Destinatarios que son la población en general y no simplemente los médicos, jueces, abogados e individuos ilustrados que pueden conocer ciertos vocablos y el sentido de determinadas frases.

2.- El texto del proyecto de ley está innecesariamente integrado por normas que expresan anhelos propios de un texto de estudios y desprovistas de carácter imperativo.

3.- Estimo erróneo asignar, al capítulo XI del proyecto el título de “Disposiciones Complementarias”, cuando sus normas importan modificar el Título X, Libro Primero, Sección Primera del Código Civil.

4.- El articulado de la ley, con la salvedad de las disposiciones modificatorias del Código Civil, importan el ejercicio del poder de policía que, en principio, incumbe exclusivamente a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así lo admite implícitamente el art. 40, con la salvedad de subordinar el poder de policía provincial al nacional, aunque sin explicitar las razones que justificarían semejante decisión sobre la base de

un interés superior común gestado por el ineficiente tratamiento que merecería la materia en los ámbitos locales.

5.- El art. 40 impone a las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires el deber de adaptar sus legislaciones procesales a las disposiciones de tal índole que contiene el proyecto, lo cual colisiona con el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

6.- El art. 39 dispone la abrogación de la ley N° 22.914. La ley N° 22.914 de “Salud Pública”, publicada el 20 de septiembre de 1983, es una ley aplicable únicamente en la Capital Federal, Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 15). Se trata de una ley que, conforme a los incs. 14 y 27, art. 67, del texto de la Constitución Nacional anterior a su reforma de 1994, avalaba su emisión por el Congreso Nacional. Sin embargo, hoy día Tierra del Fuego es una provincia y Buenos Aires una ciudad autónoma, de modo que dicha norma tiene plena vigencia en ellas hasta que no sea modificada por las legislaturas locales. Su reforma o derogación, ya sea total o parcial, no puede ser concretada por el Congreso Nacional, tal como lo propicia el art. 39 del proyecto.

7.- El art. 2° del proyecto expresa que su texto “se sustenta” en la adhesión a los tratados internacionales resultante del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. En rigor, la adhesión no resulta del texto constitucional sino de las leyes sancionadas por el Congreso. La Constitución prevé los efectos de tales tratados pero no se adhiere a ellos. Pero, al margen de ello, la “garantía del derecho a la salud” resulta de una interpretación teleológica, sistemática y dinámica de los arts. 14 nuevo, 41, 42, 75 inc. 23 y 121, entre otros, de la Ley Fundamental que el proyecto omite. Sería más atinado que el art. 2°, inc. a), del proyecto mencionara explícitamente a la Constitución Nacional, sin referirse al art. 75, inc. 22, ni a la adhesión que de ella resultaría a los tratados internacionales.

En síntesis, y básicamente por las razones expuestas en los puntos 4, 5 y 6, considero que el proyecto de ley colisiona con los principios de la Constitución Nacional.

Saludo al señor Presidente con mi mayor respeto.

Gregorio Badeni

INFORME PROYECTO DE LEY DE SALUD MENTAL

POR JOSÉ W. TOBIAS

I. Introducción

Centraré el análisis en los capítulos VI – “Internaciones”; y XI – “Disposiciones complementarias” – (este último propone modificar el Título X, Libro Primero, Sección Primera del Código Civil) por entender que es allí donde se proponen las modificaciones más importantes al régimen vigente.

En lo demás, el Capítulo I – “Derechos y garantías” – se limita a establecer la finalidad de la ley – garantizar el derecho a la salud mental – y a mencionar las Declaraciones internacionales en que se sustenta. El Capítulo II enuncia el ámbito de aplicación (todos los efectores de salud públicos y privados); los Capítulos III – “Definición – y IV – “Modalidad de abordaje” – proponen enunciaciones, declaraciones y garantías relacionadas con el campo de la salud mental (entre ellas la garantía del Estado del acceso gratuito e igualitario a la atención sanitaria y social; la progresiva tendencia a que la asistencia esté a cargo de equipos interdisciplinarios, la mención a que la definición de salud mental incluye trastornos de alcoholismo y los diversos tipos de adicción (?) así como algunas directivas acerca de la modalidad de los tratamientos. El Capítulo V se ocupa en un solo artículo de la “Organización del equipo asistencial”; el VII en tres artículos de las “Derivaciones”. El Capítulo VIII – “Autoridad de aplicación” – crea la Dirección Nacional de Salud Mental dependiente del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación a la que atribuye la responsabilidad de la “planificación, organización y seguimiento de un Plan Nacional de Salud Mental”). El Capítulo IX crea el Organismo Consultivo de Derechos Humanos y Salud Mental proponiendo sus funciones e integración. El Capítulo X – “Convenios de cooperación con las Provincias” – prevé la realización de convenios tendientes a garantizar los principios expuestos en la ley que se proyecta.

Algunos de los artículos proyectados en estos capítulos (por ejemplo, arts. 8 a 12) pueden ser objeto de los cuestionamientos a que se hace referencia en el penúltimo párrafo de II.a).

II.- Las internaciones

El Capítulo VI propone una regulación del sensible tema de las internaciones y externaciones. Simultáneamente con ello se propicia derogar el art. 482 del Código Civil (art. 38) y “abrogar” la ley 22.914 (art. 39) (ambos regulan actualmente lo concerniente a las internaciones y externaciones).

a) Una primera cuestión – central – es la de determinar si lo atinente a la internación y externación de quienes son enfermos mentales, disminuidos en sus facultades mentales o alcohólicos o toxicómanos es materia de la legislación nacional o privativa de las legislaciones locales. En la realidad normativa, la cuestión está contemplada en el Código Civil (art. 482) y en varios distritos geográficos por las legislaturas locales (leyes 22.914 y 448 Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Una posible respuesta consiste en afirmar que la legislación de fondo puede incursionar en esa materia por estar comprometido un derecho personalísimo – como lo es uno de los más preciados, el de la libertad personal – al solo fin de determinar los requisitos básicos que deben concurrir para limitarlo. Se trataría de cuestiones accesorias a los derechos de fondo pero inseparables de ellos; en suma, garantías que integran la materia de fondo (López Olaciregui). No conozco en ese sentido, que se haya cuestionado la constitucionalidad del art. 482 del Código Civil. En todo lo demás, es privativo de las legislaciones locales – en ejercicio del poder de policía sanitaria – la regulación de los aspectos particulares de las internaciones y externaciones sobre la base de las garantías contenidas en la legislación Nacional.

A mi juicio, el Capítulo VI del Proyecto no se circunscribe a establecer directivas esenciales tendientes a garantizar el derecho a la libertad personal, sino que incursiona ampliamente en aspectos particulares que son privativos de las legislaturas locales (sobre todo arts. 14, 15, 16, 24, 25 y 26). La misma observación es de formular respecto del artículo 40 del Proyecto que impone a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el deber de “adaptar sus legislaciones, incluida la procesal a las disposiciones que aquí se establecen”.

En otros casos, algunas propuestas parecen versar más sobre criterios de tratamiento médico – o si se quiere interdisciplinarios – que cuestiones que deban ser materia de la legislación (art. 13, 2º párr.).

b) Una segunda cuestión, también central, es la atinente a las facultades del legislador nacional para “abrogar” la ley 22.914 (art. 39 Proyecto). Esta ley se sancionó por el Congreso Nacional con vigencia en la Capital Federal, el entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Sur (art. 15). Se sigue de ello que se está en presencia de legislación local, cuya derogación sería ahora privativa de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

c) Sin perjuicio de ello, me referiré a algunos aspectos de la propuesta que considero cuestionables:

c.1) Es perceptible el propósito de excluir la intervención de la autoridad judicial en cuestiones de relevancia: “el alta, externación o permisos de salida” y en menor medida, “las internaciones involuntarias” (art. 20).

c.1.1) Por un lado, se propicia derogar el art. 482 del Código Civil. A propósito de ello, no se ha destacado lo suficiente el mérito del Codificador – en pleno Siglo XIX – al haber prescripto que el demente “no podrá ... ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial”. A la vez, si bien la norma no prevé el régimen de los egresos – de similar relevancia que los ingresos para la libertad personal – contempla la designación de un defensor especial nombrado por el Juez “para asegurar que la intervención no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle la debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”. Se propone, también, “abrogar” la ley 22.914, cuya finalidad, como se expresa en sus considerandos “es proteger la libertad individual en aquellas situaciones en las que esta pueda ser comprometida”, a cuyo fin prevé que en todos los casos las internaciones se conviertan finalmente en judiciales (1).

c.1.2) Por el otro lado, el Proyecto prevé que “no corresponde intervención del juez al momento del alta, externación o permiso de salida,

(1) Como es sabido, la ley 22.914 tuvo su origen en una Acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, designando una Comisión integrada por funcionarios judiciales, cuyo propósito era elaborar una solución integral a las cuestiones relativas a los discapacitados mentales. El Ministerio de Salud hizo suyo el proyecto de la Comisión, que se materializó luego en la ley 22.914. Ella se basa en tres grandes principios: a) posibilitar que el Ministerio de Menores sea informado de toda internación en que el afectado estuviera incurso en las causales del art. 141 o en alguno de los dos incisos del art. 152 bis a fin de que inste el procedimiento limitativo de la capacidad de obrar; b) el impulso procesal de oficio y la celeridad de las actuaciones judiciales concernientes a los procesos de interdicción e inhabilitación; c) el resguardo judicial de los pacientes internados para que no sean privados de su libertad personal sin una causa suficiente, a cuyo fin preserva el rol hegemónico del juez en las decisiones de internaciones, en el transcurso de ellas y en las externaciones.

que resultan una facultad exclusiva del equipo profesional tratante. Sólo deberá informarse de estas novedades y el juez no podrá impedir las en ningún caso. Tampoco puede el juez por sí mismo ordenar una internación involuntaria” (art. 20).

El criterio de excluir la intervención judicial en materia de egresos y más limitadamente en las internaciones involuntarias (arg. art. 18) contraria garantías constitucionales. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “es insostenible dentro de un régimen constitucional que confiere las garantías de no ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente o penado sin juicio previo y que asegura la inviolabilidad de la persona y de los derechos, la facultad de un director de un hospicio de alienados para juzgar por sí solo de las personas internadas en el establecimiento y para mantenerlas recluidas por su propia voluntad ... Dentro de ese mismo régimen de garantías no existe otra autoridad competente para restringir la libertad de las personas que la de los jueces designados por la ley y esa norma es de más rigurosa aplicación aún en este caso, en que la causa invocada para la detención es la insania de la persona ...” (2).

c.2) El Proyecto prevé la intervención de un equipo interdisciplinario para la internación (art. 15) y la externación (art. 20), cuya composición debe incluir las áreas de enfermería, medicina, trabajo social, psicología, terapia ocupacional y otros recursos técnicos y profesionales (art. 8). En el art. 482, ese tipo de intervención es médica. Se plantea así un problema de incumbencias profesionales que provocaría seguramente controversias.

d) Se propicia la prohibición de la “creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o cualquier otro equivalente” (art. 25). La generalidad del texto permite entender que abarcaría tanto el sector estatal como el privado.

La propuesta, seguramente, se enmarca en una postura que aspira al progresivo desmantelamiento de los manicomios (el así llamado proceso de “desmanicomialización”. No considero que sea la ocasión para pronunciarse sobre esta controvertida cuestión. Sólo es del caso recordar que la búsqueda de nuevas líneas de equilibrio entre la libertad de quien pa-

(2) Fallos 139:154; íd.: 230:328 en donde la Corte declaró que “con arreglo a lo dispuesto por el art. 18 de la CN en cuanto al arresto y privación de la libertad personal y por el CC respecto de la internación (art. 140 y ss.) fuera de los casos de prevención necesaria, en las que sin embargo debe darse la correspondiente intervención a la justicia, es inadmisibles que, aún cuando se invoque la demencia, pueda mantenerse internada a una persona contra su voluntad y sin someterla al juicio de interdicción correspondiente”.

dece trastornos mentales y la necesidad de su protección, debe transitarse con suma prudencia: no se trata de diseñar “un desastre lleno de buenas intenciones” (tal el reproche que A. Vencchiarutti formulara a la ley italiana 180 del 13 de mayo de 1978 que dispuso el gradual desmantelamiento de los manicomios) sino de adecuar la legislación a las nuevas realidades de la psiquiatría y a los nuevos principios del derecho privado.

III.- La propuesta de modificaciones al Código Civil

El proyecto propicia modificar íntegramente el título X, Libro primero, Sección primera, del Código Civil. En razón de la especial importancia que reviste una pretensión de esa naturaleza, considero las propuestas artículo por artículo.

a) LA DENOMINACIÓN DEL TÍTULO. La modificación abarca la denominación del título: la actual (“De los dementes e inhabilitados”) se reemplazaría por esta otra: “De las personas incapacitadas e inhabilitadas”.

Subyace en la propuesta la preocupación por alinearse con reformas legislativas que buscan evitar denominaciones que puedan resultar discriminatorias, ofensivas o socialmente discriminatorias. Esta tendencia es compartible y es la corriente de las reformas legislativas recientes en otros países (3). Observo, no obstante, que ello no puede ser obstáculo para que el legislador emplee términos (“enfermedad mental”, “insuficiencia o de-

(3) Así: 1) La ley francesa del 3 de enero de 1968 elimina los institutos de la interdicción y del Consejo Judicial y regula en un título la situación de los “Mayores protegidos por la ley” a través de los capítulos: “Mayores bajo la salvaguarda de justicia”, “Mayores bajo tutela”, y “Mayores bajo curatela” (Libro I, Título XII, Capítulos II a IV). Luego, la ley 2007-308 reformulo el título XI del Libro I que pasa a denominarse “De la mayor edad y de los mayores protegidos por la ley”. 2) La ley española de 1983 elimina cierta terminología original del código, que sujetaba a tutela a los “locos y dementes”. Afirma Lacruz Berdejo que ello obedeció, entre otras razones, al deseo de evitar una terminología socialmente peyorativa (LACRUZ BERDEJO J., Parte general del derecho civil. Personas, vol. 2º, Ed. J.M. Bosch, p. 130). 3) En referencia a la ley alemana que entró en vigencia el 1º de enero de 1992, se ha afirmado que ella se ha preocupado de “eliminar toda mención que pueda ser considerada ofensiva o difamatoria para definir los casos de abertura del régimen de asistencia” (WITZ C. y otros, *Chronique de droit civil allemand, Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994, N° 2, p. 455). 4) En un comentario a la Reforma del Código Civil Austríaco, se opina que el reemplazo de la fórmula empleada para describir a quienes quedan sujetos a curatela se debe particularmente al “empleo de un vocabulario menos discriminatorio referido al enfermo de mente” (VECCHI P., *La riforma austríaca ...*, *Rivista Diritto Civile*, 1987-I-38). 5) La ley italiana 6 del 9 de enero de 2004 modifica la rúbrica original del Libro primero del Código Civil “De la enfermedad de mente, de la interdicción y de la inhabilitación” que es sustituida por la siguiente: “De las medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía”.

bilitación de las facultades mentales”, etc.) que son indispensables para una adecuada regulación normativa, no pudiendo por ello considerarse peyorativas u ofensivas.

b) ART. 140 (texto propuesto). “Ninguna persona será inhabilitada sin que previamente haya una declaración por Juez competente, en base a evaluación interdisciplinaria de profesionales universitarios en el área de salud mental, que justifique la conveniencia de tal medida”.

Se propicia mantener la esencia del texto vigente aunque sólo en el sentido de la necesidad de la declaración judicial de la restricción de la capacidad por juez competente y de que sus presupuestos sean previamente verificados. Las novedades son tres:

b.1) La expresión actual (“Ninguna persona será habida por demente”) – que hubiera requerido ser completada por la ley 17.711 (comprendiendo además de la demencia la inhabilitación) – sería reemplazada por “Ninguna persona será inhabilitada”. Con esta última palabra, sin embargo, se pretende abarcar los dos supuestos de limitación a la capacidad (el de la incapacitación y la inhabilitación) con lo cual se incurre en el manifiesto equívoco de usar una locación empleada para comprender una sola especie de restricción a la capacidad para aludir aquí a ambas.

b.2) La previa verificación requiere en el sistema vigente el “examen de facultativos” (art. 142 CC) que en el sistema del Código Procesal Nacional está referido a médicos, sean psiquiatras o legistas (art. 626).

En la norma proyectada, en cambio, sería necesaria la “evaluación interdisciplinaria de profesionales universitarios en el área de salud mental”. Se presenta, aquí – nuevamente – un problema de incumbencias al haberse partido de una premisa: lo atinente a la verificación del estado mental y su incidencia en la vida de relación, no sería privativo de la profesión médica, sino que comprendería también otras profesiones universitarias, como las de psicólogo, terapeuta ocupacional (¿también los enfermeros con grado universitario y orientación en la salud mental?).

b.3) La tercera, a mi juicio, afecta la independencia de criterio de los jueces. La declaración judicial, según la propuesta, debe dictarse “en base a la evaluación interdisciplinaria ... que justifique la conveniencia de tal medida”. Ello significa, ni más ni menos, que la declaración judicial de incapacidad sólo podría disponerse si el dictamen pericial justificara su conveniencia; está a su vez implícito en el texto, que tampoco podría rechazarse la denuncia si la pericia interdisciplinaria estableciera que concurren los presupuestos para declarar la incapacitación o la inhabilitación. La solución que se propone importa una vuelta al sistema de las

pruebas legales, alterando el principio de la sana crítica, sustituyendo el criterio de los magistrados por el criterio de los peritos.

c) ART. 141 (texto propuesto). “Se declaran personas con incapacidad por razones de salud mental solamente a aquellos que tengan graves limitaciones para dirigir su persona o administrar sus bienes en grado tal que ponga en riesgo su patrimonio, su salud o su vida de forma clara”.

Se recordará que la ley 17.711 modificó el texto original del art. 141 consagrando un sistema que se ha calificado como “biológico jurídico”. Se requiere ahora la concurrencia de la “enfermedad mental” y una determinada incidencia en la vida de relación: la ausencia de aptitud “para dirigir su persona o administrar su patrimonio”. Esta reforma concluyó con el debate doctrinario que suscitaba el texto de Vélez, en que se postulaban al menos tres criterios: 1) uno, al que la redacción otorgaba un sólido respaldo, afirmaba que la sola enfermedad mental era suficiente antecedente de la interdicción, sin que fuera necesario considerar su eventual incidencia en la vida negocial (Molinas, Rojas); 2) otro, sostenía la necesidad de la concurrencia del factor psiquiátrico – la enfermedad mental – y el factor social, consistente en la incidencia de ella en la vida de relación (Llambías, Borda, Busso, Aráuz Castex, Orgaz); 3) se creía también que el art. 468 posibilitaba declarar interdicción a quien carecía de aptitud para administrar sus bienes, aunque no fuera enfermo mental (Spota).

El texto actual, como se dijo, rezeptó el llamado criterio biológico jurídico: no es posible la declaración de interdicción sin que medie la enfermedad mental y una determinada incidencia de ella consistente en la falta de aptitud para dirigir la persona y administrar sus bienes.

En la modificación que se proyecta:

c.1) No es necesaria la calificación psiquiátrica de la enfermedad mental, bastando que concurren “razones de salud mental”. La extensión y amplitud de la expresión la hace – a mi juicio – inconveniente: la gravedad de los efectos de la declaración judicial de incapacidad hace razonable la exigencia del actual art. 141 de la existencia del factor patológico o mórbido o, al menos – como lo sugiere el Proyecto de reformas de 1998 (art. 27) – la de la existencia de una insuficiencia o debilitación de las facultades mentales. Las “razones de salud mental” no suponen necesariamente un deterioro o debilitamiento de la salud mental, pues dentro de la expresión podrían quedar abarcadas situaciones de salud mental no necesariamente negativas (paradojalmente, el propuesto inciso 1º del art. 152 bis se refiere a “trastornos de salud mental” y la expresión supone un aspecto negativo de la salud mental no predicable de las “razones de salud men-

tal”, no obstante que la inhabilitación contempla causales y consecuencias menos graves que la incapacitación).

c.2) Tanto en el régimen vigente como en la reforma que se considera, es presupuesto de la declaración de incapacidad, la existencia de un factor psiquiátrico (“la enfermedad mental” y “las razones de salud mental”, respectivamente).

Empero, existe un vacío de nuestro sistema legal actual que una eventual reforma debiera corregir y la que se analiza no prevé: la realidad muestra, en efecto, que no es sólo la enfermedad mental o la falta o insuficiencia de salud mental para el pleno ejercicio de la actividad vinculada con los propios intereses, la que debe constituir una causa de restricción de la capacidad, sino – también – aquellos supuestos en que existiendo salud mental, existe la imposibilidad o la grave dificultad para manifestar la voluntad en razón de deficiencias o enfermedades físicas.

La situación mencionada está generalizadamente contemplada en recientes reformas legislativas de otros países (4): un supuesto paradigmático indicativo del vacío legal puede encontrarse en la situación fáctica que debió resolverse en un conocido fallo judicial (5).

c.3) No creo que el agregado “de forma clara” propuesto para determinar la manera en que deben incidir las razones de salud mental en la

(4) i) La ley francesa del 3 de enero de 1968, en donde la redacción del art. 488 del Code comprende en el sistema de protección al adulto que por una alteración de sus “facultades personales” no tenga posibilidad de proveer sólo a sus intereses (La expresión facultades personales es lo suficientemente amplia para comprender las mentales y las físicas (CHAVAS, F., *Leçons de droit civil, les personnes*, Montchrestien, t. I, vol. II, p. 813). En el mismo orden de ideas, el art. 425 del Código – texto según la posterior ley 2007-308 del 5 de marzo de 2.007 – establece que pueden beneficiarse de las medidas de protección jurídica previstas en el capítulo toda persona imposibilitada de proveer sola a sus intereses en razón de una alteración, médicamente constatada, sea de sus facultades mentales, sea de sus facultades corporales de una manera que le impida la expresión de la voluntad. ii) La ley española 13/83 que reforma los títulos IX y X del Libro I del Código Civil consagra una fórmula abierta con una sola causa general: “Enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impiden a la persona gobernarse por sí misma”. iii) El art. 1910 del Cód. Civil alemán, que contempla el otorgamiento de un curador para la persona y el patrimonio, a quien por un defecto físico no puede atender sus asuntos. También, para quien por una enfermedad mental o física, no puede atender alguno de sus asuntos o alguna cuestión particular de ellos. Pero en ese caso, la curatela sólo podrá ser ordenada con el consentimiento del enfermo, salvo que no sea posible su entendimiento con él (VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, trad. de Tito Ravá, Depalma, vol. 2, p. 56). iv) El art. 404 del Código Civil italiano, según la ley nº 6 del 9 de enero de 2004, que incorpora a ese derecho el instituto de la “amministrazione di sostegno” (El texto legal prescribe que “la persona que por efecto de una enfermedad o disminución física o psíquica se encuentra en la imposibilidad de proveer a sus propios

aptitud para dirigir la persona o administrar los bienes, sea conveniente o tenga la necesaria rigurosidad.

d) ART. 142 (texto propuesto). “La declaración judicial de incapacidad no podrá hacerse sino a solicitud de parte y después de una evaluación interdisciplinaria de salud mental”.

La propuesta reitera el texto actual, con el reemplazo del “examen de facultativos” por una “evaluación interdisciplinaria de salud mental” (ello se reitera en otros artículos como los 143 y 150). Ya se ha visto la cuestión de incumbencias que la propuesta plantea.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, tanto el texto vigente como el propuesto, bien podrían considerarse innecesarios: la exigencia de la solicitud de parte resulta del art. 144 (que enuncia los legitimados para solicitar la declaración judicial) y la exigencia del dictamen pericial ya está contemplada en el art. 140.

e) ART. 143 (texto propuesto). “En la evaluación interdisciplinaria deberá constar no sólo el diagnóstico sino también la situación social de la persona y una descripción detallada de cuáles son las limitaciones precisas que le impone la enfermedad o trastorno, así como también una descripción de las capacidades que posee. Deberá contener además el tiempo estimativos de rehabilitación total o parcial”.

Adoptada por el eventual legislador nacional la decisión de establecer en el Código Civil el contenido que deberá tener el dictamen pericial por entender que ello integra las garantías de derechos de fondo, no es conveniente que se prescinda de aspectos tales como el pronóstico, la fecha

intereses, puede ser asistida por un administrador de sostén designado por el juez tutelar del lugar de su domicilio o residencia”. v) Lo dispuesto por el art. 392, incs. 2º y 3º del Cód. Civil suizo, la ley austriaca del 2 de febrero de 1983 de Reformas al Código Civil nº 136; el nuevo Código Civil brasileño (art. 3 inc. III) y el Código Civil de Quebec (art. 258) (En el último de los códigos nombrados, los sistemas de protección que consagra abarcan su mayor edad en la medida de su falta de aptitud para cuidar de sí mismo debido a una enfermedad, deficiencia o debilitamiento debido a la edad que altera las facultades mentales o la aptitud física para expresar la voluntad (art. 258)).

(5) Se trataba del doloroso caso de una persona que según el informe de los peritos médicos mantenía intacta su capacidad de raciocinio, aunque su ineptitud física era total; ninguno de sus miembros le respondía, de modo que pendían inertes, y al no poder dirigir ni sostener en absoluto la cabeza ella caía en forma perpendicular contactando su mentón sobre la zona esternal. No podía articular palabra alguna y su única comunicación con el mundo exterior la realizaba a través del movimiento de sus párpados frente a una tablilla donde se acumulaban las letras del abecedario; un movimiento de párpados simbolizaba la afirmativa a una de las letras cuya manifestación pretendía (ED 81-387).

aproximada del inicio de la enfermedad (de importancia para evaluar la validez de los actos anteriores a la sentencia) o, en su caso, el régimen aconsejable para la internación (comprensiva del periodo de tiempo estimado) y del régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto incapaz o inhábil (de particular relevancia en un sistema – como el que se proyecta – en que el grado de capacidad es flexible y graduable por el Tribunal). Ello, sin perjuicio que comprenda también la situación social y una descripción de las aptitudes (está equivocadamente empleada la palabra “capacidades”) y limitaciones que posea.

f) ART. 144 (texto propuesto). “Los que pueden pedir la declaración de incapacidad son: 1. El esposo o esposa no separados personalmente ni divorciados vincularmente, o convivientes; 2. Los parientes de la persona; 3. El Ministerio de Menores; 4. El respectivo cónsul si la persona fuese extranjera”.

Mantiene el texto vigente con el agregado de la legitimación del conviviente y con la eliminación del inciso 5º (“cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a los vecinos”). La derogación de este inciso es propiciada por una generalizada doctrina. Se mantiene, en cambio el inciso 4º, que ha sido defendido (Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia) y criticado (Llambías, Rivera, Orgaz, Colombo).

La gravedad de las consecuencias que pueda acarrear la denuncia, al afectar eventualmente la capacidad de obrar del denunciado y el menoscabo moral y material que su sola promoción puede producir –aunque se la termine desestimando– explican que la ley limite las personas que pueden poner en movimiento el proceso.

Desde ese punto de vista: 1) En lo relativo al inciso 1º. Sería conveniente la exclusión de cónyuge separado de hecho: como en los casos de divorcio vincular y separación personal, es de temer que el posible quebranto del afecto recíproco acarree un uso indebido de la legitimación (en ese sentido, art. 28 inc. a) Proyecto de reformas 1998) 2) en lo relativo al inciso 2º. Sería conveniente que el precepto circunscribiera la legitimación a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y a los por afinidad hasta el segundo grado. Así lo entiende la doctrina dominante respecto del texto vigente del inciso por considerar que más allá del parentesco susceptible de producir algún efecto jurídico, ha concluido la solidaridad familiar que determinó el otorgamiento de la legitimación (en ese sentido, art. 28 inc. b) Proyecto de Reformas 1998).

Una cuestión especial suscita la legitimación del propio interesado: el tantas veces invocado argumento de Laurent –no existe un loco lo suficientemente cuerdo para pedir la propia declaración de interdicción– no

es médicamente exacto: existen supuestos de enfermedades mentales en que la persona es consciente de su situación y ello la puede llevar a solicitar los medios legales para resguardar sus intereses. Sería conveniente, por ello, agregar la legitimación del propio interesado (art. 28 inc. d) Proyecto de Reformas de 1998).

g) ART. 145 (texto propuesto). “No podrá declararse incapacidad a personas menores de catorce años”.

Mantiene, en sustancia, la razón de ser del texto actual: la situación de incapacidad del menor impúber torna innecesaria la tramitación de un proceso que tiende a consagrar la misma situación en materia de incapacidad.

Desde una propuesta de técnica legislativa, la previsión del artículo podría ser trasladada al art. 141, que podría comenzar así: “Se declaran personas por incapacidad a partir de los catorce años ...”.

h) ART. 146 (texto propuesto). “No podrá declararse la incapacidad de una persona cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbada, aunque sea otro el que la solicitase, salvo que expusiese circunstancias sobrevinientes a la declaración judicial”.

Mantiene, en sustancia, el texto actual, que es el original del Código. Ha de observarse, sin embargo, que la coexistencia de institutos – con la incorporación de la inhabilitación judicial por la ley 17.711 – plantea cuestiones que el texto no dilucida.

i) ART. 147 (texto propuesto). “Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad, debe nombrarse para el demandado un curador provisional que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte esencial el Ministerio de Menores. El demandado tiene derecho a designar un abogado de confianza o que se le designe uno de oficio desde el inicio del proceso y hasta que finalice la declaración de incapacidad o inhabilitación, si está se determinase”.

La novedad – fuera del reemplazo de la expresión “solicitud de denuncia” por “solicitud de declaración de incapacidad”– consiste en un agregado al texto vigente: el derecho del denunciado a designar un abogado de su confianza o que se le designe uno de oficio. No es gramaticalmente afortunada la mención “... hasta que finalice la declaración de incapacidad o inhabilitación si ésta se determinase” (se ha querido decir “hasta que se dicte la sentencia que acoja o rechace la denuncia”).

Fuera de ello, es clara la falta de necesidad de consagrar el derecho del denunciado a designar un abogado de su confianza: es éste un derecho

que le asiste a todo litigante. También parece innecesaria la alternativa prevista para el caso que el denunciado no haga uso de ese derecho pues el mismo texto propuesto prevé la designación de un curador provisional “que lo represente y defienda en el juicio”. En relación a esto último, sería conveniente que se lo califique como curador ad-litem para diferenciarlo del curador provisorio (a los bienes) a que se refieren los proyectados arts. 148 y 149 y que se establezca, además, que debe ser abogado.

j) ART. 148 (texto propuesto). “Cuando la situación de incapacidad aparezca notoria e indudable el Juez mandará inmediatamente recaudar los bienes de la persona denunciada y entregarlos bajo inventario a un curador provisorio, para que los administre”.

Mantiene el texto vigente con una sola modificación terminológica. Se cambia “cuando la demencia aparezca notoria e indudable” por “cuando la situación de incapacidad aparezca notoria e indudable”.

De cualquier modo, una eventual reforma debiera ser la oportunidad para mejorar el texto actual. En ese sentido: 1) debe tenerse presente la existencia de otra norma legal que posibilita el nombramiento de un curador interino si el juez “lo juzgare oportuno” (art. 471). Ello plantea actualmente el problema interpretativo si la decisión solo será “oportuna” (art. 471 CC) cuando el presupuesto de la incapacidad se presenta como “notoria e indudable” (art. 148) o si, por el contrario, es procedente el nombramiento del curador cuando el juez lo “juzgase oportuno” (art. 471) por considerarlo conveniente para la protección de la persona o patrimonio del denunciado, aunque no se presente el grado de gravedad y certeza previsto por el art. 148; 2) la norma no precisa con claridad el alcance de las funciones de curador (si son de mera custodia o conservación de los bienes o si exceden ese ámbito, comprendiendo los actos de administración y, aún, si estos se encuentran limitados por la naturaleza transitoria de las funciones).

Debido a ello resultaría más conveniente, a mi juicio, un texto similar al propuesto por el Proyecto de Reformas de 1998 (art. 30), que facultase al Tribunal, durante el proceso, a disponer la limitación de la capacidad cuando lo estimara conveniente para la protección de la persona o el patrimonio del denunciado; a esos efectos, debería nombrar un curador cuyas funciones deberían fijarse en la resolución que lo designe; el curador debería recibir los bienes bajo inventario. Se compatibilizaría, del modo expuesto, el contenido de los artículos 148 y 471 y se precisaría en la misma resolución las funciones del curador.

k) ART. 149 (texto propuesto). “Si el denunciado fuere persona menor de edad, su padre o su madre o su tutor ejercerán las funciones del curador provisorio”.

Mantiene el texto vigente con una sola modificación terminológica. Se cambia: “Si el denunciado demente fuere menor de edad” por “Si el denunciado fuere persona menor de edad”.

l) ART. 150 (texto propuesto). “La cesación de la incapacidad por el parcial o completo restablecimiento, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen interdisciplinario hecho por profesionales, y después de la declaración judicial, con audiencia del ministerio de Menores”.

Presenta dos cambios respecto del texto vigente: se alude al “parcial o completo restablecimiento” en vez del “completo restablecimiento” y al “examen interdisciplinario hecho por profesionales” en vez del “examen de sanidad hecho por facultativos”.

Es conocido el debate doctrinario que suscita la diversa exigencia de este artículo respecto de la requerida por el art. 484: mientras el primero requiere el “completo restablecimiento”, el segundo se limita a establecer la “cesación de las causas”. La conclusión del debate requeriría la modificación de uno de los artículos para adecuarlo al otro o, en todo caso, la modificación de ambos. Debería, además, ser ocasión para eliminar por innecesaria la aclaración que el cese de la incapacidad debe declararse “después de la declaración judicial”: es manifiesto que la rehabilitación sólo procede después que la sentencia que restringe la capacidad ha pasado en autoridad de cosa juzgada, pues antes de ello funcionan los medios ordinarios de impugnación.

A mi juicio, sería más apropiado que una reforma legislativa estableciera que el cese de la incapacidad procede cuando cesan las causas. Varias razones concurren a fundar esa opinión: a) si el estado mental evoluciona de una manera que no sea suficiente para declarar la incapacidad, tampoco debe considerarse que sea suficiente para mantenerla (aunque no haya un restablecimiento); podría subsistir el estado mental más no el factor social o jurídico, en cuyo caso habrían cesado las causas de la interdicción (sin que haya un restablecimiento del estado mental); b) la ciencia médica indica que existen casos de suficiente remisión de los estados mentales que colocan a la persona, aún enferma, en situación de poder dirigir su persona y administrar sus bienes, siendo ello – además – un elemento relevante que puede acentuar la mejoría al posibilitar la reinserción en la vida social y económica, con los consiguientes beneficios para la salud; c) se compatibilizaría el art. 150 con el art. 484.

El sistema graduable y flexible de la capacidad que prevé el Proyecto, haría además conveniente un agregado que estableciera que durante el proceso de declaración de incapacidad o en el de cese de la incapacidad, el Tribunal puede – según las circunstancias – ampliar la nómina de actos

que el incapacitado puede realizar por sí o con la asistencia de su curador. Asimismo, que en el trámite del cese de la incapacidad, se la puede transformar en inhabilitación.

m) ART. 151 (texto propuesto). “La sentencia sobre incapacidad y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este código: mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones”. Art. 152 (texto propuesto). “Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los ART.s precedentes, cualquier sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusación or motivo de la incapacidad del acusado, o que lo hubiese condenado como si no estuviese incapacitado”.

Los textos propuestos – con la salvedad terminológica en el primero (se reemplaza “la sentencia sobre demencia y su cesación” por “la sentencia sobre incapacidad y su cesación” – reiteran los textos vigentes.

n) ART. 152 BIS- (texto propuesto). “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1. A quienes por trastornos de salud mental, alcoholismo o adicciones estén expuestos claramente a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2. Los disminuidos en sus facultades, cuando sin llegar al supuesto previsto por el ART. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño inminente a su persona o patrimonio. 3. A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiese dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes o descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicará en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad. Las personas inhabilitadas podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo para los que esté expresamente limitado por la sentencia de inhabilitación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

n.1) Las causales.

Considero separadamente los tres incisos:

Inciso 1. El llamado presupuesto biológico del actual inciso es reemplazado por éste: “trastornos de salud mental, alcoholismo o adicciones ...”. Es de destacar: i) Los “trastornos de salud mental”, en realidad, estarían previstos en el inciso siguiente. ii) Considero compartible el empleo de la palabra “alcoholismo” en reemplazo de la actual expresión “ebrie-

dad habitual”. La psiquiatría describe los fenómenos del “alcoholismo sin embriaguez”: se trata de bebedores excesivos, con frecuencia de elevado nivel sociocultural y económico, que por ello mismo no alcanzan los casos de intoxicación aguda (embriaguez) pero desembocan en el alcoholismo. iii) No puedo decir lo mismo del reemplazo del “uso de estupefacientes” por “adicciones”: el significado gramatical de este último término es excesivamente amplio y abarca hábitos que no se circunscriben al uso de drogas tóxicas (6). Mas prudente sería mantener la expresión actual – con el agregado de la exigencia de la habitualidad – o adoptar la de “toxicómanos consuetudinarios” (como lo hace el Proyecto de Reformas de 1998).

Inciso 2. El Proyecto propone mantener el texto vigente, con la sola novedad que la estimación del juez acerca del riesgo de daño a la persona o patrimonio debe ser inminente.

En otro orden, es conocido el debate doctrinario acerca del significado del inciso: i) unos autores (Lavalle Cobo, Ghirardi, Moisset de Espanés, Méndez Costa) consideran que la causal se circunscribe al supuesto en que media una disminución de las facultades mentales cuando no concurren los presupuestos del art. 141 (la enfermedad mental y su repercusión en la falta de aptitud para dirigir la persona o administrar los bienes; ii) otros postulan una interpretación amplia considerando que abarca también a los disminuidos en sus facultades físicas (Borda, Portas, Piñón, Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia).

Una eventual reforma legislativa sería una oportunidad para concluir la discusión. El Proyecto de Reformas de 1998 abarca, en ese sentido, a “los disminuidos en sus facultades físicas o psíquicas cuando del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente algún daño” (art. 42).

Inciso 3. Reitera, sin modificaciones, el texto vigente. El tema de la prodigalidad suscita varias cuestiones: 1) la de su subsistencia o supresión como causal de restricción a la capacidad de obrar. La mayoría de la doctrina – en criterio que comparto – se pronuncia por la conveniencia de su subsistencia (en sentido contrario, el Proyecto de Reformas de 1998); ii) sentado ello, ha de determinarse en qué términos debería hacerlo un eventual reforma legislativa. Una corriente de opinión importante postula la conveniencia de dos reformas: 1) no debiera ser necesario que se haya dilapidado una “parte importante del patrimonio” (más apropiadamente, una parte importante de los bienes que conforman el patrimonio) – la

(6) Adicción: “Hábito de quien se deja dominar por el uso de alguna o algunas drogas tóxicas o por la afición desmedida a ciertos juegos” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª ed.).

tutela llega cuando el menoscabo se ha producido – sino que debiera ser suficiente que el comportamiento dilapidario exponga a la pérdida de una parte importante de los bienes del patrimonio o comprometan las obligaciones familiares (XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1993); 2) el interés tutelado por la ley debería ser el del propio pródigo y el de su familia (Ghirardi, Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia, Lagomarsino); de ser así, ello justificaría la ampliación de la legitimación a las mismas personas que la tienen en los restantes incisos.

n.2) Los efectos. Están establecidos, junto con los de la incapacitación, en el art. 152 ter que se considera enseguida. No obstante, se reitera en el último párrafo de este art. 152 bis el del texto vigente que faculta al inhabilitado a otorgar por sí solo actos de administración, sin precisar cuál es la condición básica (de capacidad o incapacidad).

Independientemente de ello, sería conveniente que una eventual reforma legislativa – superando la concepción “patrimonialística” de la inhabilitación (ubicable en su génesis histórica) – previera que la función principal del curador y del Tribunal es la de la protección de la salud y la persona del inhabilitado (lo hace el art. 44 del Proyecto de Reformas de 1998).

p) ART. 152 TER- (texto propuesto). “La declaración judicial de incapacidad o inhabilitación deberá determinar claramente en base a la evaluación interdisciplinaria: a) Cuáles son las funciones que quedan limitadas por la declaración. b) Las facultades específicas del curador que se derivan de lo establecido en el inciso anterior. c) Cuál es el tiempo por el cual se declara la inhabilitación, tomando en cuenta el plazo estimado de rehabilitación. La declaración no podrá exceder un plazo de cinco (5) años. Transcurrido el plazo determinado se deberá realizar una nueva evaluación interdisciplinaria a partir de la cual se podrá renovar, cancelar o modificar la declaración de inhabilitación”.

El texto propuesto se enrola en una tendencia de recientes reformas a los Códigos Civiles de países muy ligados a la tradición jurídica argentina (7), que es compartida por una esforzada doctrina de nuestro país (Méndez Costa, Kemelmajer de Carlucci, Zago, Cobas, Goldenberg, Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia, A. Borda). En sustancia, se postulan sistemas graduables y flexi-

(7) Leyes francesas del 3 de enero de 1968 y 2007-308 del 5 de marzo de 2007; ley española del 24 de enero de 1983; ley belga que entró en vigencia el 18 de julio de 1991; ley alemana que entró en vigor el 1 de julio de 1984 que reforma el régimen de tutela y curatela de los mayores de edad; ley austríaca de reformas n° 136 del 2 de febrero de 1983; ley italiana n° 6 del 9 de enero de 2004. Consagran también regímenes flexibles y graduables, entre otros, el Código Civil de Quebec (arts. 255, 288, 289 y 291) y Perú (arts. 576 y 581). Es la solución del Proyecto argentino de Reformas de 1998 aunque circunscripto al régimen de la interdicción.

bles de restricción a la capacidad que puedan adecuarse a las circunstancias de cada caso concreto.

Como idea general – hay otras variantes – puede decirse que en algunos casos el régimen tutelar es único con amplias facultades judiciales para establecer los límites y la extensión de la curatela a partir de una situación básica de incapacidad. En otros coexisten dos regímenes: uno de incapacidad básica y otro de capacidad genérica, ambos flexibles y graduables con amplias facultades del Tribunal. Esta corriente pone en crisis el dogma de la correlación absoluta entre enfermedad mental y ausencia de discernimiento y, como corolario, el de otra crisis consiguiente a aquella: la del dogma de la incapacidad absoluta del interdicto. Sucede que los avances en el conocimiento de las enfermedades mentales indican el “poliformismo” con que ellas se presentan; las nuevas drogas y fármacos – cuando no se logra la cura – han mejorado notablemente el pronóstico a punto de lograr remisiones acentuadas de los síntomas de la enfermedad, posibilitando el ejercicio aunque sea parcial, de la actividad jurídica. La progresiva reinserción en el ámbito social, laboral y familiar, por otra parte, constituye un elemento significativo para el éxito de muchos tratamientos.

Respecto del texto proyectado, puede decirse:

p.1) Reitera la relevancia que atribuye a la “evaluación interdisciplinaria” hasta un punto que puede inferirse que impone al Tribunal sujetarse a ella (“la declaración judicial ... deberá ... en base a la evaluación interdisciplinaria”). De ser ese el significado, ha de reiterarse lo expuesto supra en b.

p.2) El compartible criterio de otorgar facultades al Tribunal para establecer la extensión y límites de la curatela, podría mejorarse significativamente si se tiene en cuenta que la coexistencia de los institutos supone que uno de ellos (la incapacitación) contempla causales más graves que el otro (la inhabilitación) y que de ello debieran resultar en el primero consecuencias de mayor entidad en materia de restricciones a la capacidad de obrar. Así: i) la incapacitación debería generar una situación de incapacidad genérica suplible como regla por un sistema de representación, sin perjuicio de las facultades del Tribunal de especificar los actos que el incapacitado puede realizar por sí o con asistencia del curador; ii) la inhabilitación debería acarrear una situación de capacidad restringida, cuya consecuencia sería un sistema de capacidad genérica, con la excepción de los actos de disposición entre vivos – que requerirían la asistencia del curador – y sin perjuicio de las facultades del Tribunal de agregar otros que requieran esa asistencia, de investir al curador de facultades de representación para determinados actos y de enumerar aquellos que el inhabilitado puede celebrar por sí solo.

No es el expuesto el sistema proyectado: i) ¿las funciones de quien quedan limitadas por la declaración judicial? (inc. 1º); ii) no se determina cual es la situación básica (capacidad o incapacidad) de cada instituto.

p.3) El inciso c) se limita a establecer un plazo para la declaración de inhabilitación, lo que parece excluir la misma necesidad para la declaración de incapacitación. No encuentro razones que justifiquen esa diferencia. En otro orden, la expresión “cancelar ... la declaración de inhabilitación” parece poco ortodoxa y bien podría reemplazarse, en todo caso, por la alusión al “cese de la inhabilitación”.

p.4) Debe tenerse presente que un régimen flexible y graduable de las limitaciones a la capacidad de obrar, sólo puede ser eficazmente implementado con un adecuado sistema de publicidad de las respectivas resoluciones judiciales: ello es necesario para resguardar la seguridad del tráfico negocial de modo que los terceros estén en condiciones de conocer la extensión y límites de la capacidad. En el sistema actual, las resoluciones judiciales no pueden invocarse contra terceros sino desde la fecha de su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas; de ese modo, la inscripción registral de las sentencias funciona como requisito de su oponibilidad a terceros. La existencia de numerosos registros y la ausencia de un sistema centralizador de sus datos, conspira contra el principio de la seguridad dinámica y requeriría de un sistema de publicidad adecuado (¿un sistema de centralización de los datos de los Registros provinciales?).

q) ART. 473 (texto propuesto). “Los actos anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el Juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Si el trastorno que genera la incapacidad no era notorio, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad contra los contratantes de buena fe y a título oneroso”.

El proyecto propone mantener el texto vigente con retoques menores. Sin embargo, son numerosas las controversias que ha generado el artículo y una reforma legislativa debería ser la ocasión para concluir las. En efecto:

q.1) Se cuestiona la conveniencia del agregado de la ley 17.711 cuando se trata de negocios jurídicos de duración o que contienen prestaciones de tracto sucesivo o bien prestaciones de hacer, pues se considera que la subsistencia de los efectos del negocio constituiría un verdadero despropósito para las partes. ¿Cómo imponer a quien padece trastornos mentales que obstan al discernimiento el cumplimiento de obligaciones que integran el contenido del negocio (e incluso los deberes secundarios de

conducta rigiendo la regla de la buena fe?). En base a ello se sostiene que la vigencia del párrafo queda circunscripto a los contratos que contienen obligaciones de dar (De Lorenzo).

q.2) Se discute el alcance de la palabra “contratantes”. La mayoría cree que alude al “cocontratante” aunque también se ha entendido que alude al tercero subadquirente (Cifuentes).

q.3) Mientras el primer párrafo se refiere a los actos jurídicos, el segundo alude a los “contratantes”. La diferencia terminológica – sobre la que no se había llamado hasta hace poco la atención – ha llevado a entender recientemente que el primer párrafo abarca a los actos jurídicos en general mientras que la regulación del segundo se circunscribe a una de sus especies, el contrato (De Lorenzo).

q.4) Se controvierte el alcance de la expresión “haya habido o no sentencia de incapacidad”. Para algunos, la intención ha sido abarcar a los actos posteriores a la sentencia (Borda, Aráuz Castex, Spota) y para otros, aquella comprende los actos de los enfermos mentales sin discernimiento sobre los que no recayó “después” de celebrado el acto la sentencia de incapacidad (Moisset de Espanés, Rivera, Zannoni).

q.5) Pretenden algunos que el sistema del segundo párrafo comprende también a los actos celebrados por personas privadas accidentalmente de discernimiento, mientras que los demás lo circunscriben al supuesto regulado.

q.6) Tradicionalmente, no se marcaron diferencias entre lo “público” y lo “notorio” a que se refieren respectivamente el primero y segundo párrafo del artículo. Recientemente, sin embargo, se ha sostenido que se trata de conceptos distintos (De Lorenzo).

r) ART. 479 (texto propuesto). “En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad o con declaración de inhabilitación o incapacidad”.

Se mantiene el texto vigente con una salvedad terminológica (se reemplaza “... a los mayores de edad, dementes o sordomudos ...” por “... a los mayores de edad o con declaración de inhabilitación o incapacidad ...”). Dos observaciones: 1) la norma menciona la designación por testamento pero se admite la efectuada por escritura pública; 2) creo que hay un error en el texto por estar de más la primer disyuntiva “o”.

IV.- Puede decirse, en resumen: el Proyecto de ley se atribuye indebidamente facultades para “abrogar” la ley 22.914 que sancionó el Congreso

de la Nación actuando como legislador local; incursiona en aspectos particulares de la internación y externación, que pueden considerarse facultades privativas de las legislaturas locales; excluye la intervención judicial en temas en que está en juego la libertad personal contrariando la Constitución Nacional; sustituye el examen médico por el de un equipo interdisciplinario – ampliamente conformado – suscitando un problema de incumbencias profesionales. Las modificaciones proyectadas al Título X, Sección Primera del Libro Primero del Código Civil no mejoran el régimen vigente. En algunos casos lo empeoran y en otros, manteniendo en lo substancial el texto de los artículos, omiten reformas o modificaciones reclamadas por una doctrina mayoritaria o que son generalizadas en la legislación comparada.

MODIFICACIONES POR LEY AL RÉGIMEN DE ENFERMOS MENTALES

Sr. Presidente Académico Dr. Julio Cesar Otaegui
Presente.

De mi mayor consideración.

A las criteriosas observaciones formuladas por los Señores Académicos doctores Badeni, Cifuentes y Tobías, quiero sumar las siguientes:

El tratamiento procesal de referencia muestra que ha estado ausente en su elaboración y redacción un procesalista. A las críticas ya formuladas corresponde una mayor y abarcativa que concierne a la estructura de la tutela judicial que no ha sido diseñada con rigor pues la materia se aloja en el Modelo de la Justicia de Protección o Acompañamiento al que tanto auspicio y predicamento viene otorgándole la Corte Suprema de Justicia de la Nación (asuntos de menores, de personas vulnerables, incapaces, del consumidor, de derechos asistenciales, de derechos urgentes a la salud). De haber establecido esta referencia ineludible, muchos aspectos esenciales (intervención y poderes del juez, régimen probatorio, decisión del órgano de la Jurisdicción para dar de alta y externar al enfermo, etc.) hubieran tenido una respuesta apropiada, coherente y por cierto de resultados útiles.

Lo señalado va a mostrar, a corto tiempo, los desfasajes entre el régimen de fondo o material y su reglamentación procesal que serán mucho más avanzados en los nuevos códigos, por caso, en el de la provincia de Buenos Aires, ya elaborado que brinda una prolija disciplina a las tutelas diferenciadas y urgentes, aspecto totalmente omitido, como ya puntualizamos, en el documento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Saludo al Señor Presidente, muy atentamente.

Augusto Mario Morello
06/12/2008

PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

En representación del jurado designado para discernir el PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, correspondiente al período 2007 - 2008, tengo el honor de hacer uso de la palabra en este acto, para referirme a la significación de dicha distinción y, especialmente, a la obra premiada y a su autor.

El estatuto que regula nuestra Corporación, le asigna como su principal finalidad procurar el fomento y la difusión del estudio del derecho. Para concretar ese objetivo, la Corporación ha resuelto desde años atrás, instituir el premio bianual que lleva su nombre, que se otorga a las obras que se presenten al concurso a tales fines.

En esta ocasión y correspondiendo al período 2007 - 2008, se han presentado treinta y un trabajos, que evidencian la significación que en el ámbito jurídico nacional tienen, por un lado, la Academia que lo instituye y por otro, la muy ponderable vocación que existe entre los juristas argentinos, y también, entre los que se esfuerzan por acreditar antecedentes y méritos para alcanzar tal calificación, y participar en el desarrollo y perfeccionamiento de nuestra doctrina jurídica.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión pública del 28 de agosto de 2008, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al doctor Jorge O. Perrino por su obra *"Derecho de Familia"*; "Accésit", a los doctores Pedro Aberastury por su obra *"La Justicia Administrativa"*, Ricardo X. Basaldúa por su obra *"La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional"*, Edgardo López Herrera por su obra *"Teoría General de la Responsabilidad Civil"* y *"Régimen de Bienes en el Matrimonio"* de Eduardo Sambrizzi.

Es bueno recordar que en ocasión de otorgarse el premio correspondiente al período 1997 - 1999, el jurado integrado por los académicos de número Federico Videla Escalada, José Domingo Ray, Alberto Rodríguez Galán, Augusto Mario Morello y Antonio Vázquez Vialard, consideró que su tarea debía ajustarse a las siguientes pautas: 1.- la trascendencia jurídica y social del objeto de la obra en relación con la totalidad del tema; 2.- la originalidad de la cuestión en orden a los modernos problemas de la realidad social; 3.- la amplitud y la metodología en los desarrollos; 4.- la solidez de los fundamentos doctrinarios expuestos; 5.- la importancia de la referencia bibliográfica y la utilización del derecho comparado; y 6.- la extensión del trabajo como expresión del esfuerzo del autor. Al evaluarse los trabajos que concursaron en los premios correspondientes a los años siguientes, los jurados se ajustaron a las pautas señaladas que, en esta ocasión, también han sido tenidas en consideración.

Bajo estas directivas el jurado formó convicción unánime recomendando a la Academia el otorgamiento del premio al libro del profesor Jorge Oscar Perrino, titulado *Derecho de familia*, editado en dos tomos en el año 2006. Como bien señala su prologuista, profesor José M. Castán Vázquez, el autor ha legitimado su tarea para abordar esta obra, por su consagración al derecho civil y, dentro de este, a la parcela, no pequeña, del derecho de familia, con particular atención en ella a la institución del matrimonio, a la que ya había dedicado un libro anterior que tituló *El matrimonio en el derecho civil argentino y en el derecho canónico*. A sus antecedentes como publicista, se agrega su actividad docente en la materia, en su calidad de profesor titular de derecho canónico, profesor titular de derecho civil y decano, todo ello en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata.

Al libro que nos ocupa, hay que agregar otras publicaciones del autor que lo proyectan al cenáculo de los civilistas consagrados, para seguir el camino que abrieron en su tiempo Machado, Salvat, Lafaille, Rébora, Spota, Fornieles, Borda, Llambías, Busso, Aguiar, Diaz de Guijarro, Guaglianone, Risolía, López Olaciregui, Bustamante Alsina y Martínez Ruiz, y que siguen hoy Trigo Represas, Mazzinghi, Mosset Iturraspe, Cifuentes, Kermelmajer, Rivera, Moisset de Espanés y Belluscio, entre otros. Cabe agregar sus libros en colaboración titulados *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de la investigación genética*. *Status jurídico y protección legal de tejidos embrionarios reimplantados* y *La persona y el derecho a la vida*.

Para resaltar la importancia del derecho de familia, sería suficiente recordar lo dicho por el doctor Vallet de Goytisolo, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, que afirmó hace años, en su *Panorama del derecho civil*, que “el centro de todo el estudio del derecho de familia, es la familia considerada moral y sociológicamente en su realidad y que sólo la fe religiosa puede dotarla de elevación moral y, por ende, de suave energía para la realización de su alto fin”.

Comienza la obra con una valiosa reflexión sobre la persona, considerada como núcleo de todo el derecho privado, para entrar luego en el estudio de la familia, precisar su concepto y exponer su constitucionalización e internacionalización actuales. Se ocupa el autor de la relación jurídica familiar y de los estados de familia, haciendo luego una prolija y exhaustiva exposición de todas las demás instituciones que integran esa parte del derecho civil. Perrino sigue a una cosmovisión iusnaturalista, que ha tenido en la Argentina importantes exponentes como Llambías, Salvat, Spota y Borda, y en la actualidad, Moisset de Espanés y Mosset Iturraspe, entre otros.

El autor efectúa un análisis detenido del matrimonio, sus efectos personales y patrimoniales, la separación de hecho, la separación personal y el divorcio, ocupándose, asimismo, de la filiación y sus respectivas acciones, la adopción, la tutela y la curatela, y también de cuestiones tan debatidas y actualizadas como las uniones de hecho entre heterosexuales y homosexuales. Mención especial merece el enfoque del tema del resarcimiento de daños por incumplimiento de la promesa matrimonial, así como por la separación personal, por el divorcio, por el no reconocimiento de los hijos y por la procreación dañosa. Se ocupa también, particularmente, de todo lo concerniente a la bioética, en particular la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la clonación, la maternidad subrogada y la terapia génica.

Para terminar estas breves palabras, insuficientes para destacar con el brillo que merece la obra premiada, quiero poner énfasis en subrayar que ella es una producción más de un jurista de arraigada vocación, de la que ha hecho gala en todas sus producciones, que enriquecen la bibliografía argentina y que responden a una vocación plena y auténtica de la que podría decir, siguiendo a Ortega y Gasset que “No hay vida sin vocación. La vocación procede del resorte vital y de ella nace, a su vez, aquel proyecto de sí mismo que en todo instante es nuestra vida. A veces la vocación del individuo coincide con las formas de vida que se denominan según

los oficios o profesiones. Hay individuos que, en efecto, son vitalmente pintores, políticos, negociantes, religiosos. Muchos, en cambio, que ejercen esas profesiones sin sentir las vitalmente”.

A la obra premiada siguen los accésit con los que se distinguen, sin orden alguno de prelación, los otorgados a las siguientes obras que enuncio siguiendo el orden alfabético que corresponde a sus autores: *La justicia administrativa* de Pedro Aberastury; *La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional* de Ricardo Xavier Basaldúa; *Teoría general de la responsabilidad civil* de Edgardo López Herrera y *Régimen de bienes en el matrimonio* de Eduardo Sambrizzi.

La tiranía con la que el tiempo se impone en estos actos, me priva de extenderme en la consideración de las cuatro obras mencionadas que han merecido las distinciones a que me he referido. Ellas constituyen un exponente concreto de la intensidad que exhibe el desarrollo de la investigación jurídica en nuestro país, de la que podemos decir, con inocultable orgullo, que crece en la permanente búsqueda de calidad y cantidad, exhibiendo la labor señera y ejemplificadora de los maestros consagrados, de los que se esfuerzan denodadamente para alcanzar el calificativo que corresponde a aquéllos y de los que, con vocación y empeño, comienzan la carrera de las letras en el mundo del derecho, para honrar a sus predecesores y fecundar el sendero que habrán de seguir las generaciones siguientes.

Quienes ya estamos cerca del ocaso, nos congratulamos que los surcos que hemos abierto con vocación y esfuerzo, sean fecundados por la generaciones que nos siguen, inspiradas, ante todo, por el ideal inaudible de grandeza, la *grandeur* que inspiró a Charles De Gaulle y a los grandes estadistas que construyeron el mundo occidental y cristiano.

INDICE

ANALES 2008

I. INCORPORACIONES

Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui	3
Discurso de recepción por el Académico doctor Gregorio Badeni	5
<i>El orden y la seguridad como valores del derecho.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Roberto E. Luqui, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 8 de mayo de 2008	11
Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui	31
Discurso de recepción por el Académico doctor Alberto Rodríguez Galán	33
<i>Acerca del equilibrio y control entre los Poderes del Estado.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Fernando N. Barrancos y Vedia, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 11 de setiembre de 2008.	45
Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui	67
Discurso de recepción por el Académico doctor Alberto Rodríguez Varela	69

<i>Interpretación de la ley societaria.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Mariano Gagliardo, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 27 de noviembre de 2008	75
--	----

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>El realismo jurídico en el pensamiento del doctor Julio César Cueto Rúa.</i> Comunicación del Académico doctor Augusto Mario Morello, en la sesión privada del 10 de abril de 2008	89
---	----

<i>La comunicación y el Derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 24 de abril de 2008	101
--	-----

<i>El derecho a los datos personales y el habeas data.</i> Comunicación del Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión privada del 22 de mayo de 2008	117
--	-----

<i>El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 12 de junio de 2008	127
--	-----

<i>Responsabilidad de los jueces y del Estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial.</i> Comunicación del Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 26 de junio de 2008	183
---	-----

<i>Justicia y judicatura en la vigencia y efectividad del Derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 24 de julio de 2008	205
---	-----

<i>Tipología de la Constitución.</i> Comunicación de la Académica doctor Juan R. Aguirre Lanari, en la sesión privada del 14 de agosto de 2008	231
--	-----

<i>Sistemas, objetivos y presupuestos concursales en el Derecho actual.</i> Comunicación del Académico doctor Héctor Alegria, en la sesión privada del 25 de setiembre de 2008	287
--	-----

<i>El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Límites. Atenuaciones. Compensaciones.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 23 de octubre de 2008	327
--	-----

<i>Esquicio sobre el “director independiente”.</i> Comunicación del Académico doctor Horacio P. Fargosi, en la sesión privada del 13 de noviembre de 2008	353
---	-----

La falencia aquí y ahora. Comunicación del Académico doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 11 de diciembre de 2008	365
---	-----

III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	387
---	-----

Instituto de Derecho Civil	390
----------------------------------	-----

Instituto de Derecho Constitucional	392
---	-----

Instituto de Derecho Empresarial	408
--	-----

Sección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Derecho Empresarial	416
---	-----

Instituto de Derecho Procesal	417
-------------------------------------	-----

IV. CENTENARIO

Conmemoración del Centenario de la creación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 1908 – 2008. Acta de la sesión pública celebrada el 7 de octubre de 2008	421
---	-----

V. HOMENAJES

<i>Segundo V. Linares Quintana.</i> Acta de la visita realizada al académico decano y ex presidente, el 27 de octubre de 2008	427
---	-----

VI. DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

Declaración en solidaridad con el señor Académico titular doctor Eduardo Aguirre Obarrio	431
Conflicto institucional. Fundamento	433
Proyecto de reforma al Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación. Opiniones de los señores académicos doctores Juan R. Aguirre Lanari, Gregorio Badeni, Enrique M. Falcón y Roberto E. Luqui	441
Proyectos legislativos referidos al régimen patrimonial del matrimonio. Opinión de los académicos doctores Santos Cifuentes, Jorge H. Alterini y Félix A. Trigo Represas	455
Inobservancia de la Constitución Nacional	467
Proyecto de ley referido al régimen de salud mental. Opinión de los académicos doctores Santos Cifuentes, Gregorio Badeni, José Tobías y Augusto Mario Morello	468
Palabras pronunciadas por el Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en la sesión pública del 28 de agosto de 2008, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al doctor Jorge O. Perrino por su obra <i>“Derecho de Familia”</i> ; <i>“Accésit”</i> , a los doctores Pedro Aberastury por su obra <i>“La Justicia Administrativa”</i> , Ricardo X. Basaldúa por su obra <i>“La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional”</i> , Edgardo López Herrera por su obra <i>“Teoría General de la Responsabilidad Civil”</i> y <i>“Régimen de Bienes en el Matrimonio”</i> de Eduardo Sambrizzi	497

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2009
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

