

ANALES

In memoriam

Lisardo Novillo Saravia

Enrique Carlos Banchio

Centenario del natalicio del Dr. Carlos A. Tagle

ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XXXV
AÑO ACADÉMICO 1996

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que marca la ley

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 1995 - 1998)

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Vicepresidente
Director de Publicaciones

Dr. RICARDO HARO
Secretario

Dr. ERNESTO REY CARO
Tesorero

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 Córdoba
Tel. (051) 214929 — FAX 051-214929
REPÚBLICA ARGENTINA

ACADÉMICOS DE NÚMERO Y DISTRIBUCIÓN DE SILLONES
al 31-12-1996

Dr. Ricardo C. Nuñez (27-5-52)	Sillón Juan del Campillo
Dr. Alfredo L. Acuña (11-8-59).....	Sillón Nicolás Berrotarán
Dr. Pedro J. Frías (16-5-64)	Sillón Juan Bautista Alberdi
Dr. Luis Moisset de Espanés (13-12-72) ...	Sillón Tristán Narvaja (*)
Dr. José Severo Caballero (12-10-76)	Sillón Cornelio Moyano Gacitúa
Dra. Berta K. de Orchansky (12-10-76)	Sillón Sofanor Novillo Corvalán
Dr. Víctor H. Martínez (12-10-76)	Sillón Enrique Rodríguez
Dr. Guillermo Becerra Ferrer (15-4-77)	Sillón Joaquín V. González
Dr. Pedro León Feit (15-4-77)	Sillón Pedro León
Dr. Manuel F. Martínez Paz (15-4-77)	Sillón Jerónimo Cortés
Dr. Roberto I. Peña (15-4-77)	Sillón Nicolás Avellaneda
Dr. Olsen A. Ghirardi (31-8-84)	Sillón Juan Biale Massé
Dr. Ricardo Haro (31-8-84).....	Sillón Ramón Ferreyra
Dr. Efraín Hugo Richard (31-8-84)	Sillón Mariano Fraguero
Dr. Juan Carlos Palmero (28-9-84).....	Sillón Juan Antonio de Saráchaga
Dr. Jorge de la Rúa (18-10-85)	Sillón Santiago Derqui
Dr. Julio I. Altamira Gigena (11-8-89).....	Sillón Deán Gregorio Funes
Dr. Juan Manuel Aparicio (11-8-89)	Sillón Rafael García
Dr. Daniel Pablo Carrera (11-8-89)	Sillón Julio B. Echegaray
Dr. Ernesto Rey Caro (11-8-89).....	Sillón Salvador María del Carril
Dr. Héctor Belisario Villegas (11-8-89).....	Sillón Alejo del Carmen Guzmán
Dr. Jorge A. Carranza (31-5-93)	Sillón Enrique Martínez Paz
Dr. Enrique Ferrer Vieyra (31-5-93)	Sillón Juan M. Garro
Dr. Justo Laje Anaya (31-5-93).....	Sillón Raúl A. Orgaz

(*) El Académico de Número Dr. Luis Moisset de Espanés ocupa también el sillón "Dalmacio Vélez Sársfield" en su carácter de Presidente de la Academia, conforme a lo dispuesto por el art. 8° de los Estatutos vigentes.

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES ARGENTINOS

al 31-12-1996

- Doctor Rodolfo O. Fontanarrosa - Rosario - 7-10-75 (†).
Doctor Pablo Antonio Ramella - San Juan - 16-10-75 (†).
Doctor Jorge Mosset Iturraspe - Santa Fe - 12-10-76.
Doctor Fernando de la Rúa - Buenos Aires - 15-12-80.
Doctor Alberto A. Natale - Rosario - 15-12-80.
Doctor Dardo Pérez Guilhou - Mendoza - 15-12-80.
Doctor Alfredo Ves Losada - La Plata - 15-12-80.
Doctor Antonino C. Vivanco - Buenos Aires - 25-6-82.
Doctor Roberto José Dromi - Mendoza - 30-7-82.
Doctor Rodolfo P. Martínez - Buenos Aires - 15-4-83.
Doctor Juan Ramón Guevara - Mendoza - 15-4-83 (†).
Doctor Roberto H. Brebbia - Santa Fe - 28-10-83.
Doctora María Josefa Méndez Costa - Santa Fe - 28-10-83.
Doctor Emilio Cornejo Costas - Salta - 28-10-83.
Doctor Alejandro Guillermo Baro - Mendoza - 28-10-83.
Doctor René H. Balestra - Rosario - 16-4-84.
Doctor Adolfo A. Critto - Buenos Aires - 16-4-84.
Doctor Gustavo Adolfo Revidatti - Corrientes - 16-4-84 (†).
Doctor Joaquin M. López - Mendoza - 25-7-86.
Doctor Néstor Pedro Sagüés - Rosario - 25-7-86.
Doctor Fernando Pedro Brebbia - Rosario - 25-7-86.
Doctor Florentino V. Izquierdo - San Francisco (Córdoba) - 30-10-87.
Doctor Juan Carlos Smith - La Plata - 15-4-88.
Doctor Aldo Guarino Arias - San Rafael (Mendoza) - 6-5-88.
Doctor Héctor Angel Benézbaz - Mendoza - 27-5-88.
Doctor Juan Carlos Agulla - Buenos Aires - 27-5-88.
Doctor Horacio Daniel Piombo - La Plata - 12-5-89.
Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci - Mendoza - 14-6-89.
Doctor Francisco I. Giletta - San Francisco (Córdoba) - 3-9-93.
Doctor Rodolfo Vigo - Santa Fe - 3-9-93.
Doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani - Rosario - 4-7-94.
Doctor Luis E. Martínez Golletti - Villa María (Córdoba) - 4-7-94.
Doctor Pedro Juan Bertolino - Mercedes (Buenos Aires) - 22-8-94.

(†) Fallecido.

Doctor José Raúl Heredia - Chubut - 5-9-95.

Doctor Julio César Castiglione - Santiago del Estero - 22-11-95.

Doctor Mario A. Zinny - Rosario - 7-5-96.

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

al 31-12-1996

- Doctor Héctor Fix Zamudio - México - 16-12-75.
Doctor Rafael Caldera - Caracas - 12-10-76.
Doctor Guillermo Roehrsen Di Cammerata - Italia - 22-6-79 (†).
Doctor Antonio La Pergola - Italia - 22-6-79.
Doctor Manuel Fraga Iribarne - España - 15-12-80.
Doctor Rafael Entrena Cuesta - España - 15-12-80.
Doctor Gonzalo Parra-Aranguren - Venezuela - 28-5-82.
Doctor Ernesto Garzón Valdés - Alemania - 28-9-84.
Doctor Luciano José Pareja Alfonso - España - 19-3-86.
Doctor Eduardo García de Enterría - España - 19-3-86.
Doctor Pier Luigi Zampetti - Italia - 16-4-86.
Doctor Angel Rojo Fernández-Río - España - 4-7-86.
Doctor Pierangelo Catalano - Italia - 4-7-86.
Doctor Bernard Schwartz - Estados Unidos - 25-7-86.
Doctor Miguel Reale - Brasil - 25-6-86.
Doctor Manuel Aragón Reyes - España - 25-7-86.
Doctor Ramón Silva Alonso - Paraguay - 20-11-86.
Doctor François Chabas - Francia - 20-11-86.
Doctor Lynton Keith Caldwell - Estados Unidos - 22-5-87.
Doctor Jorge Carpizo - México - 3-7-87.
Doctor Albert P. Blaustein - Estados Unidos - 18-9-87.
Doctor Antonio Hernández Gil - España - 18-9-87 (†).
Doctor Manuel Breseta Pont - España - 16-10-87 (†).
Doctor José Luis Cea Egaña - Chile - 15-12-87.
Doctor Alejandro Silva Bascuñán - Chile - 15-12-87.
Doctor Eduardo Soto Kloss - Chile - 15-12-87.
Doctor Alejandro Guzmán Brito - Chile - 15-12-87.
Doctor Manuel Río - Francia - 15-4-88.
Doctor José Afonso da Silva - Brasil - 10-6-88.
Doctor Jaime Vidal Perdomo - Colombia - 10-6-88.
Doctor Francisco Tomás y Valiente - España - 10-6-88 (†).
Mons. Doctor Faustino Sainz Muñoz - Vaticano - 16-9-88.

(†) Fallecido.

- Doctor Luis Carlos Sáchica - Colombia - 18-4-89.
Doctor Diego Valadés - México - 18-4-89.
Doctor Winfried Böhm - Alemania - 12-5-89.
Doctor Eduardo Roca Roca - España - 9-6-89.
Doctor Juan Ferrando Badía - España - 9-6-89.
Doctor Gumersindo Trujillo Fernández - España - 9-6-89.
Doctor Manuel A. Vieira - Uruguay - 14-6-89 (†).
Doctor Elio Fazzalari - Italia - 14-6-89.
Doctor Eckard Rehbinder - Alemania - 14-6-89.
Doctor Carlos Fernández Sessarego - Perú - 24-10-89.
Doctor Max Arias Schreiber Pezet - Perú - 24-10-89.
Doctor José María Castán Vázquez - España - 5-10-90.
Doctor Karsten Schmidt - Alemania - 20-12-90.
Doctor Fernando Fueyo Laneri - Chile - 14-10-91 (†).
Doctor Antonio Anselmo Martino - Italia - 14-10-91.
Doctor Celso A. Bandeira de Melo - Brasil - 18-5-92.
Doctor Allan R. Brewer-Carías - Venezuela - 18-5-92.
Doctor Eduardo Ortiz Ortiz - Costa Rica - 18-5-92 (†).
Doctor Jean-Marc Trigeaud - Francia - 29-6-92.
Doctor José María Chico y Ortiz - España - 20-8-93.
Doctor Manuel Jiménez de Parga - España - 27-4-94.
Doctor Víctor Uckmar - Italia - 4-7-94.
Doctor Fernando Hinestrosa - Colombia - 22-8-94.
Doctor Pablo Lucas Verdú - España - 15-3-95.
Doctor José Luis de los Mozos - España - 5-9-95.
Doctor José Miguel Embid Irujo - España - 5-9-95.
Doctor Francisco Orrego Vicuña - Chile - 5-9-95.
Doctor Luis Díez Picazo - España - 23-7-96.

(†) Fallecido.

INSTITUTOS DE LA ACADEMIA

Instituto de Federalismo

Director: Dr. Pedro J. Frías.

Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas

Director: Dr. Roberto I. Peña.

Instituto de Derecho Civil

Director: Dr. Juan Carlos Palmero.

Instituto de Educación

Director: Dr. Fernando Martínez Paz.

Instituto de Derecho Penal y Criminología

Director: Dr. Justo Laje Anaya.

Instituto de la Empresa

Director: Dr. Efraín Hugo Richard.

PREMIO "ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA"

Nómina de juristas o instituciones premiados

- Joaquín M. López (*Derecho Administrativo*) - 1976
Elías P. Guastavino (*Derecho Civil*) - 1977
Daniel Pablo Carrera (*Derecho Penal*) - 1978
Efraín Hugo Richard (*Derecho Comercial*) - 1979
Fernando Pedro Brebbia (*Derecho de los Recursos Naturales*) - 1980
Néstor Pedro Sagüés (*Derecho Constitucional*) - 1981
Eduardo Martiré (*Historia del Derecho*) - 1982
Mario Justo López (*Ciencia Política*) - 1985
Luis Orlando Andorno (*Derecho Civil*) - 1986
"Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos
de Mendoza" - 1987
Justo Laje Anaya (*Derecho Penal*) - 1988
In memoriam: Sebastián Soler, Alfredo Vélez Mariconde y Jorge A.
Clariá Olmedo en el cincuentenario del proceso oral penal - 1989
Departamento de Derecho Civil "Henocho D. Aguiar" de la Facultad
de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba - 1991
Carlos Creus (*Derecho Penal*) - 1992
Ricardo Luis Lorenzetti (*Derecho Civil*) - 1993
Jorge Walter Peyrano (*Derecho Procesal*) - 1995

PREMIO "PROVINCIAS UNIDAS"

Titulares

- Edición 1987: Dr. Armando Raúl Bazán (Catamarca).
- Edición 1988: Ciudad de Corrientes.
- Edición 1989: GEICOS, Grupo Empresario Interregional del Centro Oeste Sudamericano.
- Edición 1990: Profesor Salvador M. Dana Montaña.
- Edición 1991: Instituto de Investigaciones Geohistóricas (Resistencia-Chaco).
- Edición 1992: Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba.
- Edición 1993: Señor Helio Juan Zarini (Bell Ville - Pcia. de Córdoba).
- Edición 1994: Fundación del Tucumán.
- Edición 1995: Dra. Silvia Cohn (Tierra del Fuego).
Dr. José Raúl Heredia (Chubut).
Dres. Ezequiel y Martín Lozada.
- Edición 1996: Prof. Carlos S. A. Segreti.

PREMIO "AL JOVEN JURISTA"

Nómina de juristas premiados

- 1985: Delia Matilde Ferreira Rubio
Ramón Daniel Pizarro
Matilde Zavala de González
- 1987: Julio Ceferino Sánchez Torres
- 1989: Armando S. Andruet (h)
Domingo Juan Sesín
Gabriel B. Ventura
- 1991: *Premio:* Alfredo Lemon
Menciones
Especiales: Silvana María Chiapero de Bas
Mario Claudio Perrachione
Carlos Alberto Tamantini
- 1993: (Declarado desierto)
- 1995: *Premio:* Fernando José Cafferata
Menciones
Especiales: Adela Lucía Juárez Aldazábal (Salta)
Oscar Pedro Guillén (Tartagal - Salta)

DISTINCIÓN “MAESTRO DEL DERECHO”

Edición 1990: Dr. Agustín Díaz Bialet.

Edición 1996: Dr. Fernando J. López de Zavalfa.

PRESIDENCIA

El sillón Dalmacio Vélez Sársfield está adjudicado al Presidente. El académico que lo ocupe conserva con carácter permanente el sillón que originariamente le fuera adjudicado, el cual no se reputará vacante. Así lo dispone el art. 8° del Estatuto.

Los titulares del sillón Dalmacio Vélez Sársfield son:

Dr. Sofanor NOVILLO CORVALÁN	(1941 - 1944)
Dr. Julio B. ECHEGARAY	(1945 - 1947)
Dr. Enrique MARTÍNEZ PAZ	(1948 - 1951)
Dr. Félix SARRÍA	(1952 - 1954) (1956 - 1967)
Dr. Pedro LEÓN	(1968 - 1974)
Dr. Alfredo POVIÑA	(1974 - 1985)
Dr. Pedro J. FRÍAS	(1986 - 1995)
Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS	(1995 - 1998)

SILLONES ACADÉMICOS - SU HISTORIA (al 31-12-1996)

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>
MARIANO FRAGUEIRO	7-7-42	Sofanor Novillo Corvalán 18-8-44 Benjamin Cornejo 22-6-59 Héctor Cámara 8-10-74 Efraín Hugo Richard 13-3-96
RAMÓN FERREYRA	7-7-42	Félix Sarria 18-8-44 Pedro J. Frías 26-4-72 Ricardo Haro 31-8-84
ENRIQUE RODRÍGUEZ	7-7-42	Mauricio L. Yadarola 21-12-51 Néstor A. Pizarro 26-9-57 Victor H. Martínez 7-12-76
LISANDRO SEGOVIA (*)	7-7-42	Santiago Beltrán 18-8-44 Alfredo Orgaz 21-12-51 Lisardo Novillo Saravia 31-8-84

Nota: Los sillones marcados (*) se encuentran vacantes.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
JUAN M. GARRO	7-7-42	Raúl A. Orgaz Jorge A. Núñez Enrique Ferrer Vieyra	18-8-44 21-12-51 20-8-93
CORNELIO MOYANO GACITÚA	7-7-42	José Severo Caballero	14-12-84
NICOLÁS M. BERROTARÁN	9-9-42	Luis J. Posse Santiago Beltrán Alfredo L. Acuña	2-9-44 21-12-51 11-8-59
JOAQUÍN V. GONZÁLEZ	9-9-42	Guillermo Rothe César Enrique Romero Guillermo Becerra Ferrer	18-8-44 11-8-59 2-7-77
MANUEL D. PIZARRO (*)	9-9-42	Carlos Ernesto Deheza Alfredo Rossetti	2-9-44 3-9-74
JERÓNIMO CORTÉS	9-9-42	Santiago F. Díaz Pedro León Fernando F. Martínez Paz	18-8-44 21-12-51 2-7-77
DEÁN GREGORIO FUNES	9-9-42	Enrique Martínez Paz Sofanor Novillo Corvalán Francisco Quintana Ferreyra Julio I. Altamira Gigena	18-8-44 26-9-57 3-12-64 11-9-89
VICTORINO RODRÍGUEZ (*)	9-9-42	Mauricio L. Yadarola Santiago F. Díaz Carlos Luque Colombres	18-8-44 21-12-51 2-7-77
RAFAEL GARCÍA	9-9-42	Henoch D. Aguiar Benjamin Cornejo Enrique Saravia Edgard A. Ferreyra Juan Manuel Aparicio	18-8-44 21-12-51 7-6-61 7-12-76 11-5-90
TRISTÁN NARVAJA	9-9-42	Angel H. Cabral Luis Moisset de Espanés	21-12-51 3-9-74
JUSTINO CÉSAR (*)	6-8-51	Arturo Gallego Sánchez Ernesto R. Gavier Efraín Hugo Richard	21-12-51 22-6-59 31-8-84

Nota: Los sillones marcados (*) se encuentran vacantes.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
JUAN DEL CAMPILLO	21-12-51	Carlos A. Tagle Ricardo C. Nuñez	21-12-51 14-10-57
ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ	7-7-52	Enrique Martínez Paz (h) Jorge A. Carranza	26-9-57 3-9-93
RAÚL A. ORGAZ	16-7-52	Alfredo Poviña Justo Laje Anaya	14-10-57 30-7-93
JUAN BIALET MASSÉ	15-9-52	Luis A. Despontín Olsen A. Ghirardi	26-9-57 31-8-84
NICOLÁS AVELLANEDA	13-8-57	Emilio Baquero Lazcano Roberto I. Peña	14-10-57 2-7-77
JUAN BAUTISTA ALBERDI	13-8-57	Carlos A. Tagle Pedro J. Frías	26-9-57 7-9-76
SANTIAGO DERQUI (*)	13-8-57	José León Schwartz	26-9-57
ALEJO DEL C. GUZMÁN	13-8-57	V. N. Romero del Prado Donato Latella Frías Héctor Belisario Villegas	26-9-57 10-11-60 5-10-90
ARTURO M. BAS (**)	13-8-57	Luis Eduardo Molina José Ignacio Cafferata	26-9-57 3-9-74
SALVADOR M. DEL CARRIL	13-8-57	Carlos R. Melo Ernesto Rey Caro	26-7-57 8-6-90
HENOCH D. AGUIAR (*)	12-8-64	José A. Buteler	13-12-64
SOFANOR NOVILLO CORVALÁN	12-8-64	Berta K. de Orchansky	23-11-76
JULIO B. ECHEGARAY	12-8-64	Jorge Clariá Olmedo Daniel Pablo Carrera	3-12-64 4-5-90
JOSÉ OLEGARIO MACHADO (*)	23-9-64	Miguel A. Ferrer Deheza Enrique Carlos Banchio	3-12-64 14-9-90
MANUEL LUCERO (*)	23-9-64	José Severo Caballero	7-12-76

Nota: Los sillones marcados (*) se encuentran vacantes. (**) Sillón vacante desde 1996.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
JUAN A. DE SARACHAGA	23-9-64	Santiago Montserrat Juan Carlos Palmero	14-12-76 28-9-84
FÉLIX SARRÍA (*)	16-7-74	Jesús Luis Abad	16-7-74
PEDRO LEÓN	15-4-77	Pedro León Feit	2-7-77
SEBASTIÁN SOLER (*)	16-4-82	Ernesto R. Gavier	14-12-84

Nota: Los sillones marcados (*) se encuentran vacantes.

AUTORIDADES DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

- 1941-1944: Presidente: Dr. Sofanor Novillo Corvalán (por renuncia, completó período el Dr. Félix Sarría).
 Vice: Dr. Félix Sarría (completó período el Dr. Julio B. Echegaray).
 Secretario: Dr. Raúl A. Orgaz
- 1945-1947: Presidente: Dr. Julio B. Echegaray
 Vice: Dr. Henoch D. Aguiar
 Secretario: Dr. Mauricio L. Yadarola
- 1948-1951: Presidente: Dr. Enrique Martínez Paz
 Vice: Dr. Félix Sarría
 Secretario: Dr. Pedro León
- 1952-1954: Presidente: Dr. Félix Sarría
 Vice: Dr. Pedro León
 Secretario Dr. Benjamín Cornejo
- 1956-1958: Presidente: Dr. Félix Sarría
 Vice: Dr. Pedro León
 Secretario: Dr. Benjamín Cornejo
- 1959-1961: Presidente: Dr. Félix Sarría
 Vice: Dr. Pedro León
 Secretario: Dr. Benjamín Cornejo
- 1962-1964: Presidente: Dr. Félix Sarría
 Vice: Dr. Pedro León
 Secretario: Dr. Benjamín Cornejo (completó el período por licencia el Dr. Enrique Martínez Paz [h]).
- 1965-1967: Presidente: Dr. Félix Sarría
 Vice: Dr. Pedro León
 Secretario: Dr. Enrique Martínez Paz (h)

1995-1998: Presidente: Dr. Luis Moisset de Espanés
Vice: Dr. Olsen A. Ghirardi
Secretario: Dr. Ricardo Haro
Tesorero: Dr. Ernesto Rey Caro

ACADÉMICOS DE NÚMERO DESDE SU FUNDACIÓN

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
NOVILLO CORVALÁN Sofanor (†)	18-8-41	Mariano Fraguero
AGUIAR Henoch D. (†)	18-8-41	Rafael García
BELTRÁN Santiago (†)	18-8-41	Lisandro Segovia
DEHEZA Carlos Ernesto (†)	18-8-41	Manuel D. Pizarro
ECHEGARAY Julio B. (†)	18-8-41	(*)
MARTÍNEZ PAZ Enrique (†)	18-8-41	Deán Gregorio Funes
MONTAGNÉ Hipólito (†)	18-8-41	(*)
ORGAZ Raúl A. (†)	18-8-41	Juan M. Garro
POSSE Luis J. (†)	18-8-41	Nicolás M. Berrotarán
ROTHER Guillermo (†)	18-8-41	Joaquín V. González
SARRÍA Félix (†)	18-8-41	Ramón Ferreyra
YADAROLA Mauricio (†)	7-7-42	Enrique Rodríguez
DÍAZ Santiago F. (†)	7-7-42	Victorino Rodríguez
SOLER Sebastián (†)	7-7-42	Cornelio Moyano Gacitúa
LEÓN Pedro (†)	21-11-44	Jerónimo Cortés
TAGLE Carlos A. (†)	23-11-44	Juan Bautista Alberdi
CORNEJO Benjamín (†)	10-7-48	Mariano Fraguero
NÚÑEZ Jorge A. (†)	10-7-48	Juan M. Garro
ORGAZ Alfredo (†)	26-11-49	Lisandro Segovia
CABRAL Angel H. (†)	21-8-50	Tristán Narvaja
GALLEGO SÁNCHEZ Arturo (†)	21-8-50	Justino César
DESPONTIN Luis Alberto (†)	27-5-52	Juan Biale Massé
MARTÍNEZ PAZ Enrique (h) (†)	27-5-52	Enrique Martínez Paz
NÚÑEZ Ricardo C.	27-5-52	Juan del Campillo
MOLINA Luis Eduardo (†)	16-6-52	Arturo M. Bas
PEÑA Fernando (†)	16-6-52	(*)
BAQUERO LAZCANO Emilio (†)	20-8-56	Nicolás Avellaneda
MELO Carlos R. (†)	20-8-56	Salvador María del Carril
PIZARRO Néstor A. (†)	20-8-56	Enrique Rodríguez
GAVIER Ernesto (†)	20-8-56	Sebastián Soler
POVIÑA Alfredo (†)	20-8-56	Raúl A. Orgaz
SCHWARTZ José León (†)	20-8-56	Santiago Derqui
ROMERO DEL PRADO Víctor N. (†)	3-9-56	Alejo del Carmen Guzmán
ACUÑA Alfredo L.	11-8-56	Nicolás M. Berrotarán

(†) Fallecido.

(*) No tuvo sillón adjudicado.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
ROMERO César Enrique (†)	11-8-59	Joaquín V. González
LATELLA FRÍAS Donato (†)	11-8-60	Alejo del Carmen Guzmán
CÁMARA Héctor R. (†)	8-5-61	Mariano Fraguero
SARAVIA Enrique (†)	8-5-61	Rafael García
BUTELER José A. (†)	16-5-64	Henoch D. Aguiar
CLARÍA OLMEDO Jorge A. (†)	16-5-64	Julio B. Echegaray
FERRER DEHEZA Miguel A. (†)	16-5-64	José Olegario Machado
FRÍAS Pedro J.	16-5-64	Juan Bautista Alberdi
MONTSERRAT Santiago (†)	16-5-64	Juan Antonio de Saráchaga
QUINTANA FERREYRA Francisco (†)	16-5-64	Deán Gregorio Funes
ABAD Jesús Luis (†)	13-12-72	Félix Sarria
CAFFERATA José Ignacio	13-12-72	Arturo M. Bas
MOISSET DE ESPANÉS Luis	13-12-72	Tristán Narvaja
ROSSETTI Alfredo (†)	13-12-72	Manuel D. Pizarro
CABALLERO José Severo	12-10-76	Cornelio Moyano Gacitúa
FERREYRA Edgard A. (†)	12-10-76	Rafael García
KALLER de ORCHANSKY Berta	12-10-76	Sofanor Novillo Corvalán
MARTÍNEZ Victor H.	12-10-76	Enrique Rodríguez
BECERRA FERRER Guillermo	15-4-77	Joaquín V. González
LEÓN FEIT Pedro	15-4-77	Pedro León
LUQUE COLOMBRES Carlos (†)	15-4-77	Victorino Rodríguez
MARTÍNEZ PAZ Fernando	15-4-77	Jerónimo Cortés
PEÑA Roberto Ignacio	15-4-77	Nicolás Avellaneda
GHIRARDI Olsen A.	31-8-84	Juan Biallet Massé
HARO Ricardo	31-8-84	Ramón Ferreyra
NOVILLO SARAVIA Lisardo (†)	31-8-84	Lisandro Segovia
RICHARD Efrain Hugo	31-8-84	Justino César
PALMERO Juan Carlos	28-9-84	Juan Antonio de Saráchaga
DE LA RÚA Jorge	18-10-85	Santiago Derqui
ALTAMIRA GIGENA Julio I.	11-8-89	Deán Gregorio Funes
APARICIO Juan Manuel	11-8-89	Rafael García
BANCHIO Enrique Carlos (†)	11-8-89	José Olegario Machado
CARRERA Daniel Pablo	11-8-89	Julio B. Echegaray
REY CARO Ernesto	11-8-89	Salvador María del Carril
VILLEGAS Héctor Belisario	11-8-89	Alejo del Carmen Guzmán
CARRANZA Jorge A.	31-5-93	Enrique Martínez Paz
FERRER VIEYRA Enrique	31-5-93	Juan M. Garro
LAJE ANAYA Justo	31-5-93	Raúl A. Orgaz

(†) Fallecido.

DOCTRINA

KELSEN EN LA UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA

Un recuerdo y un homenaje *

por ENRIQUE FERRER VIEYRA **

La Universidad de California tenía a la época de este desordenado recuerdo (1943-45) ocho "campus" universitarios siendo el principal de ellos —y casa matriz— el de Berkeley, ubicado frente a la ciudad de San Francisco a la que se llegaba después de cruzar el "Bay Bridge". Era y sigue siendo, una de las principales universidades de los Estados Unidos habiendo tenido durante numerosos años la calificación de número uno por la calidad de sus estudios, el mérito de sus investigadores y el número de premios Nobel que trabajaban en la misma.

Llegamos allí para estudiar Filosofía con una beca que nos concedió la misma Universidad en la que permanecemos desde 1943 hasta mediados de 1945. El propósito de nuestros estudios —cuando solicitamos la beca— era estudiar el problema del conocimiento aplicado a la norma jurídica siguiendo los principios de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, profesor de la misma. Habíamos escrito y publicado por el Centro de Estudios de Filosofía de la Universidad de Córdoba un modestísimo trabajo sobre el problema del conocimiento en Manuel Kant. Siendo Kelsen un neokantiano, posiblemente se interpretó en la Universidad que era una buena oportunidad para reeducarme filosóficamente.

Desgraciada y afortunadamente el jurista de Viena ya no enseñaba su Teoría Pura del Derecho sino dictaba un curso y un

(*) El autor desea expresar que este artículo fue escrito y ahora ve la luz por la especial y reiterada insistencia de los Dres. Pedro J. Frías y Olsen A. Ghirardi.

(**) Miembro de número.

Seminario sobre derecho internacional. Recordemos que en Kelsen los temas de derecho internacional aparecen en los primeros de sus trabajos jurídicos lo que revela una temprana vocación por esos estudios. Si el eminente profesor había cambiado su temática, el humilde alumno cambió también el objeto de sus estudios, con el atenuante que sentía también por los mismos una especial inclinación.

Desgraciadamente mis conocimientos sobre Kelsen al egresar de la Facultad de Derecho y del Instituto de Filosofía de nuestra Universidad no me había facilitado el estudiar con cierta profundidad la Teoría Pura del Derecho ni comentar sobre la misma con dos eminentes profesores que tuve: el Dr. Enrique Martínez Paz y el profesor Alfredo Fraguero, a quien estaba particularmente unido por "simpatías filosóficas". Tres años tuve a Fraguero de profesor en la Facultad de Derecho y en el Instituto de Filosofía (después de Humanidades). Creo que su conocimiento filosófico-metafísico lo convertían en una autoridad nacional indiscutible.

Nuestras primeras entrevistas con Kelsen estuvieron marcadas por la curiosidad y el respeto. En la Universidad de California había un Decano de Estudiantes Graduados. Era obligatorio una entrevista con el mismo y con los profesores que iban a estar a cargo de nuestros estudios. El aspecto físico de Kelsen impresionaba amablemente. Era de estatura y complexión física mediana, con ojos vivos e inquisitivos, adornando su cara un pequeño bigote "a la austríaca", semejante al que usaba su compatriota, el Führer alemán. Tenía entonces 62 años ya que había nacido en Praga en 1881, cuando esta ciudad formaba parte del Imperio Austrohúngaro. Había llegado a la Univ. de California después de enseñar en las Universidades de Viena, Colonia, Ginebra y Harvard. Durante los años 1940-41 había sido en esta última Universidad "Lecturer" o Lector en la silla "Oliver Wendell Holmes". Sus lecciones o conferencias motivaron la publicación de su libro *Law and Peace in international relations*. Al mismo tiempo trabajó en su obra fundamental *General Theory of Law and State* publicada por Harvard en 1945 y ya cuando Kelsen era profesor de California. Como lo dice en el Prólogo de esta obra, la misma fue posible gracias a "una generosa ayuda de la Fundación Rockefeller".

La actividad docente de Kelsen en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad se desarrollaba a dos niveles: uno, como profesor de los cursos normales de la misma y otro como director de un Seminario para estudiantes "graduados", es decir, aquellos que ya habían alcanzado un título universitario. Son los que aquí se conocen como estudios de posgrado. En su curso normal enseñaba una especie de introducción a la ciencia del derecho. Dictaba tres clases semanales y periódicamente nos sometía a exámenes escritos. No recuerdo haber tenido ningún examen oral en mis semestres en la Universidad. En los exámenes se escribía en un cuadernillo especial provisto por la Facultad. Allí se desarrollaban los cuatro o cinco temas que el profesor dictaba al comienzo de las dos horas de duración de la prueba. Conservamos un cuadernillo del curso de Kelsen, con la calificación de la prueba. El promedio de tres pruebas daba la nota de promoción del curso.

El Seminario era sobre temas de derecho internacional y estaba destinado, como dijimos, exclusivamente para estudiantes graduados. Por una concesión especial Kelsen no dictaba o dirigía su Seminario en algún recinto de la Facultad (generalmente cuartos especiales en la Biblioteca) sino en su modesta casa-habitación ubicada en Etna Street, a pocas cuadras del "campus" universitario. Según recuerdo, había en el Seminario diez alumnos graduados de los cuales sólo dos eran norteamericanos siendo el resto estudiantes extranjeros.

Kelsen daba su clase de pie, hablando en el centro del living y recurriendo a menudo al diccionario "Webster grande" que estaba colocado en una especie de trípode a un costado de la pieza. La terminología jurídica inglesa le era familiar pero el tener que dictar clases en ese idioma le exigía un nuevo esfuerzo.

Después de una hora de exposición del tema había un intermedio. El antiguo profesor europeo y principal redactor de la Constitución de Austria de 1920 se iba a prepararnos personalmente un té que nos servía acompañado de galletas o bizcochos.

Es difícil interpretar la emoción —era emoción— que sentíamos nosotros, pobres alumnos, cuando veíamos a uno de los grandes maestros de la ciencia jurídica de nuestros días, tratarnos con esa familiaridad y afecto. Después del té, teníamos otra hora

de preguntas y respuestas que variaban al provenir los alumnos de distintos sistemas legales y que se referían al tema central tratado anteriormente. En esas "diversidades jurídicas" había también preguntas muy diversas. Ante algunas de esas preguntas la figura de Kelsen adquiría especiales relieves, que motivaba lo estimáramos no sólo por sus conocimientos jurídicos sino por su honestidad intelectual. No una sino varias veces, no vaciló en reconocer que no tenía en esos momentos una respuesta adecuada, pero que en la próxima reunión nos daría su opinión al respecto. No recordábamos otros profesores con esa sinceridad y honestidad intelectual. Posiblemente, más que su saber jurídico nos impactó su "humildad jurídica" digna de un gran maestro. Difícil era reconocer en el mismo a un autor cuyas obras habían sido traducidas y publicadas en más de veinte idiomas, que había sido amigo de Freud, que era un reconocido neokantiano de la escuela de Marburgo, que había intentado en el campo del derecho construir una epistemología normativa así como Kant había estudiado "las posibilidades y limitaciones del conocimiento del mundo exterior".

Cuando nos retirábamos de su casa después del Seminario nos acompañaba hasta la puerta y allí nos despedía con una caja de habanos en la mano. Era un buen fumador, aunque nunca lo hiciera en sus clases en la Universidad ni en horas de Seminario. Asiduo concurrente a las salas cinematográficas, era un verdadero crítico de cine. Con él aprendimos a diferenciar los estudios que en Hollywood producían películas de categoría A de los que producían películas de la categoría B. Era muy interesante escuchar sus comentarios sobre actores y actrices. Sin duda, hacía un culto de la belleza femenina.

Retornando al Kelsen "profesor", tuvimos oportunidad al escribir un comentario bibliográfico a una de sus obras, *The Law of the United Nations* (New York, Praeger, 1950; Boletín F. de D. año XVIII) manifestar que como profesor, tenía una condición especial: el poder transmitir su pensamiento al oyente de manera que permitía a éste el captar de inmediato el fundamento y esencia del mismo. Cuando el tema lo exigía, no vacilaba en dividirlo y subdividirlo en varios subproblemas para analizar después cada uno de ellos con paciencia inagotable. Durante un semestre

se dedicó a explicarnos las diferencias que existen entre un reconocimiento de Gobierno y un reconocimiento de Estado, comentando un artículo de Lauterpacht, profesor en Oxford al que lo vinculaba una gran amistad y una perseverante posición antagónica. Criticaba —pero lo utilizaba— el término derecho internacional público. A la legislación interna a menudo la designaba como “ley municipal”.

Es esta ocasión propicia para un recuerdo especial al profesor de Relaciones Internacionales R. G. Gettel, autor de un conocido libro de *Historia de las ideas políticas* publicado por la editorial Labor y que tuvo amplia difusión en Latinoamérica. En todo un semestre escolar nos tuvo analizando la política internacional de los Estados Unidos y los países de Asia. En esa época Estados Unidos tenía una abierta oposición a la China de Mao, la que perduró hasta la “apertura” de Nixon.

Otro profesor que merece un recuerdo especial es H. Marhenke que dictaba un curso de Filosofía. No vaciló en expresar en clase que había leído a Husserl pero al no entenderlo no había insistido en su lectura. Eso no impedía que Marhenke dictase simultáneamente un curso de Lógica Simbólica. En su curso de Filosofía nos tuvo todo un semestre leyendo y analizando capítulo por capítulo, párrafo por párrafo un libro del profesor inglés Ayres *Sense data*, datos de los sentidos. Pensábamos que posiblemente era el método utilizado en la Edad Media para estudiar el Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo, a quien Santo Tomás dedicó cuatro volúmenes de comentarios, también lo comentó San Buenaventura su contemporáneo de cátedra en la Universidad de París, Duns Scoto, franciscano neoplatónico y la mayoría de los filósofos de la época. «Nada hay en el entendimiento que no haya pasado antes por los sentidos» (*nihil est in intellectu quod primum non fuerit in sensu*) había dicho muchos siglos antes el Estagirita pero no se había quedado en los sentidos sino que había pasado al proceso intelectual del conocimiento. Ayer significaba, empero, un avance sobre Berkeley, su antecesor y fundador del idealismo subjetivo quien a los 24 años de edad publicó *Ensayo sobre una nueva teoría de la visión* y al año siguiente, su obra fundamental *Tratado sobre los principios del conocimiento humano*. Estuve tentado de escribir mi tesis —lo que no hice nunca— para el Doctorado en Filosofía en la Universidad de Córdoba comentando a Ayres, pero afortunadamente no tuve tiempo para ello. Nunca pude compren-

der como Marhenke que enseñaba Lógica Simbólica pudo quedarse tanto tiempo en la etapa primaria del proceso cognoscitivo. Posiblemente haya una relación, que no conozco entre los números lógicos y los datos de la sensibilidad.

En los años 1943 a 1945 (en los que tuve el privilegio de asistir a las clases de Kelsen) se discutía en Washington D.C. el importantísimo tema de las bases políticas y jurídicas de la nueva organización mundial a crearse (Naciones Unidas) la que vendría a reemplazar a la antigua Sociedad de las Naciones. Las principales potencias habían acordado redactar un primer texto del documento constitutivo del nuevo organismo en reuniones celebradas en Dumbarton Oaks, vieja casona de un barrio aristocrático de la capital norteamericana. El documento, intitulado *Propuestas de Dumbarton Oaks* circuló por todas las universidades y centros académicos interesados en el estudio del tema.

Las analogías y diferencias entre la Convención de la Liga de las Naciones y la Carta a suscribirse en San Francisco siguiendo, en principio, el texto de dichas *Propuestas* fueron estudiadas por Kelsen en un trabajo publicado en *AJIL* en enero de 1945 intitulado *The old and the new League: the Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals*. Para Kelsen los propósitos del nuevo organismo eran similares a los de la Liga pero en una cuestión había una gran divergencia. Según Dumbarton Oaks la nueva organización debía prevenir las amenazas a la paz y suprimir todo acto de agresión a más de impedir todo lo que fuese un quebrantamiento de la paz. Nada de eso figuraba en el documento de la Liga. Ambos Preámbulos, por otra parte, ponían énfasis en el respeto de los Estados a las normas del derecho internacional.

En relación a sus miembros, en la vieja Liga los Estados tenían —al menos en principio— igualdad de soberanía. En el nuevo organismo el objetivo era formar una “comunidad de Estados victoriosos”. El proceso de admisión de nuevos miembros era también distinto. En la Liga la admisión dependía de una decisión de la Asamblea sin ninguna intervención por parte del Consejo. En la nueva organización la admisión debía ser resuelta por la Asamblea previa recomendación del Consejo. Ya conocemos las largas disputas en las primeras Asambleas Generales sobre esta cuestión. Kelsen sostenía que la admisión en el sistema de Naciones Unidas re-

quería el consentimiento del Consejo de Seguridad, dando a la expresión "recomendación" un significado positivo. Argentina defendió en la Asamblea, en base a la documentación de San Francisco, que la recomendación del Consejo de Seguridad en esta materia podía ser a favor de la admisión o en contra de la misma, es decir, ser una recomendación negativa. Me tocó una ardua tarea a este respecto, defendiendo la competencia de la Asamblea General.

Para Kelsen, el principio de igualdad de soberanía de los Estados estaba presente en la Liga al exigirse que tanto las decisiones de la Asamblea como las del Consejo debían adoptarse por **unanimidad**. En el documento de Dumbarton Oaks las decisiones de la Asamblea podrían en muchos casos ser adoptadas por simple mayoría de votos. En materia de enmiendas a la Carta se requería la unanimidad de los Miembros Permanentes y la simple mayoría de los otros miembros del cuerpo. La **unanimidad** para el maestro de Viena significaba **igualdad de soberanía**.

Esta variedad de temas era la preocupación común, como dijimos, de la comunidad de Estados, de los organismos universitarios y de otras entidades especializadas. Kelsen actuó como Consejero del Departamento de Estado en diversas cuestiones y viajaba periódicamente a Washington. De allí volvía para conversar en el Seminario de las distintas posibilidades que se presentaban. No es extraño, en consecuencia que un tema que atrajo particularmente su atención fuese el juzgamiento de los criminales de guerra. En la Declaración de Moscú de 1943 (30 de octubre) los Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia manifestaron que el primer objetivo al terminar la Segunda Guerra Mundial era el castigo de dichos criminales. En tal Declaración se decía que los "oficiales, soldados y miembros del partido nazi" serían enviados después de la guerra a aquellos países en que hubiesen cometido masacres, atrocidades, ejecuciones, etc. a fin de ser juzgados por las autoridades de los mismos "sin perjuicio de los criminales alemanes cuyos crímenes no puedan ser ubicados en un lugar determinado los que serán punidos según una decisión común a ser tomada por los Gobiernos Aliados". En fecha 8 de agosto de 1945 (ya firmada la Carta de Naciones Unidas) los tres países citados a los que se unió Francia firmaron un documento para juzgar a estos últimos acusados. Se constituiría un tribunal especial con competencia para juzgar a los

acusados de: a) **crímenes contra la paz**, b) **criminales de guerra** y c) **crímenes contra la humanidad**. Este documento y acuerdo quedó abierto a la firma de los Estados miembros de Naciones Unidas, firmándolo, entre otros, seis países latinoamericanos: Panamá, Uruguay, Paraguay, Haití, Honduras y Venezuela. Kelsen escribió un trabajo sobre el tema pocos meses después de la Declaración de Moscú. En el Seminario hizo referencia al mismo explicando su posición jurídica personal pero sin abrir una discusión. Nos presentó su texto ya terminado y listo para su envío a la *California Law Review*. Por su interés y actualidad estimamos apropiado el traducirlo y enviarlo a la *Revista de la Universidad de Córdoba* lo que hicimos contando con su aprobación y autorización. Posteriormente tradujimos y publicamos otros dos estudios de su autoría. El texto en español apareció casi simultáneamente con el inglés (*Revista de la Univ.*, año 31, pág. 317 y sgtes., 1944) con el título "La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional con especial consideración al castigo de los criminales de guerra".

Kelsen empezó su artículo diciendo que la demanda de las Potencias Aliadas había sido "justamente hecha", ya que el principio "*bello justum*" había sido violado. Pero el jurista de Viena tuvo grandes dificultades para conciliar dicha posición con su propia doctrina jurídica y con el mismo derecho internacional. Uno de los grandes principios del derecho romano adoptado por las democracias contra el poder del déspota, era que no había crimen ni pena sin previa ley penal (*nullum crimene, nullum poena sine previa lege poenali*). En este caso se iba a aplicar una ley "*ex post facto*", se iba a reconocer a los individuos un "*locus standi*" en la esfera internacional y se iba a interpretar casuísticamente los "actos del Estado".

No olvidemos que el derecho, para Kelsen, es "un orden coercitivo del comportamiento humano" y es la coerción lo que lo distingue de la moral y de la religión. Su elemento constitutivo es la norma, la que debe cumplirse en la forma prescripta. Según su teoría, no hay delito en sí mismo; el delito no es ni una violación ni una negación de la ley, es una conducta determinada por la ley como condición de la sanción. No es correcto afirmar que cierto tipo de comportamiento humano tiene asignada una sanción porque es un delito. Lo correcto es decir que cierto tipo de comportamiento humano es delito porque tiene asignada una sanción.

Para justificar su opinión de que las personas que habían actuado como miembros del Gobierno, o de las fuerzas armadas, como subordinados a los Poderes del Eje habían cometido ofensas contra la ley internacional por lo que deberían ser llevadas ante la justicia, Kelsen debió interpretarse a sí mismo con mucha flexibilidad. Para nosotros, estudiantes recién egresados de Facultades de Derecho, todavía se repetía en nuestros oídos el viejo adagio latino. Kelsen fundó su posición en lo siguiente: que había una responsabilidad **individual** porque los llamados actos de Estado tenían que ser necesariamente ejecutados por individuos; en que las Potencias del Eje habían violado tratados internacionales que prohibían la guerra de agresión, tal el Pacto Kellog-Brian y otros acuerdos internacionales entre ellos los pactos de no-agresión firmados por Alemania con Polonia y Rusia; que la expresión “crímenes de guerra” significaba la violación de reglas que regulan la conducción de la misma, existiendo al respecto diversos tratados; que podía considerarse la II Guerra Mundial como una “*bellum justum*” doctrina que era suscripta por numerosos países (aunque él la criticase acerbamente en su obra *Law and Peace*, Lecture II —comentario nuestro—); que no había regla de derecho internacional consuetudinario que prohibiese normas “con fuerza retroactiva, de esa llamada *leyes ex post facto*”; que en el derecho nacional positivo esas leyes reconocían varias excepciones, agregando: “una ley atribuyendo una sanción *ex post facto* es retroactiva solamente desde el punto de vista legal pero no desde un punto de vista moral”, un tratado sólo transforma la responsabilidad moral en responsabilidad legal (aquí podemos preguntarnos si Kelsen ¿no estaría dispuesto a aceptar un derecho natural, que tantas veces negó?). Reitero, todos los participantes del Seminario estábamos de acuerdo que moral y políticamente el juicio a los criminales de guerra era procedente y nadie estaba interesado en “discutir sutilezas” con el viejo y querido maestro en una cuestión en la que estaba personalmente involucrado. En todo caso, la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución aprobada el 21 de noviembre de 1947 ratificó los principios establecidos en el Tribunal de Núremberg; en fecha 9 de diciembre de 1948 adoptó el Convenio sobre el Genocidio y el 12 de agosto de 1949 en la Conferencia de Ginebra se condenaban los “crímenes de guerra” y los “crímenes contra la humanidad”.

El segundo de los trabajos de Kelsen que tradujimos para su publicación por la *Revista de la Universidad de Córdoba* fue sobre “*El principio de igualdad de soberanía entre los Estados como base de la organización internacional*” (Rev. año 31, pág. 773 y sgtes., 1944) el que se publicó también simultáneamente en el *Yale Law Journal* en su versión inglesa.

En la Declaración de Moscú ya citada las tres potencias (Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia) expresaron «la necesidad de establecer en la fecha más próxima posible una organización internacional basada en la igualdad de soberanía de los Estados». El trabajo de Kelsen, escrito cuando recién se estaba elaborando el texto de la Carta firmado en 1945 se refiere concretamente a la idea de soberanía. El principio de la igualdad de soberanía debía ser, según su pensamiento, el fundamento de una organización internacional que asegurase una paz duradera. Afirma que la soberanía de los Estados, como sujetos del derecho internacional, es la autoridad legal de los mismos sometida sólo a la autoridad de la ley internacional. La autoridad legal de un Estado es “suprema” cuando no está sometida a la autoridad legal de ningún otro Estado; este es entonces “soberano” cuando está sometido únicamente a la ley internacional. Eso significa la “independencia” legal frente a otro Estado. El término “igualdad” parece indicar a primera vista que todos los Estados tienen los mismos derechos y deberes. En la realidad eso es así solamente cuando los Estados están en las **mismas condiciones**.

En la Convención de la antigua Liga de las Naciones imperaba un claro sentido de soberanía, según Kelsen, porque no podía obligarse a un Estado en contra de su voluntad, de allí el requerimiento de la “unanimidad” en la votación de sus decisiones. En el artículo que comentamos —y repetimos lo ya dicho— «la única forma de establecer sobre el principio de la igualdad de soberanía una organización internacional capaz de mantener la paz y seguridad internacional más eficientemente que lo hizo la Liga de las Naciones era el establecimiento de una comunidad internacional cuyo principal órgano fuese una Corte Internacional de Justicia dotada de jurisdicción obligatoria. Eso significa que los Estados están obligados a someter sus disputas, sin excepción alguna, a decisión de la Corte», y obedecer a la misma de “buena fe”. Recuer-

do que Kelsen, al desarrollar este tema en el Seminario se interesó particularmente en el estatuto y funcionamiento de la Corte Centroamericana de Justicia que crearon los países de la región en 1907 y funcionó durante 10 años, plazo establecido en su creación. El tratado constitutivo de la Corte Centroamericana —de gran “avanzada jurídica”— reconoció el *locus standi* de los individuos frente a los tribunales internacionales y los Estados miembros de la misma aceptaban la jurisdicción compulsiva.

No fue mucha la información que pudimos facilitar a Kelsen sobre una institución jurídica regional muy progresista para la época. La jurisdicción compulsiva de los tribunales internacionales ha recibido siempre un *lip service* por parte de los Estados. Todos están de acuerdo con la misma como una cuestión de *opinio juris*. En la práctica numerosos Estados se niegan a aceptarla. La Corte Centroamericana tuvo oportunidad de ver en el primer caso que recordamos en la jurisprudencia internacional de un individuo contra un Estado. Fue el caso Díaz versus Guatemala (3 *AJIL*, 1909). Recién en los últimos años los tribunales de la Comunidad Europea han visto casos en que un individuo actuaba como sujeto de derecho internacional, especialmente en cuestiones vinculadas a los derechos humanos. Como dijimos, la Corte Centroamericana funcionó hasta 1918 (12 de marzo) fecha de su duración según el Convenio. Los mismos países firmaron en 1923 un acuerdo creando el Tribunal Internacional Centroamericano (véase 17 *AJIL - American Journal of International Law*, 1923).

La rígida metodología de la Teoría Pura no impedía a Kelsen soñar, idealísticamente, con un mundo internacional en que los Estados respetasen y cumpliesen de buena fe con normas de un derecho superior a sus propias Constituciones. Una sesión del Seminario dedicó Kelsen a la Corte Centroamericana la que reunía, por lo menos según el texto del Acuerdo, y a su propia opinión uno de los objetivos básicos del ordenamiento internacional.

Reiterando conceptos de Kelsen expresados en varias oportunidades, un Estado es soberano cuando no está sujeto a ningún orden legal superior que restrinja su libertad. Los Estados son soberanos en cuanto no exista un orden internacional, pero si existe un derecho internacional —o se presupone que existe— un orden superior al Estado es válido. La teoría pluralista del derecho rehusa

considerar al derecho internacional como un orden legal superior a los Estados y a sus ordenamientos legales. Si aceptamos la teoría de la primacía del derecho nacional, el Estado es soberano en el sentido absoluto del término; si aceptamos la teoría de la primacía del derecho internacional no hay Estado soberano (absoluto) porque el orden legal internacional es superior al orden legal nacional (*General Theory of Law and State*, 351, 370, 383, 385).

Para Kelsen, la "persona" en el sentido jurídico no es nada más de la suma total de los derechos y deberes legales que regulan el comportamiento humano. No acepta, en dicho comportamiento, la doctrina del libre albedrío y niega que el hombre sea imputable porque es libre. Al contrario, el hombre es libre porque es imputable, "porque se puede asignar a sus acciones consecuencias legales" (*The pure theory of law*). En el orden internacional el derecho internacional impone obligaciones al Estado que debe cumplir. El orden legal internacional restringe la esfera de validez del orden legal nacional sometiéndolo a ciertas regulaciones. Esto no quiere decir que haya dos ordenamientos legales distintos (teoría pluralista) sino que hay un solo ordenamiento legal universal que comprende tanto el ordenamiento internacional como el nacional (monismo). Admitir la teoría pluralista conduce a afirmar que la soberanía de un Estado excluye la soberanía de cualquier otro Estado (*G. T. of L. and S.* 386). El derecho internacional es para Kelsen, un sistema de normas que regulan la actividad mutua de los Estados o más propiamente, de los individuos cuyos actos se interpretan como actos de Estado.

Reiterando lo anteriormente dicho, para Kelsen sólo podría haber igualdad de soberanía entre los Estados si el organismo mundial a crearse contase con una institución central que fuese una Corte de Justicia dotada de jurisdicción compulsiva. Una vez más se presentó el conflicto entre el orden jurídico ideal y el mundo político posible. En la Carta de Naciones Unidas (firmada un año después de haberse escrito este artículo) se reconoce expresamente la igualdad de soberanía de los Estados pero al mismo tiempo se otorga a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad el privilegio del veto. Todo parece ser —y es— una contradicción. El veto fue una institución política colocada en la Carta por imposición de Rusia pero aceptada con benevolencia y beneplácito por los otros cuatro miembros permanentes del Consejo. Se fundó en la

premisa que debían evitarse situaciones en que la posición política de una de ellas fuese suficientemente agraviada por una decisión del Consejo como para ser causa posible de una nueva controversia internacional. Hubo, como todos conocemos, abusos en el ejercicio de dicho derecho, no solamente de parte de Rusia sino también de parte de otros miembros permanentes. Nuestro país tuvo repetidas oportunidades de expresar su posición contraria a dicho privilegio.

Kelsen tuvo oportunidad de referirse al derecho del veto en el artículo que hemos mencionado *The Old and the New League: the Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals*, AJIL, Enero 1945. El procedimiento de votación en el futuro Consejo de Seguridad estaba aún “en consideración”. Eso no impide a Kelsen el afirmar que «hay pocas dudas que la posición del Consejo de Seguridad como es sugerido por las conferencias de Dumbarton Oaks es escasamente compatible con la igualdad de soberanía de todos los Estados amantes de la paz». Hemos dicho que en su opinión el principio de igualdad de soberanía estaba representado en la Liga por el requerimiento de **unanimidad** en sus decisiones. Empero, la posibilidad de que en la Asamblea General pudiesen tomarse (según la futura Carta) por dos tercios de votos o por simple mayoría era “un progreso gratificante” ya que restringía “el principio de igualdad de soberanía”. El nuevo sistema de votación no haría más fácil para el Consejo aprobar sus decisiones que la exigencia de unanimidad en la vieja Liga. Kelsen reconoce la gran diferencia política entre decisiones del Consejo y decisiones de la Asamblea. El privilegio del veto era, sin duda, “un importante privilegio de los grandes Poderes”. El Consejo de Seguridad tendrá un carácter altamente político. «Tampoco es adecuado que la gran responsabilidad de sus miembros permanentes encargados del mantenimiento de la paz, y además grandes potencias como Rusia, Estados Unidos y Gran Bretaña tengan una igualdad de representación en las votaciones con potencias pequeñas, tal Checoslovaquia y Colombia» (en caso que éstas sean miembros no permanentes del Consejo, agregamos nosotros). Si se opta (en San Francisco) por el sistema de mayoría de votos en el Consejo, «podría ser aconsejable conceder a cada uno de los miembros permanentes un voto ponderado teniendo en cuenta el número de habitantes y su potencialidad militar y económica» (*The old and new League*, pp. 56, 58). Este fue el criterio que se siguió al redactarse el documento básico del Banco Mundial.

En relación al tercer trabajo de Kelsen que tradujimos y publicó la Universidad de Córdoba en 1948 (*Revista*, año 35) el mismo se intitula “*El arreglo no judicial de las controversias internacionales según la Carta de las Naciones Unidas*”. El profesor de California estaba trabajando de lleno en sus comentarios a la Carta y me envió el texto del artículo a Washington, cuando desempeñábamos funciones en nuestra Representación ante la Organización de los Estados Americanos, éramos delegados del país a la Asamblea de Naciones Unidas e integrábamos en la misma su Comisión Jurídica. Es con cierto orgullo que anotamos que dicho artículo fue publicado en su versión española con anterioridad a su publicación en lengua inglesa. En el mismo señala Kelsen la distinción que hay, según la Carta, entre una “controversia” y una “situación” internacional. Toda controversia es una situación pero no toda situación es una controversia. Asimismo, analiza *in extenso* las facultades de la Asamblea y del Consejo de Seguridad en la materia.

Mucho le agradecí a Kelsen el envío de su trabajo para su traducción y publicación por vez primera en español en la *Revista* de nuestra Universidad. Hacía cerca de tres años que había dejado sus clases pero el viejo maestro de Viena tuvo un recuerdo especial para el estudiante argentino. Confieso que la traducción del trabajo me costó un esfuerzo considerable. En el mismo desarrolla Kelsen una elaborada estructura jurídica diferenciando la solución de las controversias no jurídicas tanto en el ámbito de la Asamblea General como en el ámbito del Consejo de Seguridad. Específicamente, significa el estudio *in extenso* de los Capítulos I de la Carta (Propósitos y Principios de la Organización); IV sobre Funciones y Poderes de la Asamblea General; Cap. V sobre el Consejo de Seguridad, sus Funciones y Poderes; el VI sobre el arreglo pacífico de las disputas y Cap. VII sobre la acción a seguir por la Organización en casos de amenaza a la paz, ruptura de la misma y actos de agresión. Basta señalar que los Estados Partes en una controversia **tienen la obligación** de solucionarla según la Carta de las Naciones Unidas y que el único órgano que puede solucionar las **cuestiones jurídicas** es la Corte Internacional de Justicia.

Con este trabajo de singular importancia y extensión, Kelsen estaba preparando su obra fundamental sobre Naciones Unidas publicada en 1950 e intitulada *The Law of the United Nations. A*

critical analysis of its fundamental problems (New York, Praeger, 1950) de la que, como dijimos, publicamos un comentario bibliográfico en el *Boletín* de la Facultad de Derecho de Córdoba, Año XVIII.

Dijimos que Kelsen era jurista consultor del Departamento de Estado en la tarea de los estudios previos a la discusión y firma de la Carta en San Francisco. Otro consultor y funcionario del Departamento de Estado, era Leo Pasvolsky, quien participó activamente en la redacción de las Propuestas de Dumbarton Oaks y posteriormente a la firma de la Carta, en los "hearings" o sesiones de discusión en el parlamento norteamericano previos a su ratificación. Kelsen mantenía con el mismo numerosas discrepancias que a menudo enunciaba con cierto "fervor" en sus reuniones de Seminario. Pasvolsky era un jurista "de lo posible" y no un jurista "puro" como Kelsen. Entre esas divergencias tal vez la más importante era sobre las funciones del Consejo de Seguridad frente a una controversia o situación entre Estados miembros. El Senado norteamericano —con una fuerte corriente republicana— quería en toda forma eliminar cualquier posible interferencia o intromisión de la nueva organización en cuestiones que interpretaban "internas del Estado" con el pretexto de mantener la paz y seguridad mundiales. En este artículo de Kelsen que comentamos se puedan leer las principales discrepancias entre los dos consultores jurídicos principales de Estados Unidos.

Hemos mencionado sus divergencias con Pasvolsky y anteriormente con Lauterpacht. Empero, tuvimos oportunidad de mencionar —fuera de clase— la posición divergente en algunos aspectos de su Teoría Pura, de un distinguido jurista y profesor en la Universidad de La Plata, Dr. Carlos Cossio. Conocía la obra de Cossio y tenía respeto por su calidad intelectual. Cossio compartía cuestiones fundamentales de la Teoría Pura del Derecho y en algunas había enunciado conceptos "mas avanzados" aún que el maestro de Viena. En lo referente a un tema clásico —Lagunas del Derecho— que eran impensables en el sistema kelsiano y al que éste dedicó pocas líneas, Cossio le había dedicado todo un libro. Cossio afirmaba, según recuerdo, que no había lagunas porque había jueces, los que estaban dentro y no fuera del derecho, y que constituían un dato del ordenamiento jurídico. El profesor de California que había pasado su vida discutiendo esos problemas y defendiendo su teoría pero que ahora estaba ocupa-

do y preocupado por el nuevo ordenamiento institucional mundial, me contestó, las dos veces que mencioné el tema, con una amplia sonrisa. Y nada más. Sonrisa que aún me preocupa porque no sé si atribuirla a la nueva corriente del pensamiento en que estaba inmerso el viejo profesor o a la forma un poco deficiente con que habíamos enunciado el pensamiento de Cossio.

Sabemos que para Kelsen el orden social se integra con la religión, la moral y el derecho, que persiguen, en parte, el mismo propósito. Pero la estructura de la norma jurídica es muy distinta de la estructura de la norma ética y de la norma religiosa. La norma moral prohíbe cometer un acto pero no impone una sanción; la religiosa también lo prohíbe, pero su castigo está en manos de un ser sobrenatural, no tiene una sanción "socialmente organizada"; la norma legal también lo prohíbe pero su castigo está en manos de otro hombre responsable por la conducta contraria al orden social (*General Th. of Law and State*, 20). El delito, según la Teoría Pura, no es "ni una violación ni una negación de la ley. Es una conducta determinada por la ley como condición de la sanción, prescripta, asimismo, por la ley". La expresión "ciertos tipos de comportamiento humano tienen asignada una sanción porque son delitos" debe revertirse y decirse "ciertos tipos de comportamiento humano son delitos porque tienen asignada una sanción". No hay delito en sí mismo, dice Kelsen; hay delito cuando hay una sanción. El derecho es un ordenamiento del comportamiento humano en cuya definición no entra el concepto de justicia —ni de razón, ni de moralidad— porque ello serviría únicamente para sustentar una posición política; o para atacar el sistema existente en nombre de un derecho superior. La norma jurídica es la regla que alguien debe cumplir en la forma prescripta. Repetimos, ella no tiene ninguna connotación ética, religiosa y tampoco de derecho natural. Solamente es "un modo de pensar". Este modo de pensar, o norma, debe fundarse en otra norma superior. Las leyes municipales se fundan en las Constituciones, por ejemplo. Pero ¿en qué se fundan las Constituciones? En lo que Kelsen llama una "norma básica" que no es jurídica. Es válida pero no es de derecho positivo; ella proporciona, en cambio, unidad al sistema legal. El orden legal es un sistema de normas. Lo que constituye en sistema a una multitud de normas no puede

ser un “hecho” sino otra norma superior (básica) que les da validez. (*General Th. of Law and State*, 110).

No es esta la oportunidad de estudiar la teoría jurídica de Kelsen sino en sus connotaciones con el derecho internacional. Empeño, en la última clase que dictó como profesor universitario (se retiró de la cátedra en 1952 y cuando era profesor en la Universidad de California) abordó un tema de profundo contenido moral, religioso y jurídico: ¿Qué es la Justicia? (What is Justice?). El tema no era extraño al jurista de Viena. Lo había tratado muchos años antes, al promediar su vida intelectual, en un trabajo sobre Platón (*Kant Studies*, 1933). Posteriormente, en 1947 y en un volumen-homenaje al gran jurista norteamericano Roscoe Pound abordó la cuestión en un trabajo sobre la “Metamorfosis de la idea de justicia”. Del Antiguo y Nuevo Testamento, pasando por Platón, Aristóteles, los autores del derecho natural y el mismo Kant, a quien niega que el imperativo categórico dé respuesta válida a la pregunta, el profesor de California cae en el más profundo relativismo, que lo manifiesta en su última conferencia. ¿Qué es la Justicia? el pensador que había hecho del Derecho “su ciencia” encontró después de casi cincuenta años de estudio que no podía contestar la pregunta. Transcribo los primeros y últimos párrafos de su última clase magistral que, podemos pensar, traducen su angustia moral motivada en el agnosticismo:

«¿Qué es la Justicia? ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre ni tantas lágrimas amargas, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres —desde Platón a Kant—. Y sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta.

Comencé este estudio con la pregunta ¿Qué es la Justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la he contestado. Mi disculpa es que, en este caso, estoy en buena compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron. En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la Justicia, la Justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la Justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la Justicia. Como la

ciencia es mi profesión y por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la Justicia es aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la Justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia».

LA REVOLUCIÓN JURÍDICA CONTEMPORÁNEA *

por JULIO CÉSAR CASTIGLIONE **

Estimo que la historia del Derecho puede resumirse en tres grandes fases. Primero la gestación del Derecho, segundo el nacimiento en Roma, tercero la revolución jurídica contemporánea.

No se puede entender esta tercera etapa sobre la cual nos vamos a explayar, sin antes hacer una breve síntesis de las dos anteriores.

La gestación del Derecho

No es fácil determinar cómo manejaron los primitivos sus relaciones de convivencia. Esto se debe a dos razones fundamentales: a) faltan datos lo suficientemente ciertos, seguros y completos; b) aunque hubo similitud en muchos aspectos, en otros las diferencias fueron muy grandes. De modo que la generalización es peligrosa. Con todo, y con las lógicas reservas, se pueden llegar a una conclusión:

la imposibilidad del surgimiento de un verdadero derecho antes de Roma. Era casi imposible que las contiendas fueran resueltas de un modo consciente e intencional con justicia. Podían por cierto, darse casos particulares de justicia, producto de la sabiduría y prudencia del juez, pero ello se lograba de una manera empírica

(*) Este trabajo corresponde al discurso de incorporación de su autor como miembro correspondiente de la Academia, pronunciado en la sesión del día 17 de abril de 1996.

(**) Miembro correspondiente en Santiago del Estero.

e intuitiva, sin el apoyo de un fundamento racional. Al no haber un sistema procesal adecuado, las dificultades para captar lo justo, abstracto se vuelven casi insuperables.

Son los romanos los que van a producir un viraje trascendental en el Derecho.

El nacimiento del Derecho, invención romana.

El mérito inmarcesible de la invención del Derecho corresponde a los romanos. Para que ello fuera posible se dieron en Roma las tres condiciones necesarias, a mi modo de ver, para su surgimiento:

1) Existencia de una organización social con un nivel mínimo de desarrollo que asegure el cumplimiento de las diversas funciones que la administración de justicia exige;

2) Un nivel cultural de cierta importancia que permita la captación de principios abstractos y de un cierto sentido crítico como para fundamentar la justicia objetiva de la regla;

3) Un grado de conciencia ética que permita discernir en el ser humano su grandeza y dignidad, de modo que lo haga acreedor a un trato respetuoso, y en consecuencia, merecedor de justicia.

Estas condiciones se dieron con holgura y por primera vez en Roma y permitieron el surgimiento del Derecho.

Parece, por otra parte interesante destacar que existe una estrecha relación de mutua causalidad entre la organización social y el derecho. Éste no se puede desarrollar en un medio social amorfo, simple y rudimentario. A su vez, una sociedad no puede crecer en complejidad y eficiencia sin un derecho perfeccionado. Están en una relación de mutua dependencia. Cada uno condiciona al otro. Roma pudo prosperar por el adelanto de su derecho y éste se desarrolló gracias al admirable organización de este pueblo.

El aporte romano al Derecho

1) La noción de la existencia de una justicia objetiva que no resulta de la voluntad de los hombres sino que se la encuentra en las cosas.

2) El descubrimiento de las reglas jurídicas.

3) La noción del Derecho como atribución o reparto justo. Aunque Aristóteles enseñó que el Derecho era lo justo objetivo, quienes lo hicieron efectivo fueron los romanos y además así lo definieron. En el Digesto se lee *el derecho es justicia, por la cual con razón se nos llama sacerdotes*. Y en el título I se encuentra esta definición: "El derecho es lo justo". *Id quod aequum est*.

El método

Tengo para mí que si los romanos pudieron inventar el derecho romano se debe a que supieron acertar con el método correspondiente en forma análoga a cómo la ciencia fue producto del método científico.

Los romanos utilizaron tres elementos metódicos:

a) *La observación*. Aunque pueda sorprender los romanos utilizaron la observación en su investigación sobre la justicia. Del mismo modo en que Santo Tomás la aplicaría para la ética en general;

b) *La dialéctica*. Los romanos comprendieron que para hacer justicia se debía oír a las dos partes. Comprendieron la necesidad de jueces expertos y probos y tuvieron la precaución de hacerse asesorar por expertos juristas, manteniendo la igualdad de las partes y una razonable investigación de las pruebas;

c) *La inducción de reglas extraídas de la solución de los casos concretos*. La genialidad romana consistió en advertir que, descubierto lo que es justo en un caso particular, se puede, por análisis, extraer la regla general implícita. Como afirma Schultz, la evolución del Derecho tuvo lugar por una praxis guiada por la jurisprudencia.

La existencia de un Derecho Natural, o dicho de otra forma, los romanos creyeron en la existencia de lo justo concreto, objetivo y en su cognoscibilidad;

La creación y formación de verdaderos juristas.

La creación de la teoría jurídica. Pero los romanos no se limitaron a inventar el Derecho. Lo constituyen también como ciencia creando una verdadera teoría jurídica, coherente y razonable.

Fueron capaces de comprender la correcta naturaleza del conocimiento jurídico.

Conclusión

Es indiscutible que los romanos inventaron el derecho. Ellos nos legaron lo más importante: el método aplicable. Pero también las nociones básicas, la terminología, la teoría jurídica y lo que estimo es muy valioso: la idea de una justicia objetiva que se puede descubrir y a la cual se deben adaptar los principios y reglas jurídicas. Además, supieron formar verdaderos juristas, entregados a la investigación del Derecho.

La revolución jurídica contemporánea

Se puede afirmar que la tercera etapa se inicia con la Revolución Francesa, pero ello supone una larga incubación. El Derecho sufre una transformación tan profunda que no es exagerado calificarla de una verdadera revolución. Para poder entender las causas de este proceso, es conveniente considerar las características de la sociedad en que se movió el Derecho antes de sufrir este espectacular cambio.

Caracteres de la sociedad tradicional. Se la puede denominar así a la que se desarrolla desde la caída de Roma en poder de los bárbaros hasta la Revolución Francesa.

- 1) Era altamente estática. Los cambios sociales eran lentos y de escasa importancia.
- 2) Acientífica y de tecnología científica.
- 3) De naturaleza sacra. La religión dominaba la vida social.
- 4) Tenía rasgos comunitarios. La familia era grande, muy unida y con la comunidad local eran los grupos principales.
- 5) Reinaba una gran solidaridad entre sus miembros.
- 6) La acción social, conducta influida por valores colectivos, era fundamentalmente prescriptiva, lo que significa que las personas obraban según lo preceptuado por el clima social.
- 7) Reinaba el autoritarismo. Había un gran respeto por la autoridad.

8) Era jerárquica y desigual. Había siervos y hombres libres.

Caracteres del Derecho en la sociedad tradicional. En la vida social se da una correspondencia entre sus diversos elementos, luego, a la sociedad tradicional correspondía también un derecho determinado. Sus rasgos principales son los siguientes:

1) El orden jurídico era homogéneo, altamente coherente y uniforme.

2) Se creía en la existencia de un orden objetivo, que se podía descubrir, al cual le correspondía un derecho natural. La tarea del jurista era descubrirlo y completarlo y concretarlo.

3) El orden jurídico vigente no era producto de las leyes dictadas por la autoridad, sino que se aplicaba el derecho romano y las costumbres y tradiciones de los pueblos bárbaros.

Consecuencias:

a) Sus fuentes no eran las leyes.

b) Perseguía la justicia particular.

4) Las proposiciones jurídicas eran fundamentalmente de tipo enunciativas.

5) Los juristas para adecuar las reglas vigentes o crear otras nuevas, utilizaban el método dialéctico, instrumento adecuado para descubrir lo justo.

Cronología de algunos de los principales factores del cambio social: los principales, por orden cronológico son los siguientes:

1) A mediados de 1400 *Gutenberg* inventa la imprenta de tipos móviles. Según Papp, hasta finalizar el siglo XVI, en el lapso de cincuenta años se editan 40.000 títulos con 8.000.000 de ejemplares. Ello revolucionó los conocimientos.

2) *El Renacimiento y la Reforma.* El primero estimulado por la llegada a Italia de miles de fugitivos de Constantinopla que llevan valiosos manuscritos griegos que conservaban guardados, despiertan el interés y la investigación de los clásicos griegos y romanos.

3) *Nace la ciencia* con las investigaciones empíricas de Galileo y su método experimental.

4) A fines del siglo XVIII se produce el *movimiento democrático.*

5) Comienza a tomar impulso *el secularismo*, que separa la religión de la vida pública y la deriva hacia el comportamiento privado.

Factores que influyen directamente sobre el derecho. El cambio de las condiciones sociales tiene una influencia directa sobre el derecho, pero se van produciendo a lo largo de este extenso período hechos que afectan de un modo directo la vida jurídica.

1) *El Código de Justiniano.* Conduce a destacar la *lex* sobre el *ius* propio de los juristas. No es fácil calcular su efecto sobre el espíritu jurídico posterior. Pero, sin duda, que deslumbrados por el ideal de racionalidad, de orden y seguridad influirá para dar prevalencia a la ley sobre las reglas.

2) *Los glosadores.* El Derecho Romano, según Cueto Rúa, sobrevive penosamente en las formas espurias incompletas de las compilaciones bárbaras durante los seis siglos que transcurren desde la sanción del Código de Justiniano, hasta que es descubierto por Irnerio y sus discípulos. Sin embargo, el hecho de que Irnerio sea maestro de Gramática y Dialéctica y su afición por la Filología influirá para que los glosadores manifiesten una adhesión escrupulosa a los textos, contraria al espíritu del Derecho Romano.

3) *Los posglosadores, o comentadores.* Aproximadamente dos siglos después surgirá una nueva corriente que se preocupará por adaptar los principios romanos a los nuevos tiempos. Pero utilizarán el método escolástico, la deducción y las leyes de la lógica formal. La tendencia a la generalización y a la deducción significará el abandono del empirismo, el casuismo y la concisión romana, para pasar al racionalismo y la abstracción.

4) *La doctrina de Occam.* Este fraile franciscano inglés en el siglo XIV enunciará una novedosa idea del derecho, para justificar la posesión de bienes por la orden Franciscana. Una de sus teorías se habrá de desarrollar con el tiempo y tendrá grandes consecuencias: considerar que el Derecho significa un poder o facultad de acción individual.

5) *Hobbes*, otro autor inglés del siglo XVII, identificará al Derecho con las leyes. Quiere adaptar la política tradicional a la

nueva noción de ciencia. Y en el *Leviathan*, después de explicar el surgimiento del poder social, designa como derecho al conjunto de las leyes u órdenes de la autoridad. Según Villey estos dos autores ingleses influirán en la noción del Derecho, que se difundirán gracias a un clima social favorable.

6) *El Derecho Natural racionalista*. En el siglo XVIII el Derecho Romano encuentra resistencia debido a su poca feliz adaptación. La reacción está encabezada por un grupo de juristas racionalistas, inspirados por las nuevas corrientes filosóficas de la época bajo la influencia de Leibnitz y Descartes. Se pretende un nuevo Derecho basado en principios universales derivados de la razón o de la voluntad de Dios que los ha revelado a los hombres.

7) *Montesquieu*. Escribe en 1748 *El Espíritu de las Leyes*, señalando la necesidad de la división de los poderes para garantizar la libertad del ciudadano. Esta doctrina producirá profundas consecuencias en el desarrollo futuro del Derecho, porque se atribuirá a un poder no jurídico la potestad de sancionar leyes que serán la fuente del Derecho.

8) *El Código de Napoleón*. En 1804 Bonaparte hace sancionar el Código Civil Francés que tendrá una gran influencia en la Europa continental, dado que estimuló el surgimiento del Movimiento Codificador. Con esto se producen dos consecuencias: el nacimiento de la *Escuela Exegética*, la primera escuela jurídica que nace para solucionar los problemas que presenta la interpretación del Código Civil. Frente a la ola codificadora, y como reacción, se desarrolla en Alemania la *Escuela Histórica* impulsada por Savigny. Según Goldschmidt, a fines del siglo XIX la realidad social ha sufrido un intenso cambio, que vuelve injustas muchas de las soluciones del Código Civil. Esto produce la muerte por inanición de la Escuela Exegética. Quien le da el golpe decisivo es Francisco Géný.

En Alemania se desarrolla luego la *Escuela Pandectista*, que lleva a un excesivo manipuleo conceptual y emerge un nuevo punto de vista: el estudio de los intereses sociales.

A medida que nos adentramos en el siglo XX, en los diferentes países nacen nuevas escuelas. Algunas totalmente contradictorias entre sí. El Derecho, como sostienen muchos autores, ha entrado en crisis.

La revolución contemporánea del Derecho

La Revolución Francesa. Hay un gran acontecimiento, a fines del siglo XVIII que con razón los historiadores consideran como el fin de una época y el inicio de otra nueva. Se trata de la Revolución Francesa.

Sus causas son diversas y complejas. Pero en general son el resultado de un grave desajuste entre las nuevas condiciones sociales reinantes y un régimen político inadaptado para encauzarla.

Sus efectos son múltiples. Los explicaremos sucintamente:

a) *políticos*: acabó con la monarquía, el absolutismo y las desigualdades; se impuso el individualismo y la libre competencia. Surgió el régimen liberal y la democracia;

b) *económicos*: se desarrolla el industrialismo y se da un gran progreso económico. Se atribuye amplios poderes a la propiedad privada. Nace el capitalismo.

c) *filosóficos*: se impone el racionalismo. Aparece el positivismo y toma impulso el secularismo.

d) *sociales*: la proclamada igualdad sólo se da en los principios, en la teoría. En la práctica, la sociedad se divide prácticamente en dos clases: la burguesía y el proletariado. Esto producirá conflictos sociales reivindicatorios y el surgimiento de la ideología socialista. Pero hay otro efecto social importantísimo, producto del intenso desarrollo científico y técnico: el intenso cambio social, cuyas consecuencias colosales son imposibles de sintetizar, pero que influye de una manera decisiva en el mundo moderno.

Caracteres de la sociedad contemporánea: la nueva sociedad toma rasgos diametralmente opuestos a la sociedad tradicional:

- 1) Altamente dinámica, como lo acabamos de explicar;
- 2) Fundamentalmente científico-técnico;
- 3) Secularista. La revolución francesa se inicia con el signo de la irreligiosidad y el anticristianismo. El desarrollo de la ciencia produce una intensa crítica sobre la fe religiosa. Las creencias tienden a ser recludas en lo privado.
- 4) Individualista. Los hombres liberados de la presión social y empujados por la emancipada capacidad razonadora tienden a dife-

renciarse y adquirir criterios propios en los diversos problemas de la vida.

La sociedad moderna es también *anónima*, dada la aparición de modernas megalópolis y es *masiva* en cuanto en sus comportamientos individuales son determinados por la situación en la que se mueven. Pero resulta imposible adecuarse a los deseos e intereses de sus interactuantes.

5) Insegura. Dado la tremenda velocidad e intensidad de los cambios, imposibles de prever.

6) Predomina la acción social electiva. La persona dispone de un margen de alternativas para optar, siguiendo criterios endógenos fundamentalmente, es decir, lo que parece enseñar la razón, lo que el actor juzga razonable. Se amplía la autonomía personal.

7) Democrática. La sociedad moderna tiene por ideal la libertad personal. La participación en todos los niveles y aspectos y de igualdad ante la ley, y la dignidad humana.

Caracteres del Derecho Moderno: al compás del intenso cambio social y de los factores jurídicos que hemos mencionado, se produce una transformación del orden jurídico. Para describirlos correctamente conviene distinguir entre las variaciones doctrinarias y las fácticas.

a) Variaciones doctrinarias:

Son las que ocurren en la teoría, es decir, en las doctrinas jurídicas:

1) **Positivismos.** Los romanos sabían que había una justicia objetiva y sus mayores esfuerzos estaban destinados descubrir los principios cuya aplicación los ayudará a solucionar los casos prácticos de esta manera. Modernamente el escepticismo metafísico desprecia de esta posibilidad. Además no interesa la teoría, sino la práctica. Por lo tanto si no se niega el derecho natural se lo pone entre paréntesis. Se sostiene que lo importante no es un supuesto derecho ideal, sino el real, el existente, el positivo. Por lo tanto un importante sector del pensamiento jurídico se vuelve positivista. Y considera que las soluciones jurídicas no pueden ser limitadas por ningún orden objetivo.

2) **Justicia legal o artificial.** El positivismo va unido a la justicia legal. El escepticismo filosófico conduce si no a negar la exis-

tencia de una justicia objetiva, por lo menos a rechazar la posibilidad de su conocimiento, lo que en la práctica es exactamente lo mismo. El relativismo dominante producto del intenso cambio lleva a no aceptar una justicia única o principios objetivos válidos que parecen repugnar a una sociedad en la que aparentemente nada permanece. Por lo tanto se sostiene, que lo justo varía con las circunstancias sociales.

3) *Contradicciones e incongruencias.* El hecho de que en la sociedad moderna predomine la acción electiva ha producido el estallido de las ideologías. No puede extrañar, en consecuencia, que la doctrina jurídica se vuelva incoherente y contradictoria. Se ha roto la unidad que surgía de una misma cosmovisión. El derecho romano pudo subsistir tanto tiempo sin ser impugnado radicalmente, no sólo por contener reglas de valor universal sino también porque en la sociedad tradicional el espíritu crítico estaba casi sofocado y el cambio era muy lento y gradual.

4) *Variación de la noción del Derecho.* Una cuestión fundamental es que ha variado la noción misma del Derecho. Eso explica que Kant pudo decir "los juristas no se han puesto todavía de acuerdo sobre lo que es el derecho". Debe tenerse presente que los romanos sí sabían lo que era el Derecho, dado que para ellos Derecho y justicia objetiva iban unidos. No se entendía el primero sin la segunda, y ésta sin una vinculación con la realidad. El Derecho supone para ellos un reparto justo. La justicia no era una mera especulación racional, sino que, para conocerla, era necesario observar la realidad, las costumbres analizarlas y valorarlas. Hoy el Derecho se confunde principalmente con el conjunto de leyes, un poco por el envión que le da Hobbes, y otro porque habiéndose convertido la ley en la fuente principal, se tiende a ver en ella su causa, su esencia. Como dice Kalinowsky, «*siendo la ley la causa del derecho es legítimo atribuirle este nombre a las normas jurídicas*». Pero también se llama derecho al poder de obrar derivado de una norma, producto de la doctrina de Occam y del individualismo que se desenvuelve modernamente. Por supuesto que hay otras muchas nociones, pero éstas son las principales.

5) *Cambia la idea del método jurídico.* Habiendo cambiado la noción del derecho, es comprensible que haya variado también su método. Escuchémoslo a Cueto Rúa: «*nuestra civilización occiden-*

tal, se articula y desarrolla bajo la concepción teórica de que el Derecho consiste en un conjunto de conceptos cuya elaboración y desarrollo debe efectuarse estrictamente mediante mecanismos lógicos. Esta tarea se encuentra a cargo de juristas. Progresivamente se va perdiendo contacto con las exigencias cambiantes de los tiempos. Los juristas, al segregarse de la práctica y desdeñar las soluciones empíricas de los magistrados y las costumbres locales, van construyendo un derecho esotérico, alambicado, plagado de distinciones, subdivisiones y desarrollos carentes de todo significado práctico.

Así pues en la época moderna se va perdiendo el precioso método legado por los romanos. La reacción vendrá con el Derecho Natural Racionalista, pero el remedio será peor que la enfermedad.

Con la revolución francesa se considera al Derecho como la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes. Los juristas deben dedicarse ahora al estudio de las normas positivas en que se ha concretado la voluntad general.

Luego, los políticos hacen el Derecho. La tarea de los juristas es interpretarlo y aplicarlo. Hoy la multiplicidad de escuelas jurídicas ha producido que se proclamen diversos y contradictorios métodos para el derecho. Lo que se debe recalcar es que mientras en Roma se utilizaba la observación, la dialéctica y la inducción partiendo de los casos concretos, hoy en día predominan en la doctrina la idea de que debiendo el juez ajustarse a las normas legales impuestas por el legislador, el problema principal del método es la interpretación de los textos, debiéndose buscar ante todo la voluntad del legislador. En cuanto a la producción de los textos parece dominar la idea de que es una cuestión más política que jurídica. Y como muchos dudan de la existencia de una justicia objetiva cognoscible, en general se exige que el legislador respete la voluntad popular que emerge en los valores socialmente aceptados.

6) **Subjetivismo.** El subjetivismo se pone de manifiesto en las leyes que toman partido por defender al individuo contra los avances de la autoridad. Se expresa en "los derechos del hombre y del ciudadano" de la revolución francesa.

7) **El legalismo.** Buena parte de la teoría jurídica moderna considera que el ideal jurídico consiste en que la única fuente del derecho sea la ley. De esta forma, generalmente de un modo in-

consciente, se está en concordancia con la orientación de una sociedad científico-técnica.

8) *Plasticidad*. El jurista moderno tiende a ver al derecho como un objeto que se hace y no que se descubre. Como su visión de la justicia es subjetiva, considera que lo que el legislador manda es lo justo, y éste no parece estar limitado por nada objetivo y permanente. El derecho puede adquirir cualquier forma. Por eso resulta un producto arbitrario del legislador, cuyos límites sólo están fijados por la constitución. El constituyente a su vez, no parece depender de control alguno y se limita a dar pautas generales, lo que concede un arbitrio muy amplio al hacedor de leyes.

9) *Sistematismo*. La gran ambición moderna es proteger al individuo de cualquier contingencia social, darle seguridad en un mundo imprevisiblemente cambiante. Para ello es necesario un derecho previsible, es decir, asegurar en lo posible la previsibilidad de los fallos judiciales. Un medio fundamental es convertir a la prolífica y contradictoria legislación en un sistema. De ahí la fascinación que el sistema ejerce sobre gran parte de la doctrina jurídica actual.

10) *Deductivismo*. En el afán de brindar seguridad al individuo, el pensamiento jurídico moderno pretende limitar al máximo los poderes del juez. Esto se logra imponiéndole la exigencia de fallar de un modo casi automático, reduciendo la interpretación de las leyes a un proceso casi maquinal. Por lo tanto se pretende que la función fundamental consista en aplicar la norma al caso por medio del silogismo. Su trabajo se reduce a una mera deducción, sin advertir el grave problema que significa la elección del texto aplicable. Es que, para los modernos, el problema judicial no radica en que el juez sea justo, sino en que su fallo sea previsible. De este modo se escamotea el principal problema que enfrenta todo juez: valorar las distintas opciones posibles que le presenta el ordenamiento legal.

11) *Medio de control social*. Los sociólogos consideran que el Derecho, o mejor dicho el conjunto de leyes, son un medio de control social. Villey además de rechazar esta finalidad afirma que, en todo caso la cumple muy mal.

12) *Medio de transformación social*. Este atributo es una consecuencia del anterior. Si el derecho es un instrumento de control social, se comprende fácilmente que es también un factor de transformación social. El derecho es considerado como un utensilio

para la obra de ingeniería social que pretende el hombre moderno, convencido de la artificialidad no sólo del derecho, sino también de la sociedad.

13) *Normativismo*. Mientras los romanos veían el derecho como un saber que se ocupaba del justo o igualitario reparto de los bienes, el hombre moderno lo considera un conjunto de normas dirigidas al bien común. De ahí una gran diferencia. Para los primeros las proposiciones jurídicas eran fundamentalmente reglas que enuncian criterios justos de reparto. Para los segundos, ellas están constituidas por leyes normativas dirigidas al bien común.

b) Variaciones fácticas:

Se pueden denominar también modificaciones de la praxis jurídica, porque ha producido variaciones en la vida misma del derecho, en su aspecto ontológico. Estimo que las principales son las siguientes:

1) *Legalismo*. No es un secreto para nadie, ni siquiera para los legos en el saber jurídico que el derecho casi se confunde con las leyes dado el tremendo significado que tienen en su vida actualmente. Son casi la única fuente y se podría repetir lo que se le atribuía a Bugnet: «Yo no conozco el Derecho, sólo conozco el código civil».

2) *Cambio de las fuentes*. Para Cueto Rúa la fuente principal del derecho romano es el aporte de los juristas: «*El desarrollo más importante y las conquistas más duraderas fueron logradas mediante la acción conjunta de mutua colaboración, entre los magistrados, especialmente el pretor y los jurisconsultos*». Hoy en día es el legislador el que engendra el Derecho.

Según Leclercq se debe tener presente que el Derecho Civil tal como fue aplicado en Occidente durante más de mil años, era el derecho romano y el derecho consuetudinario germánico, interpretados por los juristas. El derecho público era igualmente consuetudinario. En esta sociedad el papel de los juristas era totalmente distinto de lo que fue más tarde, puesto que el Estado no hacía el derecho y que, por otra parte, el poder legislativo no era distinto del ejecutivo. El príncipe reunía todos los poderes en su mano; él dictaba el derecho y si, de cuando en cuando era necesario establecer una nueva regla jurídica, sus consejeros naturales eran los juristas. Éstos, por consiguiente, dictaban el derecho en nombre del

príncipe y ellos “hacían” el derecho en la medida, muy restringida, en que se lo modificaba. El derecho era, en toda su amplitud, el dominio de los juristas.

Pero el régimen parlamentario estableció —siguiendo las enseñanzas de Montesquieu— la separación de los poderes judicial y legislativo. El poder judicial es confiado a los juristas; se limita a aplicar la ley y, para esto, a interpretarla cuando es necesario. La ley es obra del poder legislativo. “Y esto es una revolución”, sostiene Leclercq. A partir de ahora, la ley no es ya algo existente, respecto de lo cual no se pregunta de dónde viene, que simplemente se constata y cuyo origen se pierde en el pasado; la ley es la obra del legislador; es establecida por el Estado en un momento y en unas condiciones determinadas.

3) **Modificación del método jurídico.** Se pueden distinguir dos cuestiones: a) El método para crear nuevas reglas jurídicas; b) El método para aplicarlas.

a) *Método de creación de reglas.* En Roma la creación de reglas era un proceso complejo. Se observaba la realidad social, se dialogaba (el proceso es dialéctico, es un diálogo) y se valoraba haciendo análisis de casos concretos. De las soluciones de los casos se extraían las reglas generales.

Ahora es el legislador —que es un político, no un jurista— quien hace las reglas. Es cierto que generalmente se hace asesorar por juristas —al menos eso es lo que se supone—. Ellos a su vez, tienen en cuenta para su elaboración la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina, según se dice. Debe sin embargo, advertirse que muchas reformas legislativas, tratándose de un poder político, son fruto de improvisaciones, y de intereses o transacciones políticas y no guardan relación o el cuidado debido para no alterar el sistema vigente. El cambio es rotundo, contundente.

La diferencia se ilustra del siguiente modo: los romanos partían del caso concreto para inducir una regla general. Los modernos parten de la regla legislada para solucionar el caso concreto.

Lo justo en su origen romano está vinculado al proceso judicial. Sin juicio no se puede conocer lo que es justo. Los modernos se creen capaces de declarar lo justo de un modo abstracto. Quizás la explicación pueda estar en el hecho de que, en Roma, se creía en una justicia objetiva y modernamente se considera que la justi-

cia es artificial, se la fabrica. No es obra de un científico que investiga, sino de un ingeniero que la construye, sólo se necesita visión de planificador más que de descubridor.

b) *Método de interpretación.* Modernamente, nuestro Código, como muchos otros, impone el siguiente orden: las palabras de la ley; su espíritu; las leyes análogas y los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Pero ellos son demasiado generales y necesitan a su vez alguna interpretación y guía, para saber cuándo y cómo se debe emplear a cada uno de ellos. De este modo han surgido infinidad de escuelas, a cual más diversa la una de la otra y a veces totalmente contradictorias. Se encuentran en cualquier manual o introducción al derecho.

Lo interesante es advertir que, no pudiendo ya los juristas crear el derecho, se han dedicado con pasión a la tarea de interpretar las reglas o textos legales. Y como no hay algunos principios o elementos concordantes, sus discrepancias son altamente decepcionantes. Dan una impresión de anarquía y confusión que hacen dudar de que se pueda construir una disciplina científica con tan endeble bases.

Los romanos, por su parte, solían disentir sobre la interpretación de una regla, pero nada comparable a la multiplicidad de escuelas que se han originado en los últimos cien años.

Según Cueto Rúa (*Las fuentes del Derecho*, pág. 187): «Las dos famosas escuelas romanas, la de los proculeianos y la de los sabinianos no se encontraban separadas por problemas doctrinarios. Coincidían en los temas más importantes, aunque mediaban algunas divergencias menores. Por lo tanto, no se distinguían entre sí como lo hacen las modernas escuelas jurídicas, según algunos principios básicos que hacen a la esencia del Derecho o a las técnicas metódicas, sino teniendo en cuenta la persona de sus fundadores y los diversos maestros que la integraban.

Como se ve, nada comparable a la multiplicidad de escuelas modernas.

4) *Codificación.* Es cierto que el derecho romano terminó codificándose pero como sostiene Leclercq, el *Corpus Juris Civilis* no tenía relaciones sino lejanas con lo que nosotros llamamos un código, pudiendo considerarse que era una mera recopilación de principios, lo que exigía una importante labor de explicación e in-

5) *Racionalismo y abstraccionismo*. Estos rasgos, propios de la teoría jurídica, a mi entender se dan también en la praxis del derecho moderno.

Con la revolución francesa se impone el racionalismo. Cada vez que un problema grave azota la sociedad, el primer y socorrido recurso es establecer o aumentar las penas. Pareciera que el modelo de hombre que tienen algunos legisladores es el de un ser racional que reacciona reflexivamente y, por lo tanto, es disuadido de ciertas acciones por el deseo de huir de las sanciones. Se hace un cálculo de bienes y males, de modo tal que, aumentando las sanciones su efecto es persuasivo.

Unido al racionalismo implícito de muchos textos legales está el abstraccionismo. Es claro que las reglas deben ser generales, pero generalidad no significa universalidad, ni tampoco prescindencia de la realidad, del esfuerzo de conocer la vida social, de partir de lo contingente, de lo concreto. Frente al casuismo romano que llegaba a lo general por una prudente inducción y que era cuidadoso en la aplicación de los principios, consciente de la situacionalidad de la justicia, parece advertirse una actitud opuesta en nuestros contemporáneos. Son amigos de las abstracciones y de las deducciones. Se quiere prescindir de la contingencia y de la singularidad.

Conclusiones

El proceso experimentado por el Derecho en las dos últimas centurias contribuye a explicar sus profundas contradicciones doctrinarias. Primero porque se trata de un saber en parte filosófico. Y todo saber de este tipo es por sí mismo polémico, y en segundo lugar debido a la gran autonomía individual adquirida por el hombre moderno, que lo lleva a tener como criterio fundamental de sus decisiones, aquello que le parece razonable. El clima social impele de un modo particular al hombre instruido a tener su propia opinión y no aceptar aquéllo que no le parece correcto, sin que el criterio de autoridad tenga influencia alguna.

Otra cuestión interesante que se esclarece es la que versa sobre las causas de los cambios doctrinarios en la sociedad. Los sociólogos tienden a privilegiar los factores sociales, los filósofos la

influencia ideológica. Los primeros tienden a considerar que las necesidades e intereses mueven a la acción, y que ésta genera las ideas que la justifican, o al menos que no la contradicen. Los segundos sostienen que las ideas mueven al mundo y se inclinan a explicar todos los cambios sociales por la variación de los modos de pensar que tienen lugar en la sociedad, los que a su vez, son el resultado de razonamientos lógicos. Ambos sectores están inclinados a tomar una posición unilateral. A conceder la preeminencia al factor a cuyo estudio se dedican. La realidad parece ser diferente: en lo social reina la interacción. Los hechos producen ideas, pero también las ideas generan conductas. Siguiendo a Bordeaux, podríamos completarlo. Él decía "*hay hombres que viven como piensan y otros que piensan como viven*". Se puede decir que hay sociedades que viven según sus ideologías y otras cuyas ideologías dependen de sus costumbres, pero quizás la mayoría está ubicada en una tercera categoría, las que, en algunos aspectos, sus valores dependen de las costumbres vigentes, y en otros aspectos, las costumbres vigentes se adaptan a sus valores.

En conclusión, parece haber una conformidad entre ideas o valores y realidad, entre pensamiento y vida, entre teoría y praxis. Pero ello no es normalmente el resultado de la imposición de un factor sobre el otro, sino de una interacción dialéctica. Ambos influyen y sufren la influencia del otro.

Pienso que eso ha ocurrido en la transformación del derecho contemporáneo. No es el resultado exclusivo de las ideas de Occam, de Hobbes, de Kant, de la Escuela de Derecho Natural, etc., o de una reacción contra ellas. Es también el fruto de las condiciones sociales nuevas en que se desarrolla el derecho, que han favorecido ciertos puntos de vista y han obstaculizado el desenvolvimiento de otros. No se puede comprender los caracteres del derecho moderno sin tomar en consideración ambos factores.

Otras conclusiones

Se puede afirmar que el desarrollo del derecho, desde sus más lejanos orígenes hasta la actualidad ha pasado por tres grandes etapas: a) Una primera embrionaria, que se da en todos los pueblos primitivos. No hay clara conciencia de una justicia objetiva y del

método para su descubrimiento; b) El nacimiento del derecho en Roma; 3) El gran cambio que experimenta el derecho en los tiempos modernos, luego de la revolución francesa. Se trata de una transformación tan profunda y radical que bien merece ser calificada de revolución, viviéndose actualmente en una verdadera situación de caos jurídico.

En lo que se refiere a la *praxis jurídica* el gran cambio moderno, se puede decir, es triple:

a) Se ha modificado sustancialmente la *forma de creación de las reglas de derecho*. En Roma, era obra principalmente del pretor auxiliado por los juristas. Se partía del caso concreto para determinar la solución justa, y de ella se extraía la regla general. Modernamente es obra de un cuerpo político, el poder legislativo, quien dicta las leyes donde están contenidas las reglas. El proceso se ha invertido: los romanos partían de lo particular para llegar a los principios generales; los modernos parten de lo general para solucionar los casos concretos.

b) *Ha variado el centro de gravedad del derecho*. En Roma la preeminencia de las fuentes era variada, existía una multiplicidad de fuentes. Los preceptos jurídicos se objetivaban de diversas formas, especificadas por su origen. En cuanto a las normas jurídicas del pueblo romano, las mismas surgen de las leyes, de los plebiscitos, de los senadoconsultos, de las constituciones imperiales, de los edictos emanados de quienes tienen el *ius edicendi*, de las respuestas de los prudentes, según lo afirma Massini. Modernamente la preeminencia la tiene la ley con exceso. Casi se puede decir que en muchos países se vive un monismo legalista.

c) De aquí se deriva otra diferencia aunque de menor cuantía. En Roma *la evolución del derecho* era suave, lenta, casi inconsciente, como producto de las variaciones jurisprudenciales. Modernamente los cambios son bruscos, instantáneos, como resultado de modificar las leyes.

En cuanto a *la doctrina*, los grandes debates versan sobre los siguientes temas:

a) *Naturaleza de la justicia*. Frente al concepto tradicional consistente en el reparto igualitario (dar a cada uno lo suyo) y a la idea de una justicia objetiva, los modernos aceptan una justicia artificial y variable, que adapta por lo menos dos tipos diferentes: 1)

La conformidad con lo mandado en las leyes; b) La conformidad con lo manifestado por la opinión pública. Cossio lo expresa así: es justo lo que decide el acuerdo societario o intersubjetivo. La justicia se vuelve variable a tenor de las modificaciones de los valores sociales.

b) *Naturaleza del conocimiento jurídico.* Esta cuestión está íntimamente unida a la anterior. Si el derecho se identifica con la noción tradicional de justicia, no queda duda que su saber es problemático. Se trataría de un saber polémico. Si, en cambio, se acepta la noción actual, se tiende según ciertas escuelas a convertir su conocimiento en un saber casi semejante a la ciencia experimental. Se vuelve, en consecuencia un saber sistemático o axiomático.

c) *Distinción dentro de las leyes de las reglas jurídicas.* Los autores modernos no distinguen, generalmente, las normas de las reglas. Pero el caso es que el legislador cuando dicta leyes, encierra a ambos tipos que son sustancialmente diversos. Las normas prescriben generalmente deberes para con el bien común y son políticas. Las reglas enseñan criterios de justicia de los cuales se desprenden obligaciones jurídicas. La distinción se ha perdido en la actualidad, con grave detrimento para el correcto saber jurídico. Las reglas están ahora contenidas en las leyes. Son generalmente una parte de ellas, aunque en la práctica son descubiertas por la doctrina o la jurisprudencia.

d) *Fin del derecho.* Los romanos, eminentemente prácticos no se preocuparon mayormente por el fin del derecho. Pero quien estudia su derecho no tarda en advertir que en Roma, la primera y directa finalidad del derecho era el reparto igualitario de los bienes litigiosos. En segundo lugar estaba el bien común. Él era un resultado, si se quiere, inevitable del primero. La justicia particular aseguraba la paz y con ella en gran medida el bien común. Es cierto que no se permitía un reparto que afectara el bien común, pero eso no significa que se lo persiga por sí mismo, sino que era una condición de un buen reparto. Si se altera el orden o la seguridad, nadie puede gozar de sus bienes.

Los modernos, por el contrario tienden a considerar que el derecho persigue directa y fundamentalmente el bien común. Esto guarda correspondencia con la idea que las leyes —que sí tienden

al bien común— en cuanto preceptivas constituyen la forma de expresarse del derecho.

e) *Forma de lograr la seguridad.* La seguridad corresponde a la justicia general. El derecho aunque no la persiga directamente la protege como condición para un buen reparto. No hay divergencia en que de algún modo la pretende o la persigue. El problema son los medios. Los romanos la obtenían procurando buenos jueces, competentes, bien asesorados por expertos prudentes. Modernamente se recurre a los códigos con la esperanza de que en ellos se encuentre la solución casi infalible de todos los litigios.

LOS CONTROLES PARA EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA *

por JOSÉ RAÚL HEREDIA **

I. Introducción

El Consejo de la Magistratura, como método y órgano de selección y proposición de jueces, ha arribado a la Constitución Nacional fruto de la reforma de 1994. Argentina se suma entonces a otros cinco países que en el ámbito latinoamericano lo han instaurado, con distintas denominaciones y en diferentes épocas; ellos son: **Venezuela** —Consejo de la Magistratura, art. 217 Const. de 1961, ref. 1973 y 1983—, **Colombia** —Consejo Superior de la Judicatura, arts. 254 a 257, Const. de 1991—, **El Salvador** —Consejo Nacional de la Judicatura, art. 187 Const. de 1983 con las reformas de 1991 y 1992—, **Perú** —Consejo Nacional de la Magistratura, arts. 245 a 249, Const. de 1979— y **Paraguay** —Consejo de la Magistratura, arts. 262 a 264 Const. 1992—. Y, en el ámbito europeo, a **Francia, Italia, España, Portugal, Grecia, Rumania y Turquía**.

Estamos en un tema de los más complejos que el Derecho Constitucional puede exhibir: el de los sistemas de designación de jueces. De mis estudios del Derecho Penal registro esta expresión, dedicada a la difícilísima cuestión de la relación de

(*) Este trabajo corresponde al discurso de incorporación de su autor como miembro correspondiente de la Academia, pronunciado en la sesión del día 4 de julio de 1996.

(**) Miembro correspondiente en Chubut.

causalidad: se le ha llamado ;“la desesperación de los juristas”! Ricardo NÚÑEZ destaca que la primera dificultad que el tema presenta es la abundante literatura existente para examinar las diferentes posturas científicas en torno del mismo, al punto que JIMÉNEZ DE ASÚA le dedica más de doscientas páginas en su voluminoso Tratado. Pues bien, de un modo análogo, creo advertir que este tema de los sistemas de designación de los jueces y funcionarios judiciales puede igualmente mencionarse como desesperante porque los muchos conocidos tienen en común que son merecedores de críticas por igual. Y porque ellos aparecen tan esencialmente ligados a la alta misión de administrar Justicia y a su perfeccionamiento, se comprende esa complejidad.

II. El Consejo de la Magistratura y su pertenencia a un sistema político

Interesa localizar los orígenes de la institución. En tal sentido, empiezo por dar razón al Dr. Alberto Antonio SPOTA; en forma muy breve, recuerdo lo que él afirma: «El Consejo de la Magistratura integra e integró siempre, desde que se lo conoce en la Europa continental, un sistema político caracterizado por un conjunto de estructuras que le son coetáneas, y además que lo condicionan». Agrega que el Consejo —y los antecedentes que lo configuraron— se da en determinada época, en función de ciertas circunstancias y en ciertos lugares de la tierra (“El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional”, en diario *La Ley* del 22 de setiembre de 1955, pág. 1).

Concluye en que el Consejo de la Magistratura es una institución absolutamente ajena al sistema político de distribución de poderes a la manera norteamericana, que es la nuestra, y a su esencia, pues el Consejo corresponde a estructuras en las cuales el juez administra justicia, y nada más. Entre nosotros, los jueces administran justicia y tienen capacidad de control de constitucionalidad, lo que los hace un Poder Judicial (*ibíd.*).

III. Europa, la idea de la separación de los poderes, su visión de los jueces y del control de constitucionalidad. El Poder Judicial como *Poder* y como Administración de Justicia.

Importa subrayar la visión europea de los jueces, de su dimensión institucional y del control de constitucionalidad; resultará conveniente referirse, muy de paso, a una cuestión que parece ser de orden terminológico pero que tiene proyecciones más profundas: es la relativa a las expresiones “Poder Judicial” y “Administración de Justicia”. Destaca Manuel José TEROL BECERRA en su estudio sobre *El Consejo General del Poder Judicial* (centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985) que en la Constitución española, conforme con una larga tradición histórica, que arranca en 1812, ambas expresiones son intercambiables, prefiriéndose por el constituyente la primera para tratar el aspecto orgánico y la segunda para el aspecto funcional del Poder Judicial. Entre nosotros, la Constitución de 1853/60 empleó la expresión “administración de justicia” en el Art. 5º, al imponer las cinco condiciones a las provincias bajo las cuales les garantiza el goce y ejercicio de sus instituciones, y en el Art. 107 que autorizó a las provincias a celebrar tratados parciales; ahora se emplea también en el inc. 3º del párrafo tercero del Art. 114. Ello no obstante, los autores nunca han dudado de la dimensión de *Poder* que inviste el Poder Judicial —así nombrado en la Sección Tercera del Título Primero de la Segunda Parte—, como lo es en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. LINARES QUINTANA ha señalado muy bien que «es la función de freno y fiscalización que cada uno de los órganos del gobierno ejerce con respecto a los otros órganos lo que más esencialmente caracteriza al principio de la división de los poderes, que de otra manera no pasaría de ser nada más que una mera clasificación de las funciones estatales de acuerdo con el (precitado) principio de la división del trabajo» (*La Constitución Interpretada*, Ed. Depalma, 1960, pág. 314); ello no significa negar a Jellinek y su unidad e indivisibilidad del Estado, sino atender a la doctrina genuina del equilibrio del poder, de los frenos, de los pesos y contrapesos; pero es posible citar alguna Constitución, como la de La Rioja de 1986, que abandona la

denominación de poder para hablar de “Función Legislativa”, “Función Ejecutiva” y “Función Judicial”. O la de Colombia de 1991, que las denomina “Ramas”.

Aunque las Constituciones europeas remarquen la independencia y el carácter de poder del Poder Judicial —v.gr., art. 104 de la italiana, o el nomen del Título IV de la española y su art. 117.1—, sabemos que él no alcanza allí la misma dimensión institucional que entre nosotros: los jueces no ejercen el control de constitucionalidad. Es cierto que es posible encontrar una revalorización de la función de los jueces en Europa occidental; con el advenimiento del Estado Social, superador del abstencionismo liberal, la ley pasa a ser un medio para la realización de cambiantes fines políticos, que se traduce en luchas de intereses contrapuestos concretos en el ámbito del parlamento, como destaca Otto BACHOF en su obra *Jueces y Constitución* (citado por Terol Becerra, cit.). La tradicional confianza en el parlamento da paso a la idea de que debe existir un contrapeso que proteja los valores superiores y el orden que la Constitución ha establecido: esa misión corresponde a los jueces, dice el citado autor. Esa revalorización de la función judicial queda de manifiesto en las constituciones europeas posteriores a la segunda guerra mundial.

Pero el control de constitucionalidad queda deferido a un órgano concentrado, como una suerte de transacción con antiguos dogmas; así, el **Tribunal Constitucional en España** (Título IX, arts. 159 y sigs., C.e.) que no pertenece estrictamente al Poder Judicial. Allí está reducida la función judicial a lo contencioso, según el pensamiento de HAURIUO, que le negó naturaleza política a la autoridad judicial. El Tribunal Constitucional español, en sentencia de 26 de enero de 1981, ha sentado que a él le corresponde afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos (*Constitución Española*, edición preparada por Juan José González Rivas, Joaquín Huelin y Martínez Velasco y José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, COLEX, Madrid, 1988, pág. 195).

Y SÁNCHEZ AGESTA (*Sistema Político de la Constitución Española*, sexta edición, Ed. Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991: v. págs. 308, ap. 2, y 449), aclara: «En esta valoración general incluimos el Tribu-

nal Constitucional como un órgano más de la justicia, aunque es cierto que hay que distinguirlo de lo que la Constitución llama estrictamente el "Poder Judicial"». Más adelante, amplía el concepto: «...El Tribunal Constitucional es un Tribunal especial, al margen y en cierta manera superior a la organización judicial, que define un sistema de justicia constitucional concentrada o especializada, en que se atribuye a un órgano judicial especial esta función específica de protección constitucional».

En Francia, dice Javier PARDO FALCÓN —en su brillante tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla sobre la *Jurisdicción Constitucional en la Quinta República*—: «La función del control de constitucionalidad de las normas es hoy (...) la más importante de todas cuantas lleva a cabo el Consejo Constitucional, y la que lo ha situado en un lugar preeminente dentro del sistema político francés, sobre todo a partir de la protección que, por medio de su jurisprudencia, ha comenzado a ejercer sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos» (pág. 113).

Semejantemente, en sus *Lecciones de Derecho Constitucional*, Alessandro Pizzorusso se refiere a las funciones del Tribunal Constitucional destacando que, por contraste con los demás órganos supremos del Estado previstos en la Constitución de 1948, el Tribunal carece prácticamente de precedentes en la historia italiana (traducción de Javier Jiménez Campo, ed. centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, II, pág. 1).

No cabe, entonces, confundir los orígenes de los sistemas de control de constitucionalidad, el modo en que operan y sus efectos; el nuestro es de origen norteamericano —una de las tres fuentes que ha nutrido nuestro constitucionalismo, junto con el esquema de pesos y contrapesos del viejo derecho inglés y el dogma de los derechos individuales, de la Revolución Francesa, como lo enseñaba César Enrique ROMERO—. Todos los jueces están dotados de la potestad de declarar la inconstitucionalidad y no tan sólo de propiciarla remitiendo la causa a un órgano especializado, sea éste más jurídico que político o viceversa. El derecho público de las provincias, tantas veces innovador respecto del federal, ha contemplado en algún caso el Tribunal Constitu-

cional, como en la **Constitución de Tucumán de 1990**, Arts. 133 y 134; a su vez, en la **Constitución de Córdoba** (Art. 165) —y en las de **Tierra del Fuego** (Art. 157) y **Chubut** (Art. 179), que la han seguido— existe de algún modo una instancia concentrada, obligatoria, deferida a los Superiores Tribunales de Justicia, para conocer y resolver, originaria y exclusivamente y en pleno, las demandas de inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas; aunque los demás jueces pueden declarar la inconstitucionalidad planteada por vía de defensas o excepciones, o, aun, adentrarse en el examen de oficio. Tales previsiones amplían en mi criterio lo que Pedro FRÍAS llamó ha tiempo un **control atípico de constitucionalidad** en el derecho público provincial, refiriéndose a los efectos derogatorios de la ley que las sentencias de los máximos órganos jurisdiccionales provocan según disposiciones expresas de algunas constituciones. Por fin, es dable encontrar expresamente establecida la imperatividad de los pronunciamientos de los superiores tribunales para todos los jueces inferiores, como en las **Constituciones de San Juan** (Art. 209, bajo el nomen de Jurisprudencia vinculante) y de **La Rioja** (Art. 143, bajo el nomen de Jurisprudencia obligatoria). Matices que no nos alejan de aquel sistema de control de constitucionalidad.

Podemos concluir en que la independencia del Poder Judicial, entendida entre nosotros, al menos en su conformación conceptual y dogmática, como en los Estados Unidos de Norteamérica, es, en cambio, una idea fuerza novedosa en los textos constitucionales europeos: «...Se trata de un fenómeno relativamente nuevo, que es posible constatar originariamente en algunos textos constitucionales europeos del período de entre guerras (cita aquí el art. 102 de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919: “*los jueces son independientes y sólo están sometidos a la ley*”) y que se generalizará luego, tras la Segunda Guerra Mundial, a casi todas las constituciones actualmente vigentes de la Europa Occidental», destaca Terol Becerra (ob. cit., pág. 41). En España, la Constitución de 1931 proclama por primera vez la independencia del Poder Judicial (*ibidem.*, pág. 43), al igual que la actual (1978) que la predica respecto de los jueces (Art. 117.1).

IV. El Consejo de la Magistratura en cuanto institución diseñada como garantía de independencia judicial

Sin perder de vista lo dicho y como un paso más en su desarrollo, hay que resaltar que el Consejo de la Magistratura es una institución pensada para reforzar la independencia de los jueces, que se añade a los principios tradicionales que han consagrado las constituciones, según lo indica el citado autor español: «Nuestra Constitución (...) no se ha limitado a contemplar los tradicionales instrumentos de protección de la independencia judicial descritos, pues ha creado además el Consejo General del Poder Judicial como mecanismo de garantía institucional que viene a sumarse a los anteriores...» (Terol Becerra, ob. cit., pág. 50). Añadido, remarca, a la tradicional inamovilidad del juez y al sometimiento de éste a la ley. Y ubica el origen de «esta forma de garantía constitucional» en la Constitución francesa de 1946, que dedicó su Título IX a regular el Consejo Superior de la Magistratura, precedente de los Consejos de Italia (1947) y más tarde, siguiendo su ejemplo, de España (1978), como lo harían los textos portugués y griego. Empero, no alcanzó ese objetivo el Consejo francés, fracaso que unos atribuyen a la influencia de la presencia del Presidente de la República y a que éste designaba dos de sus miembros (como Georges VEDEL), y otros, como SPOTA, achacan el desprestigio de la institución al tema del manejo de los fondos por el Consejo, además de los avatares políticos que acabaron con la Cuarta República.

V. Antecedentes y fines posibles de la recepción del Consejo de la Magistratura en el Art. 114 de la C.N.

Y bien: creo que, luego de esta brevísima reseña para ubicar histórica, política e institucionalmente al Consejo de la Magistratura, cabe detenerse a contestar estas preguntas: ¿Cómo arriba el Consejo de la Magistratura a la Constitución Argentina? ¿Cuáles fueron los reclamos y las necesidades para su incorporación? ¿Qué objetivos se persiguen? Estos y otros interrogantes ocupan a los autores en nuestros días, no sólo desde un interés ex-

positivo y exegético de un instituto del Derecho Constitucional, sino vinculado al debate que está instalado en el Congreso nacional que debe —debió hacerlo ya— sancionar la ley regulatoria del mismo.

El Consejo de la Magistratura fue extraño a la Constitución Nacional y a las provincias hasta 1957, en que el Chaco lo inauguró y Río Negro de algún modo lo anticipó; hasta entonces, las provincias siguieron el sistema, *político*, lo digo desde ahora, de la Constitución Nacional —que es el de la Constitución norteamericana—; excepcionalmente, en Chubut se adoptó un sistema fuertemente corporativo, en que los abogados proponían ternas al Superior Tribunal de Justicia para el ingreso a la carrera judicial, que la práctica extendió a los ascensos, debiendo mediar antes de la designación por el Tribunal el acuerdo legislativo. El **modelo Chubut de 1957**, dejado de lado por la Constitución de 1994, se pareció al Consejo de la Magistratura precisamente por su base corporativa. Pero, notablemente, no participaban los jueces y funcionarios judiciales en el sistema —aunque la ley 3760, que impulsé como legislador, les acordó ingerencia en una Comisión Técnica Asesora, con voz pero sin voto para no traicionar la Constitución—. Encontré lo que podría constituir un antiguo antecedente de esta participación de los abogados en la designación de jueces, en el Estatuto Provisional de mayo de 1815, que previó que el nombramiento de “los individuos de las Cámaras”, como decía, lo haría el Director del Estado a propuesta del Cuerpo de Abogados, residentes en la ciudad del asiento de dichas Cámaras.

El ciclo constituyente inaugurado por la Constitución santiagueña de marzo de 1986, ya exhibe una aceptación mayor del Consejo de la Magistratura como sistema de designación. Así, se lo ha incorporado en las constituciones de **Río Negro** —es posible distinguir dos Consejos en ella—, de **Santiago del Estero**, de **San Juan**, de **San Luis**, de **Tierra del Fuego**, de **La Pampa**, de **Buenos Aires**, lo mantiene la del **Chaco** de 1994, y la del **Chubut** de 1994, instaura su modelo de base parcialmente popular, inédito hasta él; la de **Formosa** de 1991 le ha permitido a la ley crear el Consejo (Art. 166).

Pero no puede decirse que la Nación haya abrevado en las provincias para moldear el Consejo previsto en el **Art. 114 C.N.**;

por de pronto, conviene subrayar la motivación que la dirigencia política tuvo para decidir su incorporación. Quien ha sido tal vez el político que con más énfasis propició la adopción del Consejo, el Dr. Raúl ALFONSÍN, ha escrito en estos días (*Democracia y Consenso - A Propósito de la Reforma Constitucional*, Tiempo de Ideas, Ediciones Corregidor, marzo de 1996, pág. 172) sobre el tema que me ocupa: «La reforma debía procurar un Poder Judicial imparcial e independiente. Para ello, se hacía imprescindible cambiar el sistema de designación de los jueces (...) Creíamos indispensable la creación de un Consejo de la Magistratura integrado por jueces, abogados, académicos y representantes de los principales bloques del Congreso, que interviniera en la designación y remoción de los jueces, en la administración de recursos humanos, organizativos y presupuestarios así como en el mantenimiento de la disciplina dentro del sistema. Tal es el caso de España e Italia, por ejemplo». Es posible extraer de aquí el origen político de la idea del Consejo de la Magistratura, cristalizada en la Constitución luego del "Pacto de Olivos", transacción que posibilitó la reforma de 1994 con reelección presidencial.

De otra parte, no es dudoso que ha servido de base el Consejo General del Poder Judicial, consagrado en el artículo 122 C.e. y, desde él, el Consejo italiano. Hay que subrayar que algunas previsiones del Artículo 114 de la C.N. no responden a los modelos español, italiano o francés; así lo ha destacado acertadamente Spota respecto del inciso 3°, relativo al manejo de fondos. Por ello Alberto BIANCHI agrega la influencia, tal vez, del Consejo de Colombia por su composición plural y sus funciones.

Asimismo, es posible retomar la idea de que el Consejo de la Magistratura tuvo el propósito, según la aspiración del constituyente de 1994, de propender a lograr la independencia de los jueces y aun conquistar una eficacia en el servicio de justicia de la que estamos lejos.

Enrique PAIXAO, que fue convencional en Santa Fe-Paraná, ha escrito: «La crisis judicial puede ser sintetizada en tres conceptos centrales: una crisis técnica —o de infraestructura—, una crisis institucional —relacionada con la antigüedad (y consecuente pérdida de eficacia) del diseño de los órganos judiciales y de los sistemas procesales— y una crisis política, relacionada con la manipu-

lación de designaciones y decisiones, y vinculada con la pérdida generalizada de confianza pública en la justicia. Esta última fase es particularmente perversa, pues el cuestionamiento de algunas magistraturas importantes suele ser visto por la opinión pública como motivo bastante para poner en duda la integridad e idoneidad de un alto número de jueces, las más de las veces injustamente» (*La Reforma de la Constitución*, autores varios, Ed. Rubinzal-Culzoni, Cap. X, pág. 411).

Creo que puede discutirse, con Spota, si fue acertado y necesario el cambiar de fuente, de cultura jurídica, con la finalidad de superar esas falencias y desvíos.

Lo cierto es que el Consejo de la Magistratura está entre nosotros y ha llegado para quedarse; y entonces hay que asumirlo, como todas las demás reformas de 1994, en los hechos y propender a su mejor realización.

VI. Entre la politización y el corporativismo.

Las experiencias existentes

Sin poder detenerme en las experiencias de los Consejos europeos, debo decir, en otro avance, que dos peligros se han cernido —y se ciernen— sobre esta institución: *el peligro de la politización y el peligro del corporativismo*.

Los dos peligros mencionados deben examinarse en relación con la **composición y el modo de designación de los consejeros** y, después, en el **funcionamiento concreto del Consejo de la Magistratura**. Se ha criticado la amplitud de las pautas que el Art. 114 C.N. fija para la posterior regulación del legislador infraconstitucional; la misma cuestión fue debatida en España durante el proceso de formación del artículo 122.3 C.e. y, luego, a propósito de la redacción de la Ley Orgánica de su desarrollo —1/1980, de 10 de enero—, y de su reforma por ley 6/1985, de 1 de julio. Allí hubo de indagarse en la intención del constituyente y en los antecedentes de la norma a fin de examinar la constitucionalidad de las regulaciones orgánicas, debate particularmente relacionado con el modo de designación de los consejeros correspondientes a **todas las categorías judiciales**.

No fue igual la solución que el legislador dio en la ley orgánica 1/1980 que en la 6/1985 en España; en la primera se previó que los doce vocales de procedencia judicial fueran elegidos por Jueces y Magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales. Y se aclaraba que los vocales de procedencia judicial serían elegidos por todos los Jueces y Magistrados en actividad, autorizándose al Reglamento de Organización del Consejo para disponer la celebración de elecciones por separado por determinadas categorías. Pedro FRÍAS ha señalado que esto propició una fuerte agremiación de los jueces y por ello sugirió que sería mejor, para evitar ese efecto no deseable, que se integrara el Consejo directamente con los Presidentes de las Cámaras, en rotación, solución que, sin embargo, no se ha seguido (v. sus comentarios a la nueva Constitución del Chubut, en *E.D.* de 21 de noviembre de 1994).

A pesar del consenso inicial con que contó la solución de 1980, se propició después que la designación de los veinte vocales del Consejo General, incluidos los doce de procedencia judicial, se realizase a propuesta del Congreso de los Diputados y del Senado por mayoría de tres quintos de sus miembros. Se descorría hacia las Cortes Generales lo que había sido una facultad de los mismos magistrados y jueces.

La razón aducida fue que con ello se pretendía dotar de plena efectividad al principio incluido en el art. 117.1 de la Constitución, según el cual «**la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey**», pues, al recaer en las Cámaras legislativas el nombramiento de los vocales del Consejo se dignificaba todavía más a dicho órgano y sus miembros obtenían una legitimación aún mayor, siendo elegidos por los únicos representantes de la soberanía popular, investidos así los consejeros de la legitimidad popular exigida por los postulados del Estado social y democrático de derecho instaurado por la Constitución (Terol Becerra, cit.).

Interesa esta argumentación, esgrimida por Granados Caleros en representación del Grupo Socialista; sostendría que «...**la confusión entre el Gobierno de las instituciones del Estado y de los sectores sociales ligados a estas instituciones por razones profesionales, económicas o sociales, supone el retorno a la llamada representación corporativa, esto es, la sustitución de la democracia tanto participativa como representativa por otro sistema**

político que no tiene por objeto la representación popular, sino la promoción de intereses sociales específicos» (*ibidem*).

Los partidarios de mantener el sistema de designación de los consejeros judiciales que contemplaba la entonces vigente Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, sostuvieron que esa propuesta pretendía convertir el órgano de gobierno del Poder Judicial en algo parecido a un comisionado de las Cortes, en detrimento de la independencia judicial. Aunque aceptaban que el art. 122.3 de la Constitución podía tener varias interpretaciones distintas (*ibidem*).

Un debate semejante se sostuvo en Francia, como recuerda Georges VEDEL, respecto de la composición del primer Consejo Superior de la Magistratura. Decía: «**Si se hace del Consejo un órgano reclutado entre los magistrados mismos y elegidos por ellos, se corre el riesgo de restablecer “cuerpos judiciales”, Estado dentro del Estado, que fue una de las calamidades del antiguo régimen**». Mientras que si se los designa por las Asambleas Políticas, se sustrae a los magistrados de la influencia del Gobierno para ponerlos bajo la del Parlamento, lo que no es preferible para su independencia (*Droit Constitutionnel*, citado por Terol Becerra, cit.).

En fin, por lo que sé, el debate, de altos decibeles políticos, se registró también en Paraguay respecto de la integración del Consejo instaurado por la Constitución de 1992.

VII. El Consejo de la Magistratura y potenciales conflictos de competencia en la relación con los poderes del Estado

Las mismas cuestiones nutren las fuertes diferencias entre el oficialismo y la oposición en el Congreso Argentino. Creo que en la Convención de Santa Fe-Paraná los acuerdos previos a su reunión y los que se tejieron durante su desarrollo, no alcanzaron para alumbrar un texto más preciso: ha quedado abierta, entonces, una tarea de perfiles laxos para el Congreso, que auspicia ese debate. No es dudoso que la Corte Suprema deba intervenir entre nosotros como intérprete de la Constitución cuando el Senado ha dado media sanción a un Proyecto al que se le imputa la pretensión de subordinar al poder político la independencia judicial.

Acaso sea recomendable recordar que el Tribunal Constitucional español hubo de dirimir diferencias, al expedirse sobre una cuestión de competencia planteada por el propio Consejo General; y destaco lo resuelto en un recurso de inconstitucionalidad deducido por cincuenta y cinco diputados quienes consideraban la nueva forma de designación de los miembros del Consejo atentatoria contra la independencia del Poder Judicial. El Tribunal rechazó el planteo por entender que no podía sostenerse que la independencia judicial y la creación constitucional del Consejo General comportasen, como afirmaban los recurrentes, el reconocimiento por la Constitución de una autonomía de la judicatura —entendida como conjunto de todos los magistrados y jueces de carrera— y, en consecuencia, la facultad de autogobierno de ese conjunto de magistrados y jueces cuyo órgano sería precisamente el Consejo (Terol Berra, cit.).

Como se apreciará, la eventualidad de que el Consejo de la Magistratura planteara en el futuro una cuestión de competencia en defensa de las atribuciones y prerrogativas que le confiere el Art. 114 de la Constitución, como lo ha hecho el Consejo General del Poder Judicial español, exige reflexionar sobre un sinnúmero de aspectos, tales como los relativos a su legitimación para obrar por sí en juicio y en representación de jueces, en representación del Poder Judicial o de intereses generales, a la competencia del órgano jurisdiccional y a su determinación para entender en semejante controversia, a su calidad de órgano de la Constitución, en fin, todos ellos materia de un riquísimo capítulo del Derecho Constitucional del Poder y de Derecho Procesal con base en la Constitución, sobre lo que ha trabajado Angel J. GÓMEZ MONTORO en un libro admirable denominado *El Conflicto entre Órganos Constitucionales* (colección de estudios constitucionales, Madrid, 1992), enjundioso examen de derecho comparado.

Y conste que la cuestión no es improbable, no sólo porque ha pasado en otros países y en tanto la ley prevista en la Constitución que debe sancionar el Congreso alumbrará necesariamente entre polémicas y no conformará a muchos, especialmente a quienes provengan de las representaciones corporativas, sino porque está pasando en el ámbito de la Provincia del Chubut. Allí, el Consejo de la Magistratura ha planteado lo que llama una cuestión de competen-

cia, en contra del Honorable Concejo de Representantes de Comodoro Rivadavia porque éste rechazó el pedido de acuerdo de un candidato a Juez de Paz titular sobre la base de entender que se habían afectado garantías constitucionales en el procedimiento seguido para la selección del mismo. No es una infidencia este comentario; al contrario, lo señalo porque servirá seguramente como experiencia: no es común que se hagan estudios de campo, como reclama Pedro Frías, que permitirían obviamente detectar si una determinada institución funciona o las causas de su mal funcionamiento.

Es del caso destacar que el Consejo del Chubut se ha sentido lesionado en sus prerrogativas y ha atribuido a un exceso político del Concejo de Representantes el rechazo del pliego, negando que éste tenga competencia o atribución para examinar la constitucionalidad de sus actos que, entiende, sólo está reservado a los jueces. No puedo detenerme más pero es un ejemplo de ejercicio de lo que se siente como poder: los Consejos de la Magistratura, todos ellos, ejercen un poder real, como lo ejercen los jueces; esto no debe perderse de vista. Pedro FRÍAS suele decirnos: **el hombre destila poder**. Y no hay vacuna ni sistema legal contra ello.

VIII. La legitimidad y la independencia del Consejo de la Magistratura. La experiencia en Chubut

Y es aquí donde arribamos a lo que podrían erigirse en los dos ejes centrales de la exposición, que son nada menos que el atinente a la **legitimidad democrática, de origen**, del Consejo de la Magistratura y del mismo Poder Judicial, y el relativo a la **independencia** del Consejo de la Magistratura y a la independencia de los jueces.

Permítanme que diga cómo se ha pretendido resolver esta intrincada cuestión de la legitimidad democrática en Chubut.

La Constitución de 1994 incorporó el Consejo de la Magistratura. Separándose de los modelos conocidos, el Consejo del Chubut está integrado por cinco consejeros populares sobre un total de catorce miembros: si los cargos judiciales han derivado hasta aquí del quehacer de las corporaciones y de los legisladores, desde ahora derivarán también de la voluntad popular, de alguna manera. Se ha creído altamente beneficioso, en términos de asignar real poder

e independencia a los jueces, que éstos puedan afirmarse en la decisión, libre y democrática, de sus pares, de los abogados en ejercicio de la profesión, e, igualmente, de representantes del pueblo, democráticamente elegidos, en elecciones generales. Se mantiene un control político ya que la Legislatura debe prestar el acuerdo, en forma previa a la designación, la que es efectuada por el Consejo de la Magistratura, exigiéndose una mayoría calificada —los dos tercios de votos— para el rechazo del respectivo pliego y previéndose la automática aprobación del mismo si no se expide aquélla en un plazo de treinta días.

El tiempo dirá sobre el futuro de este Consejo; ya puedo decir que no ha nacido conforme las esperanzas y anhelos de muchos de nosotros. De una cosa estoy seguro: en todo caso, no es por razón de la participación del pueblo. Tampoco por ingerencias extrañas. Las disposiciones reglamentarias que se ha sentido autorizado a dictar el Consejo, que han generado estupor, se han debido a la pluma de abogados, aunque cuenten con el aval de todos los miembros; el constituyente del Chubut se esforzó por evitar la corporativización del Consejo en todo lo posible: prohibió la reelección consecutiva de sus miembros, mantuvo la instancia del acuerdo legislativo y, especialmente, puso al pueblo en el Consejo. De todos modos ha ocurrido ya un desvío de comportamiento, se han planteado amparos contra las disposiciones del Consejo y éste, como he dicho, ha promovido una cuestión de competencia pendiente de resolución. Esto hace daño al Poder Judicial y al servicio de justicia y nada tiene que ver aquí la ingerencia del poder político ni de los partidos. Tengo confianza, empero, en el futuro porque es un Consejo nuevo, todavía muy cercano a debates fuertes y a posiciones que fueron derrotadas en las instancias previas a su incorporación en la Constitución. Debo tener confianza porque creo en la inteligencia de nuestro pueblo.

IX. La composición. Los controles para el Consejo de la Magistratura. *Quis custodiet ipsos custodes?*

Y estamos ya en la delicadísima cuestión de los controles para el Consejo de la Magistratura. El Consejo instaurado en el

Art. 114 C.N. es, a diferencia de otros modelos, de integración plural, con alguna semejanza con el Consejo Superior de la Judicatura del artículo 254 de la Constitución de Colombia de 1991, aunque éste reconoce una base más corporativa que el diseñado en nuestra Constitución.

La fórmula empleada por el Art. 114 C.N. exige, además de la **periodicidad de los cargos** —se ha proyectado en el Senado que duren cuatro años, con posibilidad de reelección, lo que creo inconveniente; prefiero la solución de Chubut, que la prohíbe inmediatamente— **un 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.** Luego, completa la integración —de número indeterminado, dejado a la ley— con otras personas del ámbito académico y científico.

Esta previsión auspicia, como he dicho, un serio debate; **¿qué ha querido decirse con la expresión empleada?** Menciono de un modo abreviado dos respuestas antagónicas, de dos ex-conventionales que representan, respectivamente, la posición de la mayoría gobernante y de la oposición política. Así, el Dr. Ricardo GIL LAVEDRA aduce que equilibrio no significa igualdad sino el propósito de que ninguno de los sectores prevalezca sobre el otro; admite que es opinable si el texto constitucional incluye una representación del Poder Ejecutivo, aunque propicia su ausencia «ante la sospecha existente de interferencias a la acción de los jueces» (v. diario *Clarín*, de 9-2-96, pág. 13). Idénticamente, propicia la exclusión de los jueces de la Corte sosteniendo que cuando la Constitución habla de «jueces de todas las instancias» se refiere a que cualquier juez puede ser elegido para integrar el Consejo, lo que apunta a que entre jueces las instancias son de función, no de jerarquía. Y, finalmente, se queja por la desproporción en favor de los abogados conforme el proyecto oficial.

A su vez, el Dr. Rodolfo BARRA, Ministro de Justicia de la Nación, sostiene (v. *Clarín* de 8-2-96, pág. 15) que las competencias que ahora concentra el Consejo con anterioridad se repartían entre los órganos políticos representativos del pueblo y el órgano cabeza de la judicatura. Por ello el constituyente estableció un modelo de integración que hace participar dentro del Consejo a

los mismos actores de la original Constitución de 1853, esto es, el Congreso, el Poder Ejecutivo y Jueces de todas las instancias —que incluye a los de la Corte— agregando a los abogados y a los académicos.

Menciono el punto porque hace al tema de los controles para un Cuerpo que va a ejercer las importantísimas funciones previstas en los seis incisos del tercer párrafo del citado Art. 114, **que antes ejercía la propia Corte Suprema** —como la de administrar los recursos y ejecutar el presupuesto de la administración de justicia, ejercer facultades disciplinarias sobre los jueces y dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial—, **o que ejercía el Poder Ejecutivo** —como la facultad de selección mediante concursos públicos de los postulantes a las magistraturas inferiores y la proposición de ternas vinculantes para su nombramiento— **o que ejercía el Legislativo** —como decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, ordenar en su caso la suspensión y formular la acusación correspondiente—.

Todavía hay que decir que habrá que dotar a los consejeros de inmunidades y prerrogativas, tal vez semejantes a los de los jueces como ha sugerido Alberto GARCÍA LEMA y ha sido la solución en Chubut, cuya ley reglamentaria (la 4086) debió salvar lo que he llamado “**imprevisión**” del constituyente (en *Un Consejo...*). Y sujetarlos a un procedimiento de remoción; la Constitución española delegó en la ley de un modo explícito el punto («...**la ley orgánica establecerá su estatuto y régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario**», reza el art. 122.2). Se ha proyectado en el Senado que sea el Consejo el único juez de los derechos y títulos de sus miembros y que con dos tercios de votos pueda corregir a cualquiera de ellos por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones o suspenderlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación y hasta excluirlo de su seno. Es así también en la ley de Chubut. Y en el artículo 119 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7, del Poder Judicial española.

Pero adviértase que, entonces, no hay posibilidad de control de los otros poderes en la cuestión; asimismo, el propio Consejo —único juez de sus miembros con tal solución— debería también

ser el que recorriera, haciéndolo cesar, si es que la ley, aunque no la Constitución, les acordara ese privilegio, el obstáculo a la persecución penal de que gozan legisladores y jueces. Es, del mismo modo, lo que se ha previsto en Chubut.

Como principio, creo yo que el control institucional, el que ha sido propio en los orígenes del constitucionalismo, limitativo del poder, siempre será necesario: los otros poderes deben tener participación en las cosas de la justicia. Hay que remarcar de nuevo que el Poder Judicial es un poder derivado, el pueblo no elige jueces; de tal manera, que «**los órganos políticos resultantes de la elección popular**», para emplear la polémica expresión contenida en el Art. 114 C.N., han de ejercer control.

Si los jueces no son elegidos popularmente y si, en cambio, se ha optado por un sistema corporativo, mediante el cual un órgano integrado, con exclusividad o con preeminencia, por miembros del mismo Poder Judicial, designa jueces —“**abogados más abogados designan jueces**”, en una suerte de “**hermafroditismo institucional**” se quejó el Dr. José Ignacio CAFFERATA NORES en la Convención Constituyente de Córdoba, al oponerse a la incorporación del Consejo remarcando la **dimensión política** del Poder Judicial—, entonces, si es así, es menester destacar que sufre la legitimidad de origen democrático en tal sistema; no porque las corporaciones no sean democráticas sino en este doble sentido: **primero**, porque las corporaciones se eligen a sí mismas; **segundo**, porque no siempre, y no necesariamente, sus intereses, aun legítimos, han de coincidir con el interés general, el de la sociedad.

Vuelvo a recordar que Mauro CAPPELLETTI, casi alarmado, como nos lo recordó en Trelew, destacó que en sus estudios de los tratados y sistemas procesales de diversos países encontró que había un gran ausente de todos ellos: **el destinatario del servicio de justicia**. Hay que superar con urgencia la idea conforme a la cual la administración de justicia le corresponde a los técnicos, con exclusividad, porque es un hecho técnico que los técnicos deben manejar. Y no entro aquí en la polémica acerca de si los jueces técnicos aventajan o no a los legos o populares, que reflejó, con una opinión que ya no comparto, nuestro gran VÉLEZ MARICONDE (v. *Derecho Procesal Penal*, I, págs. 219 y sigs.) —que, dicho sea de paso, parece haberse superado aquí en Córdoba, cuando el Código

Procesal Penal, sancionado por ley 8123, ha admitido la participación de los jueces escabinos (art. 369)---

Digo: en todo caso, el servicio de justicia —y subrayo lo de servicio, con destinación, entonces, a la sociedad y con carácter de público—, es un hecho social, político, técnicamente conducido.

No se piense que propicio, ni aun indirectamente, la elección popular de los jueces; destaco tan sólo la importancia de la participación de la ciudadanía en su quehacer, porque todos estamos interesados en la mejor Justicia.

Desde este punto de vista, desde el esquema de la tripartición de poderes y de los pesos y contrapesos y aun por razones de legitimidad, me parece preferible el sistema clásico de designación de jueces que es el que ha imperado hasta ahora en el país. En un sistema en que los jueces, se repite, tienen una potestad —*política*— como la del control de constitucionalidad —todos los jueces—, por esa misma razón, en aras del principio de los pesos y contrapesos, connatural al constitucionalismo, el poder político por excelencia, elegido así por el pueblo, debe tener la posibilidad de algún control. Recuerda Julio CUETO RÚA que el Obispo Hoadly acostumbraba decir que el verdadero legislador no era quien pronunciaba por primera vez las palabras de la ley, sino aquél que las pronunciaba de manera final y definitiva (en “La Corte Suprema como Poder del Estado”, *L.L.* 1987-D, pág. 867). «*Quis custodiet ipsos custodes?*» ¿Quién custodia a los custodios? es la gran pregunta que, como Juvenal, a quien recuerda Cappelletti, cabe hacerse, interrogante que reitera Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en un trabajo dedicado al estudio de la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español (v. *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 4, año 1989, pág. 47 y sigs.). Si se piensa en esto, la ingerencia del poder político ha de comprenderse, al menos, como autorizada en un Estado constitucional. Yo me atrevo a decir que es plausible esa ingerencia, que no debe asimilarse a la partidización de la justicia, aunque éste sea un efecto no deseado, comprobable en la práctica, y de un modo casi grosero a veces.

¿Existe un sistema que asegure efectos no deseados?

En Chubut, lo he dicho, el pueblo ejerce un control directo porque está sentado en el Consejo; al respecto, quiero señalar que la ausencia de representantes del pueblo en los Consejos más di-

fundidos, no ha impedido la fuerte politización de éstos: en España, esa fue, precisamente, la razón de que se propiciara el cambio de la primera ley orgánica, para evitar, lo dijo hasta el Tribunal Constitucional admitiendo esa finalidad, que las divisiones ideológicas, muy fuertes en la sociedad, se trasladaran al seno del Consejo y al propio Poder Judicial. En un trabajo titulado "*Crisis política y sistema judicial en Venezuela*" (v. *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 16, año 1993, págs. 95 y sigs.), Rogelio PÉREZ PERDOMO ha escrito: *«El hecho es que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de la Judicatura y el Poder Judicial en su conjunto son vistos como apéndices de los partidos principales y, dentro de ellas, de las redes informales que lo penetran y que el público denomina tribus. Por supuesto, no todos los jueces pertenecen a tribus ni son fieles a grupos políticos, pero los escándalos de la prensa son lo suficientemente numerosos para que la imagen general del Poder Judicial sea negativa...»*. Agrega que la partidización no ha sido el único mal de la justicia venezolana, refiriéndose después a la **ineficiencia** y a la **corrupción**. Y en Venezuela el pueblo no elige consejeros.

El Consejo Nacional reconoce la presencia de los órganos de la representación popular que, porque no distingue la norma constitucional, han de entenderse del Ejecutivo y del Legislativo —Diputados y Senadores—; se añade el control del Presidente, que no ha resignado su potestad de nombramiento de jueces (Art. 99, inc. 4 C.N., párrafo segundo). Si bien la terna es vinculante para el Ejecutivo, el Presidente, señala Spota, no está obligado a enviar el pliego de alguno de los ternados; no podría enviar otro, pero podría retener *sine die* la propuesta. Y, como control político también, la potestad que ejerce el Senado —histórica— en cuanto el nombramiento debe hacerse con su acuerdo (Art. 99, inc. 4 cit.). He dicho que éste es un control político pero ello no quiere significar, como erróneamente, a mi juicio, lo ha pretendido el Consejo del Chubut, que el Senado no esté habilitado para apreciar si los procedimientos seguidos para la selección de los ternados han respetado garantías constitucionales, cuya inobservancia es lo que se achacó a aquél por el Concejo de Representantes de Comodoro Rivadavia. **¡El control de constitucionalidad está atribuido a los jueces pero la defensa de la Constitución compete a todos los poderes públicos!** Obviamente, ni la

terna ni la solicitud de acuerdo por el Ejecutivo tienen carácter vinculante para el Senado, en el sentido de obligar su decisión: puede rechazar el pliego remitido, en decisión que sólo a él compete y que es irrevisable por los jueces, a salvo el control de éstos sobre el procedimiento parlamentario.

Y, finalmente, el control jurídico, el que les compete a todos los jueces; se ha proyectado también en el Senado un recurso sólo en contra de las sanciones disciplinarias graves que aplique el Consejo de la Magistratura, apelables en sede judicial por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con lo que actuaría el Consejo como una suerte de tribunal superior de la causa. Sin embargo, no se agota allí, a mi juicio, la potestad del control jurisdiccional sobre los actos del Consejo de la Magistratura; los jueces de las instancias ordinarias tendrían competencia para entender, *v.gr.*, en acciones de amparo promovidas para resistir sus decisiones, en orden a los procedimientos, reglamentos y otras que él adoptare, como se ha hecho en Chubut por magistrados y funcionarios que se han considerado indebidamente preteridos en los concursos, en virtud de lo que dispone el Art. 43 de la C.N. al consagrar dicha acción contra todo acto u omisión públicas (o de particulares) que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución o la ley.

X. Conclusiones

Voy concluyendo. Luis María DIEZ-PICAZO, en "Notas de Derecho Comparado Sobre la Independencia Judicial" (*v. Rev. Española de Derecho Constitucional*, Núm. 34, enero-abril, 1992, págs. 19 y sigs.) señalaba que de nada serviría dictar normas que limitan la actividad de los gobernantes si ulteriormente, en la fase de aplicación contenciosa del Derecho, éstos pudieran influir en la resolución de los conflictos. Tengo en claro, pues, que control no debe confundirse con pretensión de subordinación.

No sé si el Consejo de la Magistratura servirá finalmente al alto objetivo de reforzar la independencia de los jueces respecto de las influencias políticas; le concedo, sí, una importante misión en

la órbita de las cuestiones relacionadas con la administración de justicia, entendida como reclamaba hace ya varios años Julio CUESTO RÚA en un trabajo que él tituló "La Administración de justicia como administración" (v. *L.L.*, 1989-B, pág. 813), aspectos que también hacen a la independencia de los jueces, que puede sufrir por un sinnúmero de causas estrictamente ajenas a las indebidas ingerencias políticas. Claro que, para que ello sea así, los gobernantes deberán tomar conciencia de la importancia que reviste para el mejor servicio de Justicia la asignación de los recursos económicos necesarios: al fin y al cabo, hicimos la reforma del Estado para conquistar buena educación, buena salud, buena seguridad y mejor Justicia, que son sus fines esenciales; más que el debate por quien administra, es menester exigir primero que los recursos existan y existan en la medida de lo necesario. Luego, creo que una sala del Consejo de la Magistratura, para no traicionar la Constitución, integrada exclusivamente por magistrados judiciales, con dependencia directa de una representación de la Corte Suprema de Justicia, que reportaría exclusivamente a ésta, que se asemeje a las Conferencias que desde 1922 se han creado en los Estados Unidos de Norteamérica (la **Judicial Conference of the United States** y el **Council of Federal Circuit Judges**, que cuentan con el auxilio y los recursos técnicos suministrados por el **Federal Judicial Center** con sede en Washington) debería administrar esos recursos sin ingerencias extrañas al Poder Judicial, porque un poder sin recursos, o que no los maneja, que es lo mismo, no es un poder, es sólo un nombre.

En Chubut aspiramos afirmar que tenemos los mejores técnicos jueces, auxiliados por el pueblo; Gimeno SENDRA, autor español, rescata la norma constitucional (art. 125 C.e.) que autoriza a los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia destacando que mediante su ejercicio, el ciudadano pasa a asumir directamente una función pública, cual es la del oficio judicial, derecho que es consustancial para la consolidación de la democracia y que puede contribuir notablemente al paso de una justicia autoritaria a otra consentida y refrendada por la sociedad entera (*Constitución y Proceso*, Cap. I, pág. 29). En fin, ya se ve cuántas aristas presenta el tema: ¿cómo negar que hay aquí un resorte formidable para enfatizar la independencia de los jueces, desde la

participación, desde el compromiso del ciudadano con la administración de justicia?

Y ello querrá decir que la sociedad está dispuesta a sostener a sus jueces, que ganarán, con semejante apoyo, realmente en independencia.

Termino citando a Pedro Frías: él sostiene que «**el derecho no es todo el orden social, es sólo el orden del orden social**». Y también dice que «**la Constitución vive a través de los comportamientos institucionales**»; si la sociedad quiere vivir dentro del orden jurídico y hacer vivir la Constitución, entonces tendremos buenos jueces, porque no habrá ciudadano dispuesto a pretender torcer su voluntad de ningún modo, ocupe el lugar que ocupe.

En definitiva, ¡cómo no repetir aquí que el mejor juez será el hombre más sabio aunque no sea el mejor técnico —porque la sabiduría significa otra cosa—, el más humano, el más sensible, el más justo —el naturalmente más justo—, el más humilde —porque la sabiduría se lleva mal con la soberbia!—. Si dicen que en el frontispicio de la Academia de Platón podía leerse: “**No entres si no eres Geómetra**”, creo que en las portadas de las escuelas judiciales y en la de todos los edificios en que se imparte justicia, debería inscribirse con letras de molde este mensaje para quienes van a ser jueces: “**No entres si no eres buena persona**”. ¿Cómo no desear que la sociedad pueda descansar sobre la responsabilidad de las buenas personas? Y las buenas personas serán infaliblemente independientes, cualquiera sea el sistema de designación por el que han accedido a la magistratura judicial, y aplicarán la ley y serán justos. No es necesario, pues, que agreguemos en los frontispicios esta otra leyenda: “**No entres si no te sientes independiente**”, bastará recordar que aquella otra engloba a ésta. Ya se comprende que debemos educar al ser humano, antes de perseguir la independencia del Poder Judicial. La enseñanza del derecho viene después, esencial porque nuestra magistratura es de base técnica y es grave, entonces, que los jueces técnicos desconozcan la técnica; pero nunca bastará ella sola.

Sé que hay muchas utopías en lo que digo: pero, ¿cómo vivir sin ellas?

FORMA Y DOCUMENTO. FE PÚBLICA *

por MARIO A. ZINNY **

1. Donde el disertante comienza comparando a un agricultor con los profesionales del derecho

Con el permiso de ustedes, quisiera comenzar haciendo una comparación. Si entre nosotros hubiera un agricultor y le preguntáramos qué es un arado, nos lo definiría, qué duda cabe, rápidamente. Y es que él sabe cómo es, de qué está compuesto y para qué sirve el arado. Y por eso no lo confunde con el tractor que marcha adelante, la tierra que da vueltas abajo o las gaviotas que vuelan atrás. Es más, cuando oye la palabra arado ella le provoca la imagen de éste, una imagen completa, con gaviotas y todo, como si la palabra llevara atada a un hilo la fotografía del implemento agrícola.

Más todavía, la palabra llega al agricultor acompañada de reminiscencias de su antítesis, en este caso "cincel", que es la herramienta de la "labranza cero". Y a esto lo explica Freud en relación a nuestros sueños, advirtiendo que al soñar nos valemos de un lenguaje donde las palabras tienen dos significados opuestos, como en las lenguas primitivas, lo que en éstas no resulta tan absurdo como parece (para comprenderlo basta pensar que sólo es posible definir la luz a partir de la oscuridad)¹.

(*) Este trabajo corresponde al discurso de incorporación de su autor como miembro correspondiente de la Academia, pronunciado en la sesión del día 18 de junio de 1996.

(**) Miembro correspondiente en Rosario.

¹ FREUD, Sigmund, *Obras Completas*, Volumen 8, Hispamérica, Buenos Aires, 1988, pág. 1620, donde cita entre otros, como vestigio o rastro de esa manera de expresarse, el caso de "sin", que en inglés se dice *without* (o sea, "con-sin).

¿Y por casa? ¿Qué ocurre si a un grupo de profesionales, en un curso de posgrado, se nos pregunta qué es forma? ¿Respondemos con la misma seguridad del agricultor? No.

¿Nos provoca la palabra la imagen, como en su caso? No, cierro los ojos y nada, la forma no aparece.

¿Llega la palabra acompañada de reminiscencias de su antítesis? No, no hay reminiscencia alguna, como no hay imagen.

Y no digamos que lo opuesto a forma, en derecho, es informe, porque negar a la forma no nos ayuda a definirla... Si alguna duda queda, en fin, sobre las dificultades de la definición en cuestión, basta para disiparla recordar que los profesores de derecho civil sostuvimos en un congreso que el documento electrónico es una nueva forma de contratar, poniendo de manifiesto que no teníamos demasiado claro, no ya sólo el concepto de forma, sino a la vez el de documento, porque sólo así es posible confundirlos.

Pero, en todo caso ¿por qué nos ocurre esto? ¿Será porque el agricultor trabaja con las manos y nosotros con la cabeza, dedicados, no ya a un objeto material como el arado, o en el caso de los médicos el cuerpo humano, "que es siempre el mismo, qué fácil", sino a valores que están muy alto, conductas que son impredecibles y leyes que a diario se multiplican y reforman? No, no es ése el origen de nuestras dificultades...

Y bien. Nos ocurre lo que nos ocurre porque la naturaleza es sabia. Y por un mecanismo de autodefensa tendemos a olvidar lo que nos daña y angustia, que suele ser lo incomprendible. ¿Y cómo no va a serlo si nos han enseñado que forma es solemnidad? (haciéndonos pensar que ella se asimila a un señor con el smoking puesto, por oposición a un joven de camiseta con el pantalón roto en la rodilla, siendo que el joven no se los saca ni para dormir y el señor se pone el smoking de vez en cuando, con lo que el joven es más formal que el señor, habiéndose limitado, en todo caso, a sustituir una forma por otra). También nos han enseñado que los contratos son formales y no formales (dándonos a entender que hay contratos sin forma, lo que por cierto no es así) y que hay formas probatorias (lo que equivale a confundir forma con prueba) y también intrínsecas (aquí se confunde forma con contenido), llamadas a la vez "viscerales" o "solemnísimas", y que además las hay "habilitantes", "de ejecución" y "procesa-

les". Y para completar nos enseñaron que la publicidad es... forma. ¿Cómo quieren ustedes que alguien conserve este galimatías en la cabeza y pueda vivir en paz? Lo olvida, de una vez para siempre, una vez aprobado Derecho civil, parte general o contratos, que es cuando solía aprenderlo...

2. Donde un interlocutor imaginario dialoga con el disertante, que sostiene que los penalistas son los únicos que tienen claro el concepto de forma, y compara la teoría general del delito con la del negocio jurídico.

«¿Está usted sugiriendo, señor Zinny, que los civilistas no tenemos claro el concepto de forma? ¿Quién, entonces? ¿Los comercialistas, tal vez?».

Contra ellos conspiran metáforas como la de la declaración o el derecho incorporados al título valor, y nosotros, los notarios, con aquella mala práctica de constituir la sociedad anónima transcribiendo el expediente administrativo en el protocolo... Pero no me interprete mal, que sólo estoy señalando que, en general, con las excepciones que no faltan, quienes nos ganamos la vida con el derecho civil o comercial no tenemos claro el concepto de forma².

«¿Quiénes son los profesionales, entonces, si es que los hay, que lo tienen claro?».

Los penalistas.

«¿Los penalistas? ¿Recién llega y ya quiere tener un disgusto?».

No, es lo que menos quiero. Es que los penalistas estudian la forma bajo el nombre de "principio de exterioridad", y recuerdan a Ulpiano (nadie tenga pena por su pensamiento) y tienen muy claro que para delinquir es necesario hablar, escribir, apretar el gatillo, etc.³. Y es que, como dijo alguien, si pensar bastara para matar estaríamos todos presos..., o muertos, como dice López de Zava-

² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, por ejemplo, define claramente a la forma en *Curso Introductorio al Derecho Registral*, Victor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983, págs. 67 a 69.

³ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1963, Tomo I, pág. 259 y sigs.

lia⁴. Pero antes de que me pregunte por qué los penalistas tienen claro el concepto de forma, y nosotros no, le respondo: porque ellos se limitan a lo fundamental y por eso lo recuerdan, en vez de dispersarse enciclopédicamente como lo hacemos nosotros, definiendo a la forma de tantas maneras que acaba uno por olvidarlas a todas.

«Está bien, concedido. Los penalistas tienen claro el concepto de forma, que estudian bajo el nombre de principio de exterioridad. Pero el negocio jurídico no es sólo forma. Es a la vez contenido y causa, y tiene presupuestos de validez, como la capacidad, la legitimación y la idoneidad del objeto... ¿Qué tiene que ver el delito con el negocio jurídico? ¿Estudian acaso los penalistas el contenido, entendido como la manera en que las partes regulan sus intereses?».

Sí, y le llaman tipicidad.

«¿Y la causa, función social y económica que el derecho valora y promueve, como la circulación de los bienes a través del cambio de cosa por precio, en el caso de la compraventa?».

También la estudian, con la diferencia de que la causa, en el terreno de lo ilícito, lejos de ser valorada y promovida por el derecho es reprobada por éste. Por lo que responde, justamente, al nombre de antijuridicidad.

«¿Y la capacidad?».

Es la imputabilidad.

«¿Y el objeto?».

El bien jurídico tutelado.

«¿Y la legitimación, de la que son ejemplo la exigencia de ser dueño del inmueble a hipotecar (legitimación positiva) y la prohibición de celebrar la compraventa entre marido y mujer (legitimación negativa)?».

La legitimación se asimila a las condiciones objetivas de las figuras, que precisamente se dividen en condiciones positivas (como el parentesco exigido para la calificación del homicidio, o la quiebra del comerciante necesaria para que éste incurra en quiebra fraudulenta) y condiciones negativas o excusas absolutorias (así, el parentesco que torna impune al hurto, o la reciprocidad que priva de punibilidad a las injurias).

⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *op. cit.*, pág. 68.

Además, claro está, la diferencia entre declaraciones y actos materiales se equivale a la que media entre delitos de pura actividad y delitos de resultado, los negocios bilaterales, multilaterales, complejos o continuados se asimilan a los delitos que se estudian bajo la misma denominación, y los derechos y obligaciones que del negocio surgen encuentran su equivalente en la potestad represiva que el delito origina.

Pero todavía hay más porque, en el tema de la "patología", los llamados vicios del "consentimiento" (el error, entre ellos) se estudian como eximentes de culpabilidad, el negocio nulo o anulable se equivale al delito impune y la conversión del negocio nulo en promesa válida del mismo negocio (C.C., 1.185) encuentra su equivalente en la tentativa. Y qué lástima que no hayamos estudiado a la conversión tanto como los penalistas a esta última, entre otras cosas porque, de haberlo hecho, no hubiéramos perdido el tiempo polemizando sobre la naturaleza jurídica del boleto de compraventa inmobiliaria.

Por su parte, la ineficacia en sentido estricto, donde los efectos negociales se difieren o caducan como consecuencia de una circunstancia extrínseca al negocio en sí considerado (como en los casos del negocio sujeto a condición, pendiente de inscripción, resuelto por incumplimiento, etc.), la ineficacia decía, se asimila a aquellas condiciones objetivas que se concretan en un evento separado de la acción (como la tentativa o consumación del suicidio, necesarias para que se torne punible la instigación; la retractación, que torna impune a la injuria, o el posterior casamiento con la víctima, que priva de pena al delito contra la honestidad).

Por último, la inexistencia jurídica, donde el acto no produce efecto alguno, ni siquiera de tipo divergente como la obligación de reparar el perjuicio, encuentra su equivalente en las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad (cumplimiento de la ley, ejercicio legítimo de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad).

Y se explica que así sea, porque la teoría general del negocio jurídico (y la del acto administrativo, la sentencia o el acto del notario), tanto como en el terreno de lo ilícito la teoría general del delito, están en definitiva referidas al comportamiento humano y nada tiene de extraño, en consecuencia, que puedan ser sistematizadas a partir de un esquema común.

Pero en Derecho ello no es frecuente. Es más, las materias suelen enseñarse como si ocuparan compartimientos estancos, pregonando su autonomía (científica, legislativa, “docente”), cuando no la autonomía de alguna de sus partes. A veces, la cuestión parece reducirse a la terminología, como cuando en Derecho comercial, en materia de sociedades, topamos con la añeja figura de la simulación y le llamamos “levantar la cortina” (*to lift the curtain*), “perforar y rasgar el velo” (*to pierce the veil*), “mirar detrás de la máscara” (*to look behind the mask*) y “penetrar la forma de la persona colectiva”, con vitalidad encomiable pero digna, qué duda cabe, de mejor causa. Aunque si se mira bien el problema no radica sólo en la terminología, sino en la forma tajantemente separada en que se estudia a la figura en ramas tan afines como el derecho civil y el comercial, desvinculando a lo aprendido en aquél de lo que es necesario estudiar en éste, o mejor, olvidándolo, como si en una y otra rama los negocios simulados, sin perjuicio de alguna característica propia, no tuvieran raíces comunes. Pero peor, mucho peor, son aquellos casos en que diferentes figuras reciben el mismo nombre, como el error provocado por el ardid ajeno, que en derecho civil se llama “dolo” (como si ello fuera poco, en derecho penal el dolo no es ardid sino, genéricamente, conciencia de la criminalidad...).

3. Donde el interlocutor exige un ejemplo que le permita aprender el concepto de forma, a la manera del agricultor, y el disertante se lo brinda.

«Se nos está yendo por las ramas, señor Zinny. Acabe de una vez de definir qué es forma, remítase por favor al negocio jurídico y bríndenos un ejemplo que nos permita aprender el concepto, a la manera del agricultor».

Bien, allí va. Habitación. En la habitación una mesa y una silla, en la pared una ventana y en la ventana la luna. Sentado en la silla, un hombre, sólo su alma, redacta su testamento....

Y ahora, señor interlocutor, le pregunto: ¿cuál es la forma del acto testamento, ológrafo, que se perfecciona con la suscripción? ¿Lo es la habitación? Y yo mismo le respondo: no.

¿La ventana? Tampoco.

¿La luna es la forma? No.

¿La silla o la mesa? No.

¿La birome es la forma? No.

¿El papel? No.

¿El papel escrito? No.

«No queda nada...».

Sí, queda. La acción de escribir es la forma. Y el papel escrito es la prueba (documento) de que la acción de escribir ocurrió, tuvo lugar. La forma, en definitiva, es el mismo acto, porque es uno de sus elementos constitutivos⁵.

Forma, entonces, es verbo. Es gesticular, hablar, escribir, manipular la computadora, entregar, edificar, sembrar. A veces, es callar o estarse quieto, pero aquí lo exterior son las circunstancias en que la omisión tiene lugar (así, la pregunta que precede al silencio, el contrato que antecede a la falta de pago, el desamparo o peligro que preceden al abandono).

El documento, en cambio, es la cosa que prueba el acto. Y sufre vicisitudes que el acto no puede sufrir: se lleva y trae, se estruja y abolla, se moja, extravía, deteriora o destruye, se mastica y traga (como en el caso, real por cierto, del otorgante de una escritura de mutuo e hipoteca, que luego de firmarla, en un raptó de desesperación se abalanza sobre el protocolo, arranca la parte donde está su firma y... se la traga). ¿Efectos de la escritura pública, señor Zinny? Sí, es indigesta.

Y justamente, porque el acto (forma incluida) no es el documento, si éste se extravía, destruye o deteriora, es posible reconstruirlo o restaurarlo, probando que el acto fue celebrado, esto es, que la acción de escribir tuvo lugar. Tal como ocurre en los casos del propio protocolo (C.C., 1011), y aun en materia de testamentos (C.C., 3834) y tí-

⁵ BETTI, Emilio, en *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción de A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, págs. 97, 98 y 133, distingue a la forma del contenido y a ambos de la causa formulando los siguientes interrogantes: 1) ¿Cómo es, exteriormente, el negocio? 2) ¿Qué es, intrínsecamente? 3) ¿Cuál es la función social y económica que lo caracteriza? Respondiéndolos, resulta sencillo concebir al testamento de nuestro ejemplo como declaración (forma) mediante la que se da a conocer la regulación de intereses que se dispone para después de la muerte (contenido) y está objetivamente destinada a la circulación de los bienes (causa).

tulos valores (C. de Comercio, 746 y sigs.; decreto ley 5.965/1963, 89 y sigs.)⁶.

«¿Y la antítesis de forma (en el caso del arado era el cincel...)?».

En el caso de las declaraciones, donde formalizamos hablando o escribiendo, está claro que lo opuesto es la comunicación telepática...

“¿Y cuando la forma consiste en hacer (como cuando edificamos, entregamos, etc.)?”.

Lo opuesto sería la telequinesia (justamente llamada “espiritismo”), vale decir, el desplazamiento de los objetos sin fuerza física que lo provoque.

4. Donde el interlocutor pregunta por qué esta definición de forma, que la distingue claramente del documento, no está lo suficientemente difundida, al menos entre nosotros.

«Pero esto, que la forma es acción u omisión, y que el documento (instrumento, escritura, o lo que sea) no es la forma del acto sino su prueba, esto, señor Zinny ¿cuándo y por quién o quiénes ha sido dicho?».

Está dicho por Carnelutti hace 82 años, 1914, en las páginas 110 a 118 de *La prueba civil* (traducción de la segunda edición italiana, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955), y reiterado luego por Betti⁷ y Cariota Ferrara⁸.

«Pero si está dicho con tanta autoridad y desde hace tanto tiempo ¿por qué esta definición de forma, que la distingue netamente del documento, no está lo suficientemente difundida, al menos entre nosotros?».

⁶ En relación a los títulos valores, conf. ARAYA, Celestino R., *Títulos circulatorios*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 61. En idéntico sentido, CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, traducción de Manuel Albaladejo, Ediciones Aguilar, Madrid, 1956, págs. 390 y 391.

⁷ *Op. cit.*, págs. 106 y 107.

⁸ CARIOTA FERRARA, Luigi, *op. cit.*, págs. 388 y 389 (incluyendo nota 131), donde sostiene: «Cuando... la manifestación se realiza expresamente y por documento privado o público, hay un algo demás y de diverso de las palabras o de los gestos o del comportamiento, que tienen lugar y pasan: hay una cosa real y material que queda, un quid que contiene signos gráficos: el documento... Resultado conseguido actualmente en la ciencia jurídica es la neta distinción entre el documento que es una cosa y la forma en cuanto requisito de la manifestación... Es un gran mérito de Carnelutti haber sacado a la luz tal punto de importancia fundamental».

Tal vez porque no hemos leído demasiado a Carnelutti...

«¿Y ustedes, los notarios? ¿Quiénes mejor, para definir a la forma?».

Nosotros estamos influenciados por un autor ilustre, Rafael Nuñez Lagos⁹, que por cierto leyó a Carnelutti, y por eso, si se me permite, le tiene miedo. Miedo por la escritura pública, que él tanto ama y Carnelutti reduce al papel de una fotografía, o al de una cinta grabada o filmica, que se limitan a representar y probar la existencia de una cosa o la celebración de un acto, con vida propia, independiente, como la de la imagen que el espejo refleja... ¿La escritura pública reducida al papel de mera prueba del negocio jurídico? No, ella es más mucho más. Ella es hecho jurídico, constitutiva o dispositivo de derechos... ¿Y cuándo el negocio se celebra antes? En este caso recurre Nuñez Lagos a la *renovatio contractus*, o al negocio de fijación, o cumplimiento. ¿Y cuándo el precio se paga con anterioridad? Aquí acude a la confesión, con lo que la escritura es carta de pago, ya que no de adeudo...

Luego, en la misma España, la posta ha sido tomada por otro notario de inmenso prestigio, Antonio Rodríguez Adrados¹⁰, para quien la escritura pública es la forma del negocio, o mejor, el propio negocio, negocio jurídico notarial, y la teoría representativa de Carnelutti, al reducirla al papel meramente probatorio de las actas, supone su “aniquilamiento” y es “esencialmente contraria a todo el Derecho notarial español”.

Y de allí esas definiciones elefanteásicas de la escritura, donde ella es tantas cosas que sólo resta decir que la escritura es... el propio notario¹¹. Pero estas definiciones, hijas de nuestras angus-

⁹ NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Contenido sustantivo de la escritura pública*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Centenario de la Ley del Notariado, Segunda Sección, Estudios de Derecho Notarial, volumen I, Instituto Editorias Reus, Madrid, 1962, pág. 5 y sigs.

¹⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Naturaleza del documento auténtico notarial*, Ediciones Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969, págs. 52, 44 y 45.

¹¹ Conf. GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio jurídico y documento*, Valencia, 1951, págs. 96 y 97: «Creo que, salvo que el documento es una persona jurídica, nada falta por decir; con lo que queda en claro únicamente que no se sabe lo que es ni lo que lleva adentro...».

tias, ampulosas y estridentes como algunos señores cortos de estatura, estas definiciones, decía, no pueden sostenerse. Confundir la acción de escribir con el escrito que de ella resulta equivale a confundir la acción de hablar con la cinta grabada, la de edificar con el edificio, la de apretar el gatillo con el muerto, etc. Y qué pena que ello sea así... ¡Ay, si el papel y la tinta bastan para conservar la vida! Si a través del documento pudiéramos conservar de nuestros actos, no ya la imagen, la idea o el recuerdo, sino a ellos mismos y a nosotros con ellos, de paso, eternamente vivos... Si pudiéramos, merced al papel y la tinta, arrancar a nuestros actos de la historia y volver a vivirlos, diciendo y haciendo lo que un día dijimos e hicimos...

«¿Y la escritura pública, limitada a constituirse en prueba del negocio? ¿Cómo puede un notario, justamente un notario, darle en este punto la razón a Carnelutti?».

Puede dársele, aparte de que la tiene, porque si lo hace la función notarial sigue gozando de buena salud. Y es que los efectos que forzosamente se pretenden para la escritura deben adjudicarse a quien corresponden, y no a la inerte materia del documento, que mal puede producirlos. Y corresponden a un acto que, paradójicamente, ha venido siendo soslayado por la doctrina notarial: nuestro propio acto, el acto del notario¹².

Adviértase, en efecto, cómo en nuestros documentos es posible distinguir: a) el acto de los otorgantes o requirentes; b) el acto del notario que lo narra; c) el documento que los prueba a ambos. Y tómese en cuenta que en materia de escrituras esa narración no sólo produce fe pública, como en el caso de las actas, sino a la vez ejecutividad (así, cuando del negocio surge la obligación de dar cantidades líquidas de dinero, etc.). Esa narración, además, cuando viene impuesta como carga de validez del negocio, coopera con éste en la producción de sus efectos. Y es aquí donde ella (y no la escritura) pasa a integrarlo formalmente, ya que el negocio exige, para ser válidamente celebrado, que las partes y el notario actúen de manera conjunta¹³.

¹² ZINNY, Mario Antonio, *El acto notarial (Dación de fe)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

¹³ *Op. cit.*, pág. 67 y sigs.

El documento notarial, entonces, tanto en el caso de las actas como en el de las escrituras, se limita a representar y probar el hecho, acto o negocio de que se trate, que para eso sirven los escritos, por más solemnes que sean.

5. Donde el disertante clasifica a las formas

Los actos jurídicos comenzaron agrupándose por su forma de la siguiente manera, que contó con el apoyo de Salvat¹⁴:

- 1) Actos no formales.
- 2) Actos formales.
 - A) No solemnes o *ad probationem* (compraventa de inmueble, contratos del art. 1193).
 - B) Solemnes (matrimonio, transacción de derechos litigiosos, donaciones del art. 1810, renta vitalicia).

Luego, Martínez Carranza¹⁵ hizo notar que la compraventa de inmuebles debía ser incluida en la categoría de los actos solemnes, y posteriormente Guastavino¹⁶ le asignó una categoría especial, la de los actos "solemnes relativos", proponiendo la siguiente clasificación:

- 1) Actos no formales o no solemnes:
 - A) Sin forma exigida para la prueba.
 - B) Con forma exigida para la prueba, o *ad probationem* (contratos del art. 1193).
- 2) Actos formales o solemnes:
 - A) Relativos (compraventa de inmueble).
 - B) Absolutos (los solemnes de la clasificación tradicional, excluida la compraventa de inmueble).

¹⁴ SALVAT, Raimundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Décima edición, TEA, Buenos Aires, 1954, Parte General, II, pág. 239 y sigs.

¹⁵ MARTÍNEZ CARRANZA, Eduardo, "La forma de los actos jurídicos", *Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba*, año X, 3, jul.-set. 1945, pág. 245 y sigs.

¹⁶ GUASTAVINO, Elías P. S., "La forma como requisito esencial de los contratos", *Boletín del Seminario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, 4, Santa Fe, 1953, pág. 210.

Ahora bien, sin desconocer el mérito de esta clasificación, que supo distinguir dos categorías dentro de las formas impuestas, nos permitimos proponer la que enseguida detallamos, tomando en cuenta:

a) Que cuando se distingue forma de prueba desaparece la categoría de las llamadas "formas *ad probationem*", en la que suele incluirse la exigencia del art. 1193 («Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos»). Y es que ella, que parece estar referida a la forma, regula en realidad la prueba. Y no ya para imponer una (la documental) sino para excluir otra (la de testigos), lo que posibilita que el negocio, válido por cierto pese a no haberse formalizado por escrito, pueda ser probado por los otros medios que la ley admite. Y con ello queda en evidencia que esta categoría debe dejar el terreno de la forma y ser derivada al de la prueba, que es el que le corresponde¹⁷.

b) Que hay casos en que la forma parece venir impuesta como carga de oponibilidad (así, en el art. 3217, a cuyo tenor para que la constitución de prenda pueda oponerse a terceros debe constar por instrumento público o privado de fecha cierta), cuando en realidad ella viene provocada por el efecto probatorio del documento (fecha cierta).

c) Que la forma, en principio, es libre (974), esto es, que las partes pueden optar por la que prefieran. Y así, cuando de declaraciones se trata, cumpliendo la carga de dar a conocer el contenido del acto de manera inteligible, pueden formalizarlo gesticulando, hablando, escribiendo, manipulando la computadora, suscribiendo el instrumento privado o firmando la escritura junto con el notario (asimismo, en el caso de los actos materiales y tratándose, por ejemplo, de la entrega de cosas o dinero, pueden optar por la entrega material o simbólica, el pago mediante dinero en mano o depósito en cuenta corriente, etc.).

d) Que a veces, por el contrario, la forma es impuesta por la ley, o por las partes, atendiendo a la trascendencia social o eco-

¹⁷ CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, págs. 373 y 374. BETTI, *op. cit.*, págs. 208 y 209.

nómica del acto de que se trate y a la seguridad que es conveniente brindarle, en cuyo caso la omisión de esa forma le provoca, necesariamente, la invalidez.

e) Que en los casos de omisión de la forma impuesta, así la de la compraventa de inmueble, no es posible argumentar que el negocio es igualmente válido “porque hay consentimiento, está determinado el objeto y hay precio cierto”, ya que el defecto que provoca la nulidad radica, justamente, en la manera de exteriorizar el consentimiento en cuestión.

f) Que tampoco cabe sostener que la forma sólo puede ser impuesta en la parte especial que la ley dedica a cada contrato, como en el caso de la renta vitalicia (2071), careciendo de importancia, o teniéndola en menor grado, lo que sobre ella se dispone en la parte general (976, 977, 1183 y 1184).

g) Que la invalidez, incluida la nulidad absoluta, no es “el fin del mundo”, ya que sólo supone la no producción de los efectos “propios” del acto. Por cuya razón no hay incoherencia alguna en el Código Civil cuando impone una forma determinada (1184), sanciona la omisión de ella con la nulidad (976, 977 y 1183) y asigna al acto así celebrado unos efectos que no son los que normalmente le corresponden (1185).

h) Que la donación de inmueble no puede asimilarse a los actos “solemnes absolutos”, porque si bien el art. 1810 impide la conversión de 1185, no obsta a la aplicación del 515, inc. 3 (al que da pie el 2992), que dispone la transformación de la obligación civil en obligación natural.

i) Y que, por fin, la falta de la prueba exclusivamente exigida por el art. 2006 («La fianza puede contratarse en cualquier forma... pero si fuese negada en juicio, sólo podrá ser probada por escrito») provoca unas consecuencias que, de hecho, asimilan el caso al de la omisión de la forma impuesta¹⁸. Así, también, el caso del art. 1241 («La promesa de dote... no puede ser probada, sino por escritura pública»).

Y bien. La clasificación de las formas que en consecuencia proponemos es la siguiente:

¹⁸ BETTI, *op. cit.*, págs. cit.

- 1) Libres.
- 2) Impuestas como carga de validez, subdivididas a su vez en:
 - A) formas cuya omisión y consiguiente nulidad dejan en pie, u originan, algún tipo de efecto sustantivo:
 - a) Sea por conversión del negocio definitivo en promesa del mismo negocio (contratos de los arts. 1185 y 1188, incluidas la compraventa de inmueble y la renta vitalicia, y excluidas las donaciones del art. 1810 y la constitución gratuita de usufructo, uso y habitación y servidumbre).
 - a') Sea por transformación de la obligación civil en natural (así, en materia de testamentos, fianza, donaciones del art. 1810 y constitución gratuita de usufructo, uso y habitación y servidumbre - 515, inc. 3, 2006, 1810, 2830, 2949 y 2992).
 - a") Sea por corrección del negocio parcialmente inválido (como en el caso de la locación urbana con principio de ejecución, donde la omisión de la forma escrita opera la corrección del plazo y el alquiler pactados - ley 23091/1984, art. 1)¹⁹.
 - a''') Sea por conversión del negocio en negocio de diferente tipo (como en el caso de los derogados arts. 628 y 1122 del C. de Comercio, que respectivamente disponían la conversión del endoso del mandato y la del préstamo a la gruesa en préstamo de dinero; hoy cabe citar a la entrega en custodia de certificado de depósito a plazo fijo a una entidad financiera, nula por no detallar el certificado en el recibo de custodia, en depósito monetario a la vista - reglamentación de la cuenta corriente bancaria, T.O. 1979, Banco Central, circulares R.F. 9, 10, 11 y 12/16-5-1977, capítulo 3, 1-1-11, B.O., 17-5-1979).
 - B) Formas cuya omisión y consiguiente nulidad no dejan en pie efecto sustantivo alguno (así, las impuestas para

¹⁹ DE LOS MOZOS, José Luis, *La conversión del negocio jurídico*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, págs. 139 y 141, sostiene que se trata de la reducción o ampliación del objeto. Para BETTI, *op. cit.*, págs. 378 y 360, hay conversión de la cláusula nula.

el matrimonio y la transacción de derechos litigiosos —172 y 838— cuya ausencia sólo origina los efectos del art. 1056)²⁰.

Y nos complace hacer constar, ahora, que esta clasificación no es más que el desarrollo del planteo que en 1950 formulara un hombre de esta casa, el doctor Lisardo Novillo Saravia, en su trabajo sobre forma de los actos jurídicos publicado en el *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad Nacional de Córdoba, n° 3, pág. 603 y sigs.²¹.

6. La duda del interlocutor

«Está bien, pero me queda una duda, que le ruego no tome a mal: ¿Cuál es la utilidad de todo esto? ¿Sirve para algo definir a la forma como corresponde, y clasificarla, o se trata sólo de un ejercicio intelectual, que le permite a usted cumplir con el compromiso de disertar y eventualmente lucirse?».

No, no se trata de eso. Hay más, bastante más en juego. Pero para advertirlo es necesario detenerse en un punto por el que solemos pasar de largo, a saber, el de nuestras propias falencias, las de los profesionales del derecho.

Y comencemos sosteniendo que sin tener claro el concepto de forma no es posible tener claro el de acto jurídico, por cuya razón vivimos confundiéndolo con el documento que lo representa, y a

²⁰ Sobre la forma impuesta al acto del notario y su nulidad o anulabilidad por no respetarla, con la consiguiente conversión de la escritura pública en instrumento privado o mero documento, conf. nuestro citado trabajo *El acto notarial*, págs. 95, 96 y 121 y sigs.

²¹ NOVILLO SARAVIA fue quien primero advirtió que el art. 1185 dispone la conversión del negocio nulo por defecto de forma en promesa válida del mismo negocio. En idéntico sentido, luego, Federico D. QUINTEROS, "Los llamados boletos de compraventa", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata*, tomo 23, pág. 383 y sigs. ZINNY, Mario Antonio, "El boleto de compraventa de inmueble como supuesto de conversión", *L.L.*, 9-3-1967, tomo 125, pág. 853; "Compraventa de inmueble e inseguridad actual", *L.L.*, tomo 1978-C, pág. 939 y *Casos Notariales*, Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 33 y sigs. Sobre el tema de la conversión, conf. DE LOS MOZOS, *op. cit.* BETTI, *op. cit.*, pág. 375 y sigs. CARIO-TA FERRARA, *op. cit.*, pág. 310 y sigs.

los dos con los derechos y las obligaciones que del acto surgen, sin que haya manera de saber si nulo o anulable es aquél, o éste, o todo a la vez²².

Y le reitero que no se trata sólo de la terminología, vale decir, de llamar de una manera a lo que se llama de otra. Se trata, en cambio, de no saber bien en qué consiste eso, que responde a éste y aquél nombre, de no reparar en su existencia, de confundirlo, no ya sólo con lo que se le parece, sino con lo que es por completo diferente. Como si el mecánico confundiera el motor del auto con el local donde se los fabrica...

Y ahora le pregunto: ¿Cree usted que con esta confusión auestas, estamos los profesionales del derecho en condiciones de brindar justicia, que es lo que de nosotros se pretende?

Yo creo que no, y que ello es fuente de inseguridad jurídica. Pero ésta, que al fin y al cabo no es más ni menos que un alto grado de injusticia posible, pareciera hoy estar exclusivamente limitada a la que proviene de la delincuencia ("corrupción"), siendo que también cuenta la que es producto de nuestra ignorancia, tan difícil de combatir como la otra. Porque para brindar justicia, qué duda cabe, no bastan las buenas intenciones, ni los muchos años ejerciendo la profesión o la magistratura. No, lamentablemente no

²² Como en el caso de la escritura de préstamo hipotecario, donde tanto nos cuesta distinguir el contrato de mutuo del contrato de hipoteca, a los dos del acto del notario que los narra, a los tres de la escritura que los prueba y a los cuatro, tanto de la obligación de restituir el dinero, como del derecho real, o de la fe pública y ejecutividad que el acto del notario origina. Y por eso, claro está, no menos trabajo nos cuesta advertir que nulos o anulables pueden ser: a) el mutuo (cuya invalidez provoca la del contrato de hipoteca); b) el contrato de hipoteca (cuya invalidez no necesariamente provoca la del mutuo); c) el acto del notario (cuya invalidez provoca la del contrato de hipoteca, por defecto de forma, y no la del mutuo). O caer en la cuenta de que los derechos y las obligaciones se extinguen y no se anulan, los actos se celebran y no se ejercen, y el documento, en tanto cosa que es, puede ser auténtico o materialmente falso, pero nunca inválido.

Qué decir, en fin, cuando la confusión involucra a la propia ley, como en el caso de la patria potestad, donde solemos creer que ésta nace de aquélla, siendo que su fuente inmediata es el nacimiento del niño, o en el del dominio que se adquiere por prescripción, donde nos pasan desapercibidos los actos posesorios de quien adquiere el derecho y los omisivos del titular que lo pierde (aun cuando aquí solemos superarnos, al asignar el papel de fuente al "correr del tiempo", como si bastara que éste transcurra, sin que nadie haga nada, para que el derecho nazca...).

son suficientes, porque aquí, como en tantas otras cosas, querer no es poder: para poder hay que saber, y para saber nos tienen que haber enseñado.

«¿Está usted sosteniendo que el origen de nuestros males se encuentra en la Facultad de Derecho?».

Sí. Y al respecto permítame recordar una apuesta que teníamos concertada en el Colegio Mayor Universitario donde convivíamos estudiantes de varias carreras y yo di fin a mis estudios²³. Consistía ella en que nos viéramos obligados, al obtener el título y como parte de los festejos, a exponer sobre todo cuanto habíamos aprendido en esos años de nervios y noches en vela. Pronto, los estudiantes de Derecho comenzamos a advertir que estábamos en desventaja. Los de Ingeniería Química, por ejemplo, comenzaban a hablar y seguían hablando, y había que pararlos porque era evidente que podían estar discutiendo y demostrando durante toda la noche; y así, en mayor o menor medida, los demás. Pero para nosotros las cosas no eran tan sencillas (he olvidado decir que una de las reglas prohibía exponer sobre la última materia, la que se acababa de aprobar, que era la que uno obviamente recordaba mejor); porque obligado el estudiante de Derecho, el buen alumno de Derecho, ése, que acababa de recibirse de abogado, a exponer sobre todo cuanto llevaba aprendido en sus años de estudio, se asistía a un resultado tan sorprendente como penoso: olvidado por fuerza de la letra de las leyes y del número de sus artículos, de la legislación comparada y de los antecedentes consultados y retenidos en su momento, olvidado también de las exigencias particulares de cada cátedra (en nuestra jerga se llamaban "chinchas") procuraba recurrir a los conceptos generales que le había sido posible extraer de todo ello. Y una vez definida la persona como "ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones", la capacidad como aptitud para adquirir aquéllos y contraer éstas, el contrato como "acuerdo de voluntades" y el resto como podía, cosa que le llevaba unos pocos minutos, quedaba en la misma situación de quien no ha estudiado el tema: de allí en más la disertación dependía del sentido común, instinto, imaginación y facilidad de palabra de cada

²³ La he recordado ya en *Casos Notariales*, Depalma, Buenos Aires, 1983, capítulo I ("Secuelas del especialismo en la enseñanza del derecho"), pág. 3 y sigs.

uno. Pero el drama consistía en que los de las otras carreras lo advertían y al grito de "guitarra, ¡guitarra!" nos veíamos obligados a dar por terminada la exposición.

Sin embargo, y como para casi todo hay consuelo en esta vida, nosotros teníamos éste: al Derecho hay que comenzar a estudiarlo al salir de la Facultad. O este otro: lo que nos falta y en definitiva importa es la práctica, y ella vendrá con el ejercicio profesional. Había sin embargo un compañero bajito, de anteojos, que hablaba poco y también estudiaba Derecho, que un día, en *petit comité*, muy suavemente se atrevió a insinuar: «Si al Derecho hay que comenzar a estudiarlo al salir de la Facultad ¿por qué no la cierran?». Y agregó: «Por otra parte, si lo que nos falta es práctica pareciera ser que lo que nos sobra es teoría, pero no me parece que nos sobre tanto, porque si así fuera hablaríamos más de lo que hablamos. No, a los que les sobra teoría es a los de las otras carreras, que recuerdan lo que han aprendido y hablan de ello hasta por los codos. A nosotros nos faltan las dos cosas: práctica y teoría». Ante tamaña irreverencia, reaccionamos de la única manera posible: enojándonos con él.

Y esto de que nos sorprenda el final de la carrera con tan modestos conocimientos, inconexos, desorganizados, "prendidos con alfileres", aprendidos sin alcanzar la esencia de los objetos y sin poder, entonces, compararlos con otros, ni ubicarlos junto a los que se le parecen, esto, decía, es el resultado de una enseñanza elefantiásica y asistemática, impartida en buena parte de los casos con la miope visión del especialista. ¿Que hay también buenos, excelentes profesores? Por cierto que los hay, pero no en la medida suficiente. Y contra ellos conspira el método de la enseñanza, con las materias, como decíamos, ocupando lo que parecen compartimientos estancos, con la autonomía constituida en el máspreciado de los valores.

Pero todavía hay más. Cuando se plantea este tema a fondo tiende uno a pensar que las cosas no son tan graves como parecen porque, al fin de cuentas, el que pretende ser un buen profesional debe seguir estudiando luego de haber obtenido el título. Y lo mismo da que comience a hacerlo metódica, sistemáticamente, al dejar la Facultad.

Sin embargo, cualquiera que haya practicado un deporte (donde por cada día pasado haciendo mal las cosas hacen falta muchos,

muchos más, para corregir el defecto adquirido) sabe que la cuestión no es tan sencilla y está en condiciones de medir las consecuencias de un mal aprendizaje, de una mala formación. Y así, el apunte incomprensible, que sólo de memoria era posible exponer y al que en buena parte de las materias era necesario recurrir porque el profesor no había escrito un libro y se negaba a aceptar el ajeno, pero sobre todo el restar los conocimientos y nunca sumarlos al irse sucediendo las materias, porque «ésta, la mía, es autónoma y la más importante de todas, y lo que ha dicho el profesor de la anterior y lo que dirá el de la próxima no tiene aquí aplicación, porque los conceptos de mi materia son sui generis...», todo, en fin, conduce inevitablemente a no pensar primero y a frustrarse luego, dando pie a los consiguientes mecanismos de evasión y autodefensa, que hoy siguen siendo los mismos: «al Derecho hay que comenzar a estudiarlo al salir de la Facultad», «lo que importa es la práctica», etc.

La “práctica”..., la bendita “práctica”. No es casual que se hable tanto de ella, porque el origen está en Marx, cuando reduce el concepto de acción humana al de trabajo físico, divide a los hombres en dos clases (los que trabajan con las manos y los que no lo hacen) y asigna virtudes sólo a los primeros (el obrero bueno, el burgués malo), como si los que trabajan con la cabeza, como el propio Marx lo hacía, no aportaran lo suyo²⁴. Luego, como en tantas cosas, la propaganda hace el resto, propiciando el uso de fórmulas verbales, su inclusión en el habla ordinaria, para provocar la pretendida asociación de ideas (como cuando se logra que le llamemos “taller” a cuanta reunión programamos para discurrir sobre un tema...).

Y cuánto se facilitaría el aprendizaje del Derecho si le prestáramos un poco más de atención al esquema de nuestro acto, el acto jurídico, que lo muestra como incidiendo en una situación previa para conservarla, extinguirla o transformarla²⁵.

²⁴ SOLER, Sebastián, *Temas antiliberales. Marxistas y autoritarios*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1977, pág. 7 y sigs.

²⁵ En el esquema a que aludimos es posible discernir: a) la situación inicial donde, por ejemplo, Juan y Pedro, capaces y legitimados, dueño uno de la cosa que el otro pretende, y éste del dinero que aquél necesita, permanecen inmóviles,

Porque en él se incluye buena parte de aquéllo con que habremos de topar durante el ejercicio de la profesión: hay personas y cosas, capacidad y legitimación de aquéllas e idoneidad de éstas; hay acto, con forma, contenido y causa; y hay, por fin, efectos del acto y validez o invalidez de éste, porque esos efectos sólo habrán de producirse si están en regla la capacidad, la legitimación y el objeto, la forma, el contenido y la causa.

Y como, además, este esquema, este proceso de situación, acto, situación, etc., se da y repite en todas las materias, en todos los casos, cualquiera sea la rama del Derecho de que se trate, porque todas se han formado a la luz de los estudios sobre un determinado acto (así, el Derecho del trabajo tiene por objeto el contrato de trabajo, el Derecho administrativo el acto administrativo, el Derecho Comercial el acto de comercio, el Derecho penal el delito, el Derecho procesal la serie de actos que conforman el proceso, etc.); como este suceder de las situaciones y los actos jurídicos, decía, se da y repite siempre, en el mundo del Derecho, en todos los países, en todas las legislaciones, en la teoría y en la práctica, todos los días, a toda hora ¿por qué, entonces, no explicarlo con claridad, con claridad digo, una y otra vez, todas las que sea necesario, hasta eliminar la confusión y las dudas que nos asaltan cada vez que tropezamos con el acto, la legitimación, la forma, la causa, el documento, el derecho, las obligaciones o las nulidades? Mejor aún ¿por qué no desarrollar en todas las materias el esquema en cuestión, enriqueciéndolo, completándolo, reformulándolo incluso, si cabe, con el contenido de cada una, para que el fin de la carrera nos sorprenda como a los otros profesionales, con ideas claras sobre los conceptos de nuestra propia disciplina?

expectantes ante la posibilidad de actuar; b) el acto, donde la escena cobra vida, con ambos gesticulando, hablando o escribiendo (te vendo la cosa en tantos pesos, acepto); c) enseguida y como efecto del acto, la situación transformada, con Juan y Pedro nuevamente inmóviles, obligado uno a entregar la cosa y el otro a pagar el precio; d) a continuación, de nuevo la vida, el movimiento (ten la cosa, gracias; toma el dinero, está bien); e) por último, y como consecuencia de la tradición y el pago, la situación final, con los "roles" invertidos: Juan dueño del dinero y Pedro de la cosa, nuevamente quietos, expectantes ante la posibilidad de volver a actuar, lo que sin duda harán de inmediato, usándola éste, disponiendo aquél de los pesos, etc.

Qué útil, en definitiva, comprender de una buena vez que sólo la teoría ilumina y dota de sentido a la práctica, y que cuando ello ocurre ésta, a su vez, enriquece y amplía los conocimientos (lo que explica que no basten los libros para adquirirlos). Y que los especialistas comprobemos lo saludable que resulta tener un pie, al menos, fuera del cierre relámpago de la especialidad, apoyado en el sistema de conocimientos de la ciencia a que ella pertenece. Más todavía, de vez en cuando es bueno abrir de todo el cierre y sumergirse en la vida, y no sólo como turista, para volver más humanos y con una ventaja inapreciable: la de haber contemplado la especialidad a distancia, que es la mejor manera de ver las cosas tal como ellas son.

LA PROPIEDAD AGRARIA, ES LA PROPIEDAD *

por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

En cualquier rama del Derecho lo más importante es la “teoría”, es decir, la reflexión surgida de la valoración de unas realidades sociales con la finalidad de obtener unos criterios para alcanzar la paz y, en la medida de lo posible, la justicia. Desde la teoría, se construyen los “principios” que se hallan en la base y fundamento de la disciplina jurídica de que se trate, teniendo en cuenta el material normativo que contribuye, con aquélla, a la integración o formación de su “sistema”. Las “normas de uso y modo de empleo” de una regulación cualquiera siempre es algo secundario y que, además, se halla sometido a la mutabilidad y al perecimiento de toda obra humana. En cambio, la teoría, o si se prefiere, la disposición a la teoría, como verdadera dialógica, es algo permanente a través de los siglos, en el quehacer de los juristas, desde sus remotas raíces socráticas o ciceronianas, expresión de justificaciones y anhelos que brotan, a un tiempo, tanto de la racionalidad del pensamiento, como de la recta intención de la conciencia.

Ahora bien, si la teoría es necesaria en todo caso, mucho más lo es en una disciplina como el “Derecho agrario” que surgida, nuevamente a principios de siglo, bajo unos presupuestos ideológicos determinados y en unas circunstancias económicas concretas, en cuanto “Derecho particular o excepcional”, se encuentra ahora, en la necesidad de desaparecer por imponerse el “retorno” al viejo Derecho civil, o de dar un verdadero giro copernicano, conserván-

(*) Este trabajo corresponde al discurso pronunciado por su autor, en la sesión del 20 de agosto de 1996, en el acto de su incorporación como miembro correspondiente en España.

dose, en aquella parte que pueda subsistir, como un verdadero "Derecho especial" que, como tal, no puede perder su estrecha relación con el Derecho común. Situación que en Europa es ya una realidad, cada vez más patente, sobre todo porque aquéllos presupuestos ideológicos han hecho crisis y porque las circunstancias económicas que le hicieron surgir, han cambiado por completo: pasando de la "reforma agraria" y del "Derecho de colonización", a la "retirada de tierras" y al "abandono de cultivos"; de los planes de "redistribución de la propiedad" y de los "contratos agrarios de larga duración", a la "regulación de mercados" y a la "agricultura a tiempo parcial". Todo ello, en aras de una "reconversión del sector" que tiene como objetivo "la economía concertada" en el marco de una "contractualización" de la actividad agraria que sirve a favorecer la "libertad de mercado" de los productos agrarios y la estabilización de los precios, como en la Unión Europea pone de relieve la P.A.C.

Esto quiere decir que la "teoría" agrarista ha de orientarse por un nuevo camino, como ya empieza a apreciarse (Schnyder, Lorvellec, Hudault, David, J. M. de la Cuesta, Massart, Costato, etc.). Movimiento al que no son ajenos los grandes maestros de la escuela italiana (Carrozza, Romagnoli, etc.), marcando una nueva orientación A. Germanò, en su reciente *Manual di diritto agrario*, aparecido hace unos meses, aunque por necesidades académicas, más que de escuela, hayan estado durante mucho tiempo sin abandonar su tradicional narcisismo sobre la "autonomía" de la disciplina, a riesgo de descuidar, lo mismo que han hecho, hasta hace poco, la mayoría de las legislaciones nacionales al desarrollar el Derecho comunitario, la nueva construcción dogmática que exige el cambio de circunstancias, como se ha puesto justamente de relieve, aunque con dureza, por G. B. Ferri, en Italia, y por el eminente historiador y agrarista, recientemente desaparecido, P. Ourliac, en Francia.

En conclusión, siendo una realidad el "retorno" al Derecho común —aparte de buscar la medida de nuevos campos marginales, como el Derecho del medio ambiente— la teoría del Derecho agrario se debe plantear, nuevamente, la realidad de los institutos que constituyen tradicionalmente su contenido: propiedad, empresa o actividad, explotación agrícola, contratos, sucesión agraria, etc., pues, sin hacerlo rectamente, tampoco será capaz de asumir, en sus

justos términos, las nuevas realidades: interprofesión, organización de mercados, medio ambiente, etc. Este es el reto y, en la imposibilidad de dar un curso completo de Derecho agrario, porque lo impiden otras actividades, y, en el presente caso, porque sería esta la conferencia interminable, voy a ocuparme de uno de estos institutos: la propiedad agraria, punto de partida, en el ámbito del Derecho patrimonial, de cualquiera otro.

La supuesta crisis de la propiedad

Los movimientos sociales, desde hace más de un siglo, entre otras muchas cosas, se dedicaron a desprestigiar la propiedad. No pretendo que no tuvieran razón estos movimientos sociales en la mayor parte de sus reivindicaciones, de todo tipo, pero respecto de la propiedad eligieron el camino equivocado, lo mismo que se equivocaron en su proyección respecto de la organización del Estado, al sustituir la iniciativa privada por la planificación. Actualmente, este "sistema" está en crisis. De manera que, si hablamos de la propiedad, contenida en los Códigos y garantizada en las Constituciones, tenemos que empezar por darnos verdadera cuenta de que estamos en la crisis de la crisis.

Bien es verdad que con la sucesión de "leyes especiales", durante decenios, al menos en Europa, daba la sensación de que el concepto de propiedad, acuñado en los Códigos y aceptado por las Constituciones, había quedado aislado, casi como un concepto marginal. Incluso, a veces, la doctrina, más pendiente las "normas de uso y modo de empleo" de las regulaciones especiales que, de una verdadera "teoría", parecía que había olvidado que las "leyes especiales" no fundamentan "principios", sino que únicamente ponen "limitaciones" y trabas con las que se aviene mal el discurso jurídico. Pero, actualmente, la mayor parte de aquéllas regulaciones especiales han quedado obsoletas y empiezan a ser derogadas, tanto que puede decirse que, como el hijo pródigo de la parábola evangélica, vuelven, arrepentidas y contritas a la casa del padre: al Derecho común. Sin embargo, no ha terminado de asimilarse aquel proceso y el guirigay de opiniones, fruto de la pereza mental o de irreductibles posturas ideológicas, sigue repitiendo cosas que, des-

de hace bastante tiempo, carecen de sentido, o, probablemente, no lo tuvieron nunca. Quedando todavía, en el ambiente, afirmaciones que deben ser rechazadas, como aquella que tuvo tanto éxito de mi amigo N. Irti, cuando hablaba, ya hace más de veinte años, de la "época de la descodificación" y de la sustitución del "monosistema" del Derecho privado por un "polisistema", en el que el "código" ya no ocupa el centro del mismo, lo que tanto entusiasmo ha producido a los partidarios del "uso alternativo del Derecho". Tratando de encontrar la solución en una utilización maximalista y totalmente errónea de la Constitución, como medio de reconstrucción del sistema, abusando de un planteamiento, sin duda correcto, en su origen, como el que le ha permitido hablar a P. Perlingieri, del "Derecho civil constitucional" y que, en manos de algunos, puede ser una verdadera caja de Pandora. Como ha puesto de relieve la mejor doctrina italiana y, entre otros, el recientemente desaparecido F. Santoro Pasarelli, o F. D. Busnelli, en un ensayo memorable.

Pero con la "crisis de la crisis", ya no es tiempo de dar oídos a estos falsos diagnósticos, falsos por superficiales, sobre todo, sino de volver los ojos a los Códigos, intentando una lectura actual, una lectura que, por ir a buscar su inspiración en la tradición que les sirve de base, sea capaz de afrontar, tanto el presente como el futuro, puesto que el Derecho, para que sea algo en cuanto teoría, debe ser un saber para el futuro, una "*Zukunftswissenschaft*", dicen los maestros alemanes.

La formación del concepto de propiedad

El concepto es de origen romano, pero como tantos otros, se forma en la Baja Edad Media, por los romanistas del Derecho común, inspirados en las propias fuentes romanas, y en una realidad medieval, como muestra, con toda lucidez, el *Código de las Siete Partidas*. El hacer aquí una referencia a las Partidas tiene, sin duda, un significado muy específico, muy particular: supone volver a tomar contacto con la propia tradición civil argentina, puesto que el Código civil de Vélez Sársfield, recoge con mayor fidelidad que ningún otro, aquella herencia del Derecho común, como lo muestran los arts. 2506 y ss.

Como recordarán, las Partidas se fijan en las diversas clases de “señorío” eligiendo uno de ellos: la propiedad **alodial** o libre y sobre el mismo construye la base del moderno concepto de **dominio**. Aquí la doctrina del Derecho común, es decir los grandes glosadores anteriores al Código alfonsino (Martino, Búlgaro, Azón, Placentino, etc.) no operan por analogía, sino por distinción o diferenciación (“*ut differeat*”) que es complemento del “pensamiento analógico”, su contrapunto, de donde surgen las famosas “*distictiones glossatorum*”: en sus cuatro tiempos o momentos: *noto, divido, scindo, distingo*, etc. De manera que las otras formas análogas de “señorío” (*dominia*), dan lugar, por una parte, a los *iura in re aliena* y, por otra, a las propiedades especiales de origen señorial (*iura regalia*).

Esta forma de llegar a aislar el concepto de propiedad, como *ius in re corporali, perfecte disponendi, nisi lege prohibeat*, que siguiendo a Bártolo acoge la “glosa” de las Partidas y que, en el sistema del Derecho común, tiene tanta autoridad como la propia ley, se ha dicho que obedece a un criterio **objetivo**: de comparación de situaciones jurídicas semejantes, pero no iguales.

Por otra parte, advierten que tal concepto de propiedad o dominio se compagina con el dominio *ex iure Quiritium* del Derecho romano, pero no escapa a su perspicacia que todo esto se produce en un contexto distinto y, con independencia de que tuvieran o no un sentido histórico, dada su pretensión de **actualización** del Derecho romano, para las necesidades de su época, ponen el concepto, de este modo restaurado, al servicio de un particular **voluntarismo** que, como expresión de un deseo de **libertad** que forma parte del espíritu humano, en toda época, es particularmente característico del tiempo en que viven, en un momento en el que se está iniciando el Humanismo y el Renacimiento. De este modo, al servicio de la propiedad “libre” se va a poner un punto de vista **subjetivo**, aunque como toda construcción “prudencial”, tiene una referencia moral o ética, en el seno de aquella Europa que todavía y, por mucho tiempo, se llamaba y se seguiría llamando la Cristiandad. Sin embargo, el desarrollo de aquella reflexión teórica, se extiende desde los albores del siglo XIV hasta el XIX, desde el *trecento* a la codificación.

Esta “lógica del sujeto”, dotada de profundas raíces cristianas, establece una nueva relación entre el *ordo naturalis* y el espíritu

europeo, algo que se halla vinculado al método del Humanismo íntimamente: se trata de obtener, como expresa F. Wieacker, el saber jurídico "*ex intima philosophia*", al modo ciceroniano, desarrollándose dialógicamente como un *ars*, esto es, como un saber metodológicamente subordinado.

Algunos, como H. G. Gadamer, atribuyen esta renovación metodológica al "círculo de Wittemberg", donde se plasma la hermenéutica luterana por obra de Melachton. Sin embargo, arranca propiamente del modelo en el que este último se inspira: Erasmo de Roterdham, desarrollándose, por igual, en el campo católico y en el moralismo de la Contrarreforma o, más concretamente, en la "*ratio studiorum*" de los jesuitas en pleno Barroco. Buena prueba de ello será, también, la aportación contemporánea de Luis Vives y de los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, encuadrados en lo que se ha llamado la Escolástica tardía, cuya influencia no sólo se manifiesta en H. Grocio y en Oldendorp, sino también en Blakston y en otros jusnaturalistas ingleses del siglo XVIII, significando que el arranque de esta nueva orientación es mucho más antiguo: en sus raíces, contemporáneo de los últimos postglosadores o comentaristas.

Esto es importante, porque pone de relieve que no existe una separación fundamental entre católicos, protestantes y anglicanos en lo que respecta al fundamento de las teorías jurídicas, como ya pusiera de relieve mi maestro H. Thieme.

Tampoco cabe contraponer la Escolástica tardía al tomismo, como ha pretendido M. Villey, en un exceso de "sauvinismo", y al que siguen otros integristas modernos, pues no hay que olvidar que los juristas y teólogos españoles son continuadores de Santo Tomás y que sus doctrinas surgen a propósito de los comentarios a Santo Tomás en el título de "*iustitia et iure*" de la *Summa Theologica*. Pero los tiempos son otros y las preocupaciones de cada día son distintas.

Mientras Tomás de Aquino no se plantea el *ordo naturalis* de las cosas más que en la perspectiva de un "orden creado", bautizando a Aristóteles, como ha dicho agudamente G. K. Chesterton, los maestros españoles, se hallan preocupados por delimitar la "naturalidad de las cosas", en un contexto en que el "arbitrio" de la voluntad humana, se ha convertido en objeto de apasionadas discu-

siones en el seno de la Reforma. Tomás de Aquino, reconoce plenamente el "libre arbitrio" de la voluntad humana, pero no tiene que preocuparse de rebatir el "*servo arbitrio*" de Lutero. Por eso, cuando se preocupa del **dominio** lo hace en un contexto totalmente distinto, en el que no existe, diríamos, ninguna relación íntima entre voluntad y dominio: el nexo entre "*dominium suorum actum*" y "*dominium rerum*" que ya se encuentra entre los maestros franciscanos, no aparece para nada en Santo Tomás.

Es preciso que para obtener un concepto nuevo de **dominio**, como dice el gran historiador florentino, P. Grossi, se plantee la cuestión en el interior de la "autonomía individual". De este modo, uno de los maestros dominicos de la Escuela de Salamanca, Bañez, dirá que la propiedad "*pertinet ad dignitatem*" y que ella es *quaedam perfectio*, consecuencia consciente de haber proyectado lo "mío" como prosecución y complemento del "yo" en el mundo de las cosas.

Recientemente, otro investigador americano, J. Gordley, de la Universidad californiana de Berkeley, ha publicado un nuevo libro sobre la importancia de la escuela española de Derecho natural, en la formación del concepto moderno de propiedad. Escuela que llega a su madurez con el jesuita L. de Molina. Según este ilustre profesor de Alcalá, la relación entre sujeto y cosa la llamamos dominio. Pero, ¿es esto un conjunto de poderes? La contestación es bien firme, dirá: "*facultas seu ius perfectae disponendi est effectus dominii*", contestando del mismo modo que haría Bártolo y la "glosa" de las Partidas. Las facultades del dominio (usar, abusar y disponer) son distintas del derecho en su conjunto, prueba de ello que se puede disponer de cada una de ellas separadamente.

Por lo que se refiere a su fundamento, toda la Escolástica tardía, lo encuentra en la "libertad"; lo "mío" es la esfera del *proprium* donde se desarrolla la "autonomía individual". Por eso, en este contexto es impensable que el *dominium* pueda tener una "función social", sino una "función individual" (es la esfera del *libitum*, del *commodum* o del *arbitrium*). Lo que llamamos **función social**, de la propiedad queda totalmente fuera de su concepto, es una referencia a un centro de imputación moral que modernamente, en la sociedad secularizada, asume arbitrariamente el Estado, cuando el deber de **solidaridad** a que pretende re-

ferirse deja de estar atribuido a la conciencia, a todas las conciencias a las que se niega, por una equivocada interpretación de su "libertad", toda referencia común. Muy distinta es la relación entre individuo y comunidad, en el planteamiento de la Escolástica tardía que aparece como competencia de la *iurisdictio*, colocada en el área del *publicum*. De esta manera, siendo así la propiedad (*dominium*) expresión de la libertad, encuentra su armonización y límite natural en la *dominatio* que es expresión del *imperium principis* que cuida del interés común y que, por ello, no se transforma en tiranía. Con lo que estamos configurando los fundamentos de la teoría jurídica moderna.

Por otra parte, ya F. de Vitoria, siguiendo a Gerson, el maestro parisino, había dicho que el dominio era un *potestas*, no una simple *facultas* que se concedía a todos los hombres con independencia de su *fides*: también a los indios les corresponde el derecho de propiedad de sus tierras ("*De indiis prior*").

Posteriormente, Montesquieu, dirá en su *Esprit des lois* (Lib. XXVI, cap. XIX): «Como los hombres han renunciado a su independencia natural, para vivir bajo las leyes políticas, también han renunciado a la comunidad natural de los bienes, para vivir bajo las leyes civiles. Por las primeras adquieren la libertad, por las segundas, la propiedad». Por tanto: «No es necesario decidir por las leyes de la libertad, cuando, como hemos dicho, no se trata del imperio de la ciudad, lo que no debe ser decidido más que por las leyes que conciernen a la propiedad. Es un paralogismo decir que el bien particular debe ceder al bien público: lo que no tiene lugar más que en los casos en que se trata del imperio de la ciudad, es decir, de la libertad de los ciudadanos. Lo que no tiene lugar en aquellos casos en que se hace cuestión de la propiedad de los bienes, porque el bien público es que cada uno conserve invariablemente la propiedad que reconocen las leyes civiles».

Pero volviendo a los siglos XVI y XVII, nos encontramos con que la doctrina de los teólogos-juristas era la misma que defendía la *communis opinio doctorum*, calificando la propiedad de *dominium plenum*, único caso en el que se reconocía la plenitud del *ius disponendi*, para distinguirlo de los otros *dominia* en que no existía tal facultad o poder, como sucede en los derechos reales limitados y en otras formas de "uso y disfrute" de las cosas.

Esta doctrina, por esa continuidad y esa ausencia de ruptura entre el mundo católico y el protestante, hace que, después del Humanismo, tenga lugar un retorno al *mos italicus* de los glosadores del Derecho común, viniendo el Derecho natural, que surge como una consecuencia del Humanismo, en apoyo de la continuación de la recepción del Derecho romano, dando lugar, a través de Grocio y Oldendop, que se apoyan, como antes ya hemos dicho, en los juristas y teólogos españoles, a un retorno a Bártolo y Baldo, primero en la Escuela de Sajonia o entre los juristas holandeses, después, en todas partes, iniciándose lo que se ha llamado, con toda exactitud, el *usus modernus Pandectarum* que perdura hasta las codificaciones.

Por otra parte, a partir del siglo XVII, lo que habían hecho los juristas y teólogos españoles, lo van a continuar Grocio, Leibniz, Locke, Puffendorf y tantos otros entre los pensadores del Derecho natural racionalista.

El derecho de propiedad en el fundamento de la sociedad civil moderna

Con estos precedentes, el derecho de propiedad, en los fundadores de la sociedad civil moderna, aparecerá como uno de los **derechos naturales** del hombre, considerándose como el más importante para la supervivencia del individuo. Por eso, para definirlo, Grocio no parte de Dios, como había hecho Santo Tomás, sino que parte de la humanidad, como habían hecho los maestros de la Escolástica tardía, aunque, no por ello, se plantee una ruptura entre el *ordo naturalis* y el *ordo creado* que es algo que no aparece hasta la Ilustración.

J. Locke, afirma que el hombre porta en él, por esencia, el derecho de propiedad, puesto que es señor de sí mismo y de sus facultades, aunque se cuide de recordar que Dios es el solo señor y propietario de todo el universo, pero aún así y todo, añade que, en estado de naturaleza —una metáfora muy propia de la época— el hombre es señor y soberano de su propia persona y de sus posesiones.

Por lo demás, estos autores, retomando los argumentos de los juristas y teólogos españoles, dirán, como lo hace Grocio, siguien-

do a Bártolo y a un texto del *Codex* (4, 35, 21) que, cada uno gobierna y decide soberanamente sobre sus bienes; y Puffendorf que recibe, a través de Grocio, la influencia de L. de Molina, atribuye, por primera vez, a la propiedad, un significado económico, definiéndola «como el derecho por el cual el fundo y la substancia de una cosa pertenecen a alguien». Distinguiendo perfectamente entre dominio y otros derechos reales en cosa ajena. A ello se suma, también, el comentarista del *Droit coutumier* francés, Mercier de la Rivière, insistiendo en que la propiedad es dominio exclusivo y excluyente (“*ius ceteros excludendi*”), afirmando: «Yo digo propiedad exclusiva, porque si no es exclusiva no es propiedad».

Por su parte, Ch. Wolff, dirá que todos los hombres tienen igualdad de derechos y deberes en relación con las cosas. Pero si alguien, con diligencia y habilidad, consigue una cosa, otro no podrá apropiársela. Lo que antes, en principio, era común —en el supuesto estado de naturaleza— se atribuye ahora al individuo, es decir, es un **derecho subjetivo**. Distinguiendo el concepto de *dominio*, de las facultades que lo integran en cuanto **propiedad plena** para distinguirla del *dominium minus plenum*. Otro tanto encontraremos en Heinecio y en Pothier.

Arnaud, discípulo de M. Villey, en 1969, dice que Pothier dejó configurada en su obra —que para él responde al ideal del liberalismo burgués— el concepto de propiedad que acoge el *Code civil*, pero Pothier, romanista y tratadista del Derecho consuetudinario, en su *Traité du domaine de la propriété*, que murió cinco años antes de la Revolución, se halla más cerca de D'Argentré o de Dumoulin, que de los ideólogos revolucionarios que, en esta materia, por otra parte, no aportaron nada nuevo.

Sin embargo, es cierto que la Revolución Francesa, aparte de sus tremendo errores, y de las catástrofes materiales y morales que trajo consigo, como actualmente todo el mundo reconoce, trajo en su ideario una serie de principios que todavía son el fundamento de la sociedad civil, sobre todo por lo que se refiere, en nuestro caso, a la libertad de los pueblos y de los ciudadanos y, también, paralelamente, a la libertad de los fundos, con la supresión de los últimos vestigios del feudalismo y la desaparición de las manos muertas y de las vinculaciones y amortizaciones. Por eso, Treilhard, dirá que lo que importa, por encima de todo, es establecer solemnemen-

te en el Código que los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, he ahí lo más importante del cap. III: la garantía y la salvaguarda de la propiedad y así se había llegado, en el art. 17 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, a decir que: «La propiedad es un derecho inviolable y sagrado y nadie puede ser privado de ella, a no ser por causa de utilidad pública, y bajo la condición de una justa y previa indemnización». Lo que consagra y universaliza el derecho de propiedad, que define el art. 544 *Code civil*, como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga uso prohibido por las leyes y los reglamentos».

De este modo, no hay más que un tiempo de propiedad que se generaliza y que no hay que distinguir de otras formas de *dominia*, como en el antiguo Régimen, aunque el concepto ya estuviera formado desde la Baja Edad Media. Esta propiedad es igual para todos, con independencia de quién sea el propietario y cualquier que sea la cosa sobre la que recae.

Siendo este liberalismo moderado, el que se halla en el origen y en el fundamento de nuestra sociedad civil moderna, el que impulsa la reforma de la Universidad acometida por Carlos III, donde estudiaron los padres de la Patria americanos, como Bolívar o Belgrano. El liberalismo de Campomanes, de Jovellanos o de Florez Estrada, que curado de espantos por los horrores de la Revolución, está más cerca de Montesquieu y de los constitucionalistas ingleses que de los jacobinos, más inspirados en los maximalismos rousseauianos, que informa los trabajos de las gloriosas Cortes de Cádiz y que se manifiesta en la Constitución de 1812 o que todavía permanece en la Constitución de la Nación Argentina de 1853. Por eso, la primera, en su art. 4º establece que: «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Las propias Cortes de Cádiz, a partir de 1813, inician el proceso de reforma de la propiedad, con los decretos sobre desamortización y desvinculación, supresión de señoríos jurisdiccionales, cierre de las fincas rústicas, liberalización de los arrendamientos, proceso que se suspende al regreso del rey felón, Fernando VII,

que se vuelve a emprender en 1820 y de forma definitiva a partir de 1833 y culminando en 1856, con la reforma Madoz.

Todavía en 1800, en la España peninsular, sólo la tercera parte de la propiedad era libre; en 1861, cuando se promulga la primitiva Ley hipotecaria, liberada definitivamente la propiedad, el crédito territorial empieza a ser una posibilidad real, aunque hasta fines de siglo —en la década de los años ochenta— no se consiga que sea una realidad efectiva que hizo posible la transformación del país, su modernización, el surgimiento de una agricultura anteriormente inexistente y el inicio de la industrialización, un fuerte desarrollo del comercio y un aumento generalizado del nivel de vida, en asistencia social, educación y servicios, en general. Contemporáneamente, el Código civil de 1889, no hace más que consagrar la reforma llevada a cabo anteriormente, como expresa, con fórmula superior al francés, su art. 348-1: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», lo que completa su párrafo segundo (acción reivindicatoria) y el art. 349 (garantías de la expropiación forzosa).

Crisis del concepto de propiedad

Como dice F. Terré, con la codificación, «la propiedad individual es un derecho casi soberano, exclusivo y perpetuo. El propietario no está obligado a sufrir, salvo por actos jurídicos propios, limitación alguna de su derecho. No pudiendo permitir otras limitaciones que las expresamente previstas en el Código civil».

Pero una cosa es el énfasis de una época y, otra, la realidad, pues la propiedad siempre ha tenido limitaciones, como en unos artículos memorables demostró, hasta la saciedad, el marqués de Va-reilles-Sommier. Lo que pasa es que una cosa es la limitación y otra la intromisión en la esfera de los demás. En nuestro tiempo esta intromisión la ha llevado a cabo el Estado intervencionista y social que no contento con controlarlo todo, en la última fase de su desarrollo como tal, pretende adueñarse de toda la actividad económica más importante, a la vez que conserva su función como árbitro de la vida económica, el Estado empresario, resulta, de este modo, como

no ha dudado en calificarle J. Carbonnier, el Estado "*tricheur*". Bien es verdad que esta situación ha comenzado a cambiar: en Italia, en 1991, el gobierno del "pentapartido" ha sacado a la venta, cincuenta y cuatro grandes empresa, poco después el fenómeno se repetía en Francia, ahora se ha iniciado en España, etc.

De esta manera, de forma arbitraria: por razones de urgencia, de necesidad social, de economía de guerra, de lucha de clases, ha proliferado la legislación especial, la intervención pública en la actividad económica de los particulares, siempre rodeada de pretextos, nunca de razones, con lo que generalmente se han originado males mayores que los que se trataban de evitar, problemas, algunos de ellos, absolutamente ficticios. Pero, además, todo ello tiene su propia filosofía y su propia técnica. Su filosofía es el socialismo, más o menos real, más o menos imaginario, más o menos democrático, y su aparente antagonista, el fascismo (ya que "los extremos se tocan"), o no tan antagonista como parece. Su técnica, la planificación: nada más lógico, nada más ilustrado, nada más racional y, sin embargo, el resultado es un desastre, o, por lo menos, no es tan satisfactorio como uno se lo imaginaba. Ya lo decía mi colega de Salamanca, don Lamberto de Echeverría: la planificación no resulta, la libertad produce el milagro, también el milagro económico. Todo esto, ya lo denunciaron a su tiempo G. Radbruch y F. A. Hayeck.

Pero, de todos modos, este es el discurso del "Derecho social" que hemos disfrutado durante más de un siglo: un Derecho que pretende torpemente obtener **resultados**, descuidando los **medios** que es lo único a lo que el Derecho alcanza, si no se quiere desconocer la libertad, lo que ha llevado a la profunda crisis presente del Estado, que descuidando sus deberes, ha pretendido ocuparse de los deberes de los demás, desconociendo sus derechos. De este modo, se ha legislado constantemente contra *natura*, olvidando, como decía G. K. Chesterton que cuando se descuida lo natural, se cae en lo antinatural, aunque el escritor inglés decía todavía más, cuando se prescindie de Dios, cualquier politiquillo se cree "Dios con hongo", capaz de llevar a cabo la justicia distributiva, sin limitación alguna.

Todo ello, se halla vinculado a la crisis del individualismo, a la pérdida del humanismo cristiano, y a su sustitución por una se-

rie de ideales perecederos y cambiantes, contexto en el que surge, junto al posibilismo burgués, la interpretación materialista del marxismo, apareciendo como una flor de diversos colores la "función social de la propiedad", a cuyo esplendor contribuyen, tanto el integrismo de O. von Gierke, como el socialismo de Renner o de Menger y Solari, como el publicismo de Duguit, con lo que, en el fondo, lo que se impone es el "positivismo legalista" y todas las aspiraciones de justicia social no acaban siendo más que un medio de alcanzar el poder y cambiar el Derecho. Por lo que, volviendo a nuestro objeto, si de una legislación absolutamente obsoleta, derivada de esta crisis, se deriva el concepto especial de "propiedad agraria" tenemos que rechazarle, porque la propiedad es siempre una y la misma.

El equívoco legalista y otras nefastas influencias

La propiedad no la crea la ley, existe con anterioridad a la ley, sino tendría sentido la "garantía constitucional de la propiedad", pero entre algunos publicistas se ha difundido la especie de que no debemos hablar de "propiedad", sino de **propiedades**, de esta manera se ha comenzado a hablar de propiedad urbana y de propiedad rústica o de "propiedad agraria" y, durante algún tiempo, los agraristas, obsesionados por la "autonomía" de la disciplina del Derecho agrario, han tomado este especie en consideración con no poco entusiasmo, para fundar en ella una **especialidad**, aunque los grandes maestros de la escuela italiana, lo único que defienden es una mera "autonomía didáctica", así A. Carrozza, pero esto no siempre resulta bien entendido y, a veces, es mal utilizado.

Incluso, por tratar de buscar una mayor facilidad expositiva, algunos tratadistas, es el caso de J. L. Lacruz, que por otra parte era contrario a tal calificación, habla de **propiedades** y no de propiedad, al tratar de exponer en sus *Elementos de Derecho civil*, las especialidades de la propiedad urbana y la de propiedad rústica, citando en su apoyo la autoridad de S. Pugliatti, en su libro, *La proprietà nel nuovo diritto*, publicado en 1954. Pero este libro, en primer lugar, no es una obra sistemática, sino la agrupación en un volumen de una serie de tratos dispersos, la mayoría de los cuales,

se remontan a la época del “fascismo”. Pero, además es que, cuando el ilustre civilista siciliano, habla de propiedades, para nada se refiere al planteamiento propuesto, sino a las diversas formas en que la propiedad puede encontrarse, orientándose a los distintos tipos de cotitularidad, lo que nada tiene que ver con la reflexión de que, según actúa la “función social”, se generan diversos tipos de propiedad. Afirmación que es absolutamente falsa.

Todos los derechos tienen una “función social”, naturalmente, no sólo la propiedad; hablar de función social de los derechos es una tautología, lo mismo que cuando se habla de “Derecho social”: todo el Derecho es social. Por tanto la especialidad urbana o rústica, no deriva tanto de la legislación urbanística o del Derecho de colonización, sino de otra cosa totalmente distinta, de las diferencias que cualquiera puede apreciar en relación con el **objeto** sobre el que recae el derecho. Lo que no depende de la legislación sino de la propia “naturaleza de las cosas”. Esta apreciación ya se hallaba presente en el Derecho romano (*res mancipi*, *res nec mancipi*, suelo itálico, suelo provincial). De ahí procede la noción del *fundus instructus* que G. Bolla, situaba en el centro de los institutos del Derecho agrario. De ahí deriva, el concepto moderno de “finca funcional”, desarrollado en el *Bodenrecht* (“Derecho del suelo”), a partir de un concepto excesivamente material de propiedad, presente en el § 90 BGB, recayendo sobre cosas corporales y, no olvidemos, que fue el nacional-socialismo el que lo desarrolló, yendo mucho más lejos de lo que hubiera sido necesario.

Tampoco hay que olvidar que la “función social de la propiedad” es un argumento que se utiliza, en las confrontaciones sociales, siempre contra la propiedad de los otros, nunca se piensa que sea una correcta “medida” de la intervención estatal, de las administraciones pública, en la esfera privada, que ellas sí tienen que actuar dentro de la “legalidad ordinaria” y, por no hacerlo, y por no atenerse a criterios de racionalidad y de proporcionalidad, la planificación ha fracasado en todas partes.

Volvemos a decir, que la propiedad es siempre una y la misma, en cuanto concepto, aunque no sea lo mismo la propiedad sobre una finca, que la de una suma de dinero, o de unas acciones. Por otra parte, la propiedad, a pesar de verse limitada por las leyes, se ha extendido constantemente hacia nuevos objetos, incluso utili-

zando el *nomen* para hacer referencia a derechos que únicamente son semejantes o análogos a la verdadera propiedad, como la propiedad intelectual o la propiedad industrial. Por lo mismo que se aplica a la propiedad pública y a las propiedades especiales. La primera, es la única que se identifica con su "función social"; y, las segundas, ya existían en el antiguo Derecho: eran las "regalías" o "*iura regalia*" (aguas, minas, montes, etc.) o las "*res communis omnium*" (aguas, costas, patrimonio artístico, etc.) y, en ellas, siempre se expresa una "confluencia de intereses", públicos o comunes y privados: lo que nunca sucede en la llamada "propiedad agraria", con una excepción: la que plantea el Derecho indiano, por razones históricas muy especial, es, que ahora no son del caso. Aunque baste decir que, en aquel ordenamiento, se produce un tipo de dominio que no es el *dominium plenum*, sino algo que recuerda más a la enfiteusis.

En el ámbito del Derecho agrario, es cierto que han surgido nuevos objetos sobre los que recae el derecho de propiedad, pero no son más que eso, no nuevas formas de propiedad. Es el caso de la "explotación agrícola" semejante al "fondo de comercio", pero sin que haya llegado a adquirir una sustancia propia, y éste es uno de los grandes fallos de esta disciplina que ha perdido el tiempo en otras cosas, como hablar de la empresa. En este sentido van dirigidas las críticas a que anteriormente hemos aludido. Pero aunque se llegara a dotar de sustantividad a la explotación agrícola, esto no justificaría hablar de "propiedad agraria" como un concepto distinto de la propiedad común. En todo los ámbitos han surgido objetos nuevos, expresión de un fenómeno característico de nuestro tiempo, la expansión de la propiedad. Ahí tenemos, como ejemplo eminente, a la **propiedad horizontal** que surge, en todas partes, primero en la realidad que en la ley. Es casi un ser mítico o fabuloso, como un león alado, o un águila de dos cabezas, pues la propiedad es vertical, no horizontal.

Por otra parte, la regulación de la empresa, que es un fenómeno económico y no jurídico, no es más que una fantasía del *Codice civile* italiano, debida a la influencia del "fascismo" que no ha acertado a corregir la Constitución de 1948, en la que la garantía constitucional de la propiedad se agota formalmente en la "reserva de ley", aunque la mejor doctrina reconozca, como señala F. San-

toro Pasarelli, que en la propia Constitución existe base para entender que es un concepto anterior a la ley, con sustantividad propia, al reconocerse la "iniciativa privada" y la "libertad de mercado". Pero no todos opinan lo mismo.

Pero todo esto no es más que una deformación del alcance de la "función social" que no debe ser otra cosa que la adecuación, al bien común, de la política legislativa de intervención pública en la vida privada. En este sentido, en España, ha tenido lugar un hecho curioso, sino fuera también alarmante: abusando la legislación de colonización y de urbanismo de la función social de la propiedad que también reconocía la Constitución de 1931, siguiendo a la de Weimar, y las Leyes Fundamentales anteriores a la Constitución de 1978, a pesar de que ésta establece la "garantía" de la propiedad, en su art. 33, pero hablando también de aquella, y, a pesar de que su art. 53-2, confirma que alcanza a su "contenido esencial" (el *ius perfectae disponendi*), se ha interpretado, primero por la doctrina, en su libro sobre la propiedad y después por el Tribunal Constitucional, en la STC 37/87, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad sobre la flamante Ley de reforma agraria andaluza, desde la lógica de las leyes de colonización del régimen anterior: arts. 1 y 2 del texto refundido de la Ley de reforma y desarrollo agrario, aprobada por decreto de 13 de enero de 1973, que proclama que la "propiedad obliga" y que impone el "cultivo forzoso" de las fincas, haciéndolo en un contexto económico y social en que, tal cosa, ya no era una realidad, como podía haberlo sido en los años cuarenta o cincuenta. Todo esto, en un momento en que la agricultura "productivista" ha pasado de moda y cuando España acaba de incorporarse a las Comunidades Europeas.

Por otra parte, no hay que olvidar que el Derecho de colonización fue dejando a un lado la **reforma fundiaria**, siempre algo excepcional y, desde lo excepcional, no se puede construir ninguna teoría, porque lo excepcional está llamado a perderse en el tiempo, a ser definitivamente pretérito, como es el caso, en la realidad agrícola y social española, tanto, como sería en América, volver al Derecho indiano y mucho más, porque todo eso del patrimonio familiar inembargable y otras parecidas ocurrencias, no han sido más que fantasías legislativas que ni siquiera se han podido llevar a la práctica. Ahora bien, todo esto ha podido servir, antes y ahora,

para hacer demagogia política y la demagogia, según Aristóteles, siempre está más cerca de la tiranía que de la democracia.

Por eso, cuando los juristas abandonen la teoría, se hallan expuestos a ser utilizados, a caer en errores de los que pueden derivar sino grandes catástrofes siempre, sí, al menos, a que se mantengan tantos sofismas como prevalecen en el lenguaje común, cuando el hombre no sólo vive de pan sino de buenas palabras. Por eso, los juristas no tenemos que contentarnos con la "auctoritas"; ya los clásicos decían "*nisi auctoritas facti ius, sed veritas*" y no en vano, por ello, un gran pensador contemporáneo, recientemente desaparecido, K. R. Popper, decía, que es más propio de las ciencias sociales, desvelar errores que descubrir verdades.

IMPORTANCIA DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL ESTUDIO DEL DERECHO*

por FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA

I. Introducción

Según lo anunciado, hablaré de la importancia de los antecedentes históricos en el estudio del Derecho.

Espero no escandalizar si confieso que, entre tantas otras disciplinas que ignoro, figura la de la Historia, que presenta para mí el atractivo de lo desconocido, de lo a explorar, y de lo que sé que, por esfuerzos que hiciera, nunca llegaré a conocer, dado el tiempo de vida que me queda. Ante los encantos de las ciencias históricas, soy como un navegante que avizora a lo lejos una isla de ensueño, sin esperanzas de desembarcar.

He elegido el tema como un homenaje a las jóvenes egresadas a las cuales hoy distingue esta Academia. Les daré las reflexiones que siguen y que constituyen una exposición de dudas y una suerte de autobiografía de mis fracasos. Siempre he creído que a quienes navegarán en el futuro por aguas procelosas, les puede ser útil un historial de los naufragios, para confeccionar su propia cartografía e intentar eludir los escollos.

De los Sres. Académicos que me escuchan, espero comprensión de mis limitaciones y, quizás —solo digo “quizás”— alguna que otra aprobación, atendiendo a su propia experiencia. Tal vez, incluso, alguno llegue a coincidir conmigo en que esto de los ante-

(*) Este trabajo corresponde al discurso pronunciado por el autor en el acto de discernirse la distinción “Maestro del Derecho” —edición 1996— realizado el 1° de octubre de 1996.

cedentes históricos es a menudo el Triángulo de las Bermudas de los estudios jurídicos.

II. Limitaciones del medio

El primer escollo que siempre he encontrado es el de las limitaciones del medio en que escribo, que es la ciudad de San Miguel de Tucumán.

1. Primera experiencia

Tuve sobre esto una experiencia que me ha quedado grabada, cuando intenté investigar los antecedentes de nuestras acciones posesorias. Por la información que dan todos los autores, sabía que el Derecho Canónico había tenido su influencia, pero en mi biblioteca sólo disponía del nuevo Codex de 1983 y del anterior de 1917, demasiados recientes como para haber influido en la historia. Necesitaba conocer el canon *redintegranda sunt omnia exspoliatis*. Yendo por pasos graduales, busqué el viejo *Corpus juris canonici*, cuya edición oficial data de 1580, autorizada por Gregorio XIII. Razoné que, habiendo regido hasta 1917, debía estar, siquiera fuera en una edición más reciente, en cualquier biblioteca, o por lo menos, en las de la Iglesia. Por aquél entonces, no lo pude encontrar, y ya renuncié a retroceder al *Decretum Gratiani* del año 1150, y con mayor razón a ir al siglo IX cuando apareció la colección de las Falsas Decretales.

Me contenté con citar al canon de segunda mano, tomándolo de las obras de Savigny y de Bruns. Pero me ha quedado siempre una espina, porque por la forma en que lo presentan estos autores, tengo la fundada sospecha de que ellos tampoco lo compulsaron directamente en la obra del pseudo Isidoro, y que los textos que transcriben son del *Decretum Gratiani*.

Esa sospecha me tortura, porque de resultar acertada para esos dos grandes sabios, cuanto mayor ha de serlo para otros juristas. Paréceme, que la mayor parte de los autores obran como yo he obrado, y cuando hablan de los antecedentes remotos, suelen escribir de segunda mano, cuando no de tercera o de cuarta, con el ries-

go de que a medida que se suceden los autores que citan a otros, la originaria versión se vaya transformando.

Agréguese que, yendo a fuentes de una época en la que no existía la imprenta, ya metieron sus manos los copistas, con lo que es posible que el texto del que se partió tenga sus interpolaciones más o menos felices, del tipo de las que suelen detectar los exégetas de las Pandectas de Justiniano.

2. Segunda experiencia

Tuve una segunda experiencia a raíz de una conversación con un gran profesor tucumano, que, como ejercicio práctico, había encargado a sus alumnos que decidieran el célebre litigio entre Protágoras y Evatlo del que nos informan los manuales de Lógica. Dícese que el tribunal griego, encerrado entre los dos famosos dilemas, no se atrevió a sentenciar, pero el profesor tucumano, incitando el espíritu jurídico de sus alumnos les pide que resuelvan, no según el Derecho griego, sino según el Derecho Positivo argentino.

Lo delicioso del caso es que, para resolverlo, se precisan algunos datos adicionales y, respecto a ellos, hay versiones distintas.

3. Tercera experiencia

Salvando las distancias, ¿no nos ocurre algo parecido a nosotros, cuando citamos jurisprudencia, ya aprobándola, ya combatiéndola, con lo cual estamos siendo cronistas de la historia moderna? A través, no diré de los resúmenes de jurisprudencia, sino del examen de los fallos íntegros que se transcriben en las conocidas publicaciones, ¿conocemos realmente los hechos?

Allá en mi juventud, actuando en patrocinio conjunto, tuve éxito en un sonado asunto. La sentencia que nos fue favorable, recibió una mordaz crítica de un eximio jurista aparecida en una publicación de jurisprudencia, donde, si mal no recuerdo, palabras más, palabras menos, se decía que tanto los jueces de Cámara como los abogados de las partes ignorábamos los principios fundamentales del Derecho. Calculen Uds. la herida en mi vanidad que eso me ocasionó. Aún hoy me pregunto si hice bien en guardar si-

lencio en lugar de ceder a la tentación y enviarle, para su conocimiento, copia del escrito que nos diera el triunfo, en el que invocábamos precisamente las enseñanzas del duro crítico, que, por lo visto, no había leído el expediente, como yo tampoco lo he releído para formular esta réplica tardía.

Por lo demás, conociendo la jurisprudencia de cualquier país, ¿conocemos realmente su sistema? Carbonnier, en su "Derecho flexible" nos advierte que, como lo que los jueces deciden son conflictos, a través de sus sentencias trabamos contacto con la patología del Derecho. Pretender conocer en los fallos lo que el Derecho vivo es, equivaldría a pretender hablar del hombre atendiendo a su estado de enfermedad, y no al de salud.

III. Limitaciones del idioma

A esta altura, conociendo el espíritu crítico de la juventud, expresión de lo que suele llamarse el "abismo generacional", no se me escapa que, tal vez, alguno de los jóvenes que me escuchan está tentado de preguntarme: ¿de qué le habría servido compulsar directamente el *Corpus juris canonici*, el *Decretum Gratiani*, las Falsas Decretales, o el texto auténtico del litigio Protágoras vs. Evatlo, si Ud. no sabe absolutamente nada de latín ni de griego?

I. El acierto

Ese hipotético joven habrá dado en la tecla, al detectar un segundo escollo que obliga, una vez más, a hablar de segunda mano. No se trata sólo del latín y del griego que otros juristas dominan. Una perspectiva histórica exige mucho más. Personalmente, me regodeo de gusto cuando se me dice que la institución aparece en el libro de los Vedas, sin garantía alguna de que quien así lo afirma sepa algo de sánscrito, y llego al éxtasis si se detecta el origen en la tercera dinastía egipcia, aunque la verdad es que ni siquiera he visto un papiro, y de jeroglíficos, ni hablar. Después de todo, con buena voluntad, algo ha de poder reconstruirse del derecho de caza y del de pesca, en la prehistoria, consultando las pinturas rupestres de las cavernas, ya que, razonando con las medidas de las pirámi-

des, no han faltado quienes han afirmado que los egipcios pronosticaron hasta la fecha de la batalla de Waterloo.

2. *Traduttore, traditore*

Verdad es que, en muchos casos, nos parece asistir la fortuna cuando encontramos el documento original traducido a nuestro idioma. Pero aquí hay que tener siempre presente la máxima "*traduttore, traditore*".

No para un documento viejo, sino para uno relativamente reciente, tuve una experiencia cuando examiné la fuente de nuestro art. 1987 que nuestros autores, acertadamente, detectan en el art. 3286 del Esboço de Freitas, a la luz del cual intentan interpretarlo, valiéndose de la conocida traducción al castellano, impresa en Buenos Aires. Ocurre, sin embargo, pecado menor, que la versión castellana no coincide con el original portugués impreso en Río de Janeiro.

Tuve una segunda y reciente experiencia al estudiar el candente tema de la fecundación *in vitro*. No me satisfacía la definición del cigoto que da la traducción argentina de la Instrucción *Donum Vitae*. Tampoco satisfizo al firmante de la misma, Monseñor Ratzinger, quien ha cursado una nota-circular al episcopado, haciéndole saber que no coincide con el texto en latín y recomendando que, en futuras ediciones, se respete el texto típico, según el cual, cigoto no es la célula nacida de la fusión de dos núcleos, sino de la fusión de dos gametos.

"*Traduttore traditore*" es una máxima que recoge experiencia destilada. Véase lo que ocurre con el Código de Luisiana de 1824 que entró a regir en 1825 redactado en idioma francés siendo objeto de traducción, con errores, al idioma inglés. Después de las enmiendas de 1870, fue editado exclusivamente en inglés, suscitándose disputas judiciales sobre la versión que debía primar, que fueron decididas en casos como el de Straus vs. City of New Orleans en favor del texto francés. Las actuales ediciones privadas en inglés se encargan de marcar las diferencias. La de Yannopoulos de 1980 recuerda que los abogados concientes no dejan de consultar la versión francesa que fue incluida en una edición autorizada por la legislatura en 1938.

Para mal de nuestros pecados, el *Código de Luisiana* es fuente de 52 artículos de nuestro *Código Civil*, pero muchos de nuestros civilistas, al citarlo, ni siquiera tienen a la vista el texto en inglés y se manejan con la dudosa información de segunda mano, de la "Concordance" de Saint Joseph como he tenido oportunidad de comprobarlo al estudiar el régimen de los pagarés hipotecarios.

3. Limitaciones

Por lo demás, en esto de las lenguas, dada la historicidad del idioma, hay que tener presente que el dominio de un idioma para una época determinada, no significa el conocimiento del mismo para otra época, sino tan sólo una mayor posibilidad de acceso, como las que tenemos los de habla castellana cuando nos ponemos a leer el *Fuero Juzgo*. Por lo menos yo, a la décima línea ya comienzo a sentirme perdido, cuando tropiezo con la frase "*ye frucho muy poiante*".

Combinando la historicidad con las dificultades de las traducciones, nos podemos ver envueltos en un laberinto. Un buen ejemplo de ello lo suministra la palabra "prójimo" que tantas veces encontramos en las versiones españolas de la Biblia, pero que no significa lo mismo en el antiguo que en el nuevo testamento. Calculen Uds. lo que puede ocurrir si detectamos la expresión "No despojarás al prójimo" donde hay dos incógnitas, pues si lo que sea "prójimo" depende de la época y del pueblo, ya ni siquiera hay unanimidad de opiniones respecto a lo que entre nosotros, hoy y aquí, se entiende por "despojo".

IV. El camino de la historia

No faltará quien piense que estoy exagerando y que esas dificultades se presentan para temas, como hoy se dice, "puntuales", no para los grandes lineamientos, porque siendo nuestro sistema de Derecho, si no hijo, por lo menos nieto del Romano, tenemos una buena base en los sabios que lo investigaron y lo siguen investigando, en número tan grande y en idiomas asequibles, que nos sobra material para comparar y formular nuestras valoraciones.

1. El recorrido habitual

Confiando en ellos, generalmente procedo como creo que procede la mayor parte de los autores. Vengo del Derecho Romano al francés, con a veces un viaje de turismo por Domat y Pothier, para desembocar en nuestro sistema, previa una cortesía *ad pompam vel ostentationem* para el Derecho Alemán, y, después de la reforma de 1968, un saludo especial para el italiano, más alguna que otra aislada reflexión sobre el Common Law, atento a la influencia que tiene en algunas instituciones recientes.

De alguna manera, subliminarmente, estamos influidos por la célebre afirmación de Ihering, según quien, Roma, por tres veces dictó sus leyes al mundo, y, sin vacilar, pasamos de las Pandectas de Justiniano al tiempo de la recepción del Derecho Romano que conmovió a Europa.

2. El Medioevo

Con esa visual, todo un período de la Historia queda salteado, como si los bárbaros no hubieran existido, o, lo que da lo mismo, como si no hubieran merecido existir, si nos atenemos al juicio crítico de Montesquieu, para quien las leyes de los visigodos fueron pueriles, torpes, idiotas, inútiles y frívolas.

Con ese cómodo, pero acientífico modo de proceder, llegamos a colocar al Medioevo entre paréntesis. No parece razonable pensar que todo el sistema del Medioevo implicara una brusca y completa desaparición del Derecho Romano, que de algún modo sobrevivió, como lo ha intentado demostrar Savigny en su erudita, aunque incompleta *Historia del Derecho Romano durante la Edad Media*.

Paréceme que, en ese hacer abstracción del Medioevo, subyace una injusta descalificación de toda una cultura. Esa nota descalificatoria era la que, por lo menos donde yo cursé la secundaria, solía enseñarse, cuando se hablaba del oscurantismo medioeval y se presentaba a esa Edad como si hubiera sido la noche de los tiempos.

Hoy todo eso se está reexaminando. En particular el siglo XIII ha despertado la atención. Como bien se ha observado, para asumir su defensa, basta con dar nombres. ¿Qué siglo puede ufanarse

como el XIII de haber dado un poeta como Dante Alighieri, un santo como Francisco de Asís, un teólogo y filósofo como Tomás de Aquino, un aventurero explorador como Marco Polo, un rey francés como San Luis, y uno español como Alfonso el Sabio que nos legara las inmortales Siete Partidas? Brillante constelación de nombres, que no agota la lista y, a la que quiero agregar, uno, pocas veces recordado, con el que se rescata a una masa anónima digna de admiración. Se trata de Esteban de Francia, un niño de 12 años, que galvanizó a 30.000 niños y niñas de su edad, para arrastrarlos, contra la voluntad de Felipe Augusto, a una cruzada de paz. Los que no perecieron en el mar, fueron vendidos como esclavos en Egipto.

El fenómeno que ocurre con el Medioevo es otro, digno de repensarse. Priestley, en su *El hombre y el tiempo* lo ha descrito gráficamente, imaginado el curso de la Historia como un camino que lleva del pasado al presente. En la carretera principal, es inútil pretender encontrar a la Edad Media, que no estuvo en el medio de nada, y, por lo tanto, no estuvo entre el kilómetro tal y el kilómetro cual. El que viniendo por ese camino, desde Roma, quiera encontrar al Medioevo, no debe mirar hacia adelante, sino hacia un costado, y advertirá la existencia de un camino lateral que aparece a un costado de la carretera central de la Historia. Internándose por ese camino lateral, tras salvar un recodo «hallaremos el castillo, los caballeros, los servidores de gayas libreas, los muros y el humo de alguna ciudad, presidida por una asombrosa catedral». Resumiendo y glosando a Priestley diremos que sus gobernantes «podían ordenar una matanza el martes, entregarse a un festín durante todo el miércoles, y hacer penitencia descalzos el jueves»; el hombre del pueblo «vivía en una casucha miserable y ayudaba a construir catedrales que todavía nos cortan la respiración», padecía la guerra, el hambre, la peste, mientras contemplaba «pompas y boatos más suntuosos que cuanto nosotros hayamos visto jamás». Pero todos, sin distinción de clases, se encontraban en las grandes peregrinaciones, y cuando llegó la hora, de todos los estratos surgieron los que emprendieron la epopeya de las Cruzadas. Era un mundo lleno de contradicciones, pero vital. Los hombres contemporáneos, con toda nuestra tecnología, somos «maquinales y mortecinos, mitad robots, mitad fantasmas, comparados con nuestros antepasados

medieavales». Cuando se busca el signo característico de aquella época, se lo encuentra en una idea que dominó toda su cultura, que pertenece a ella y no a otra época anterior o posterior. Su cultura no se desarrolló *sub specie mortis*, inmersa en el tiempo, sino *sub specie aeternitatis*, bajo el signo de la Eternidad.

Cuando concebimos así al Medioevo, se advierte porqué, de hecho, el hombre contemporáneo se siente más identificado con el pagano de Roma. En su modo de pensar se parece más a ellos. Lo que queda a indagar es si el parecido que hemos tomado, nos beneficia. Los viejos patricios de los orígenes de Roma tenían pocas leyes, pero un sólido código moral, tanto que, cuando sobrevinieron las luchas con los plebeyos, ninguno se atrevió a negarles ni *la castitas*, ni las *honestitas*. Los de la época de la invasión de los bárbaros eran distintos. Bien se ha dicho que Roma no fue vencida por los bárbaros. Roma se pudrió, se destruyó a sí misma; lo que los bárbaros barrieron fueron los residuos de una autoingestión. Me pregunto, ¿qué está aconteciendo con nuestra actual civilización occidental entregada a un proceso de descomposición moral que ha sido denunciado por grandes pensadores?

La Moral está siendo olvidada y prevaleciendo la Técnica. Con palabras de Einstein diremos que lo que caracteriza a nuestro siglo es la perfección en los medios y la confusión en los fines.

V. El enfoque histórico

Pero, en fin, por lo menos para el Derecho Romano, parece que tenemos una base sólida.

Como no soy romanista, sino civilista, voy a darles la impresión que me ha causado el Derecho Romano cada vez que me he acercado a él. Contemplándolo desde lejos, todo me parece claro. Pero a medida que me aproximo, la imagen clara se va desvaneciendo, hasta que al final me pregunto si lo que al principio veía no era sino un mero espejismo.

Para el Derecho Romano, como en general para cualquier Derecho del pasado, hay un escollo especial. Sobre él nos ilumina Ihering en su obra póstuma y lamentablemente inconclusa, intitulada *Historia del desarrollo del Derecho Romano*.

Ihering vuelca en ella dos advertencias que dominan todo su pensamiento:

1. Primera advertencia

La primera es ésta: que una historia no puede reducirse a «la seca yuxtaposición de hechos históricos» a una pura nomenclatura que se reduzca al enunciado de las normas que se sucedieron, “*leges, senatus consultus, constitutionem principum, etc.*”, como si se tratara de “una lista de ropa blanca: camisas, cuellos, pañuelos”.

La observación es preciosa. Me recuerda a la Historia Argentina que solía enseñarse a la generación de mis mocedades, que era una tediosa cronología de batallas y de nombres de gobernantes (indicación de ministros inclusive). Con palabras de Ihering diría que no pasaba de ser una lista de ropa blanca, con el agravante de que —en gran parte— lo era de ropa ya lavada y planchada. Y en esto, no nos apartábamos de la costumbre general en otros países, donde también la práctica es de escribir historias *ad usum delphini*. Tal modo de enseñar la historia, es útil como ejercicio de la memoria, y como información preliminar, pero teniendo presente que apenas se ha proporcionado una suerte de vademécum a la verdadera Historia tratada en profundidad, que requiere estudios en una carrera universitaria especializada.

Pero los abogados no recibimos esa instrucción y cuando nos ponemos a hablar de los antecedentes históricos, renqueamos con la pierna izquierda. Lamentablemente, a los que tienen un grado universitario que los habilita, por ejemplo, al profesorado de Historia, no les va mejor, porque como no han hecho estudios profundos de Derecho, renquean con la pierna derecha. Para poder abordar realmente la exposición de los antecedentes históricos hay que ser simultáneamente un jurista y un historiador, combinación que raras veces se da.

2. Segunda advertencia

La segunda advertencia que vuelca Ihering es la de la necesidad de captar «la conexión íntima de los hechos que se suceden en

la historia». Comparando el conocimiento de la historia del Derecho Romano con el del movimiento de un reloj, señala plásticamente que, de aquella, hasta hoy, sólo conocemos el cuadrante donde vemos moverse las agujas, pero “el interior del reloj permanece en el misterio”.

La investigación del misterio que explica la evolución o involución de una determinada institución es fundamental para una verdadera comprensión de la historia.

Lo es incluso para cuando se quiere comprender una institución del presente. Sobre esto, voy a darles un pequeño ejemplo, tomado también, de mi experiencia personal. La actual ley de protección del consumidor emplea la expresión “cosas muebles de consumo durable”. Algunos tratadistas la han objetado como si fuera una suerte de impensado disparate del legislador. En mi opinión, en esto, sólo han contemplado el cuadrante del reloj. Como por aquella época yo era diputado nacional, conocí los entretelones, que por lo demás, quedaron reflejados en el Diario de Sesiones. Quien lea ese debate, podrá quizás seguir afirmando que fue un disparate, pero jamás podrá decir que fue impensado, ya que fue objeto de especial tratamiento. Por lo demás, a quienes quieren leer “cosas inconsumibles”, donde la ley habla de “cosas muebles de consumo durable” cabría observarles que disparate por disparate, con el criterio que adoptan, también parecería serlo el hablar de un consumidor de cosas inconsumibles.

VI. La injusta valoración

Retornemos al Derecho romano para formular observaciones adicionales. Tengo para mí, que la mayor parte de los estudiantes egresan imaginándose a Roma como un conglomerado de patricios, plebeyos y esclavos, en lo que no estarían muy lejos de la verdad, si no fuera que tienen la inclinación a identificar a los patricios con los nobles de la época anterior a la Revolución francesa, a los plebeyos con el proletariado al modo de Marx, y a los esclavos con los que en épocas relativamente recientes que avergüenzan a la Historia, fueron sacados de Africa, para ser objeto de un indigno comercio.

Quien mire así a Roma, mejor será que la deje tranquila. En vano intentará comprender su Derecho. Muchas culpas tuvo Roma, como muchas culpas tenemos los pueblos de hoy, pero no les imputemos culpas inventadas.

Para el caso, muchas culpas tuvo Grecia, lo que no le impidió ser la cuna de la Filosofía. Si hoy digo, por ejemplo, que Sócrates, según afirman algunos, tuvo simultáneamente dos esposas, no han de faltar quienes se rasguen las vestiduras, tachando a Sócrates de polígamo. Pero espero que el juicio crítico cambie, si se recuerda que, por aquel entonces, Atenas, diezmada por las guerras, impuso a sus ciudadanos tomar una segunda esposa. El buen Sócrates, que ya tenía sus dolores de cabeza con Jantipa, tomó a Mirta como segunda mujer, en esa actitud de obediencia a las leyes de su ciudad, que tiempo después le llevó a beber la cicuta. Así mirado, Sócrates no fue ni polígamo ni suicida, sino un santo pagano y merece doblemente nuestro respeto, pues con su doble martirio, nos ha dejado la lección de una vida sujeta al acatamiento de las leyes.

VII. La Cosmovisión

Todas estas dificultades se agravan con el hecho, nuevo escollo, de que para hablar de la Historia, querámoslo o no, partimos de una determinada concepción filosófica, o, si se quiere, de una concreta cosmovisión.

Pocos juristas son filósofos concientes, y a la mayor parte de nosotros nos acontece, lo que a Monsieur Jourdain que hacía prosa sin saberlo, y filosofamos sin darnos cuenta.

Miran unos la Historia como lineal, ya con optimismo progresista hacia una sociedad ideal, ya con pesimismo regresivo, como algo que nos aleja cada vez más de una nostálgica Edad de Oro, ya con una mezcla de optimismo y de pesimismo, pues si advierten que progresa el Bien, también constatan que progresa el Mal. Concibenla otros, con bucles, espirales, *corsi e ricorsi*. Campean las sombras antagónicas de Heráclito y de Parménides. El «no nos bañamos dos veces en las aguas del mismo río», de Heráclito, seduce a mucho y, exculpándose con él, caen en el pragmatismo más desaforado que les permite contradecir hoy lo que afirmaron ayer,

como bueno y necesario para la sociedad. Verdad allende, mentira aquende los Pirineos, verdad ayer, mentira hoy. Pero si renunciamos a la idea de un núcleo permanente, donde está lo más noble y esencial del ser humano, renunciamos a la existencia de un Derecho Natural y, con ello —en mi opinión— damos las espaldas a la Justicia, desoyendo el grito de Antígona que invocaba las leyes eternas e inmutables de los dioses.

VIII. La religión

He empleado la palabra “dioses”. Con el monoteísmo que profeso, diré “Dios” acompañando así a Antígona en su clamor, respetando su religiosidad, por la nobleza de una concepción que piensa que hay principios superiores que gobiernan a cualquier Legislador, que impregnan y dan sentido a la vida de los individuos y de los pueblos.

Para conocer los hechos del pasado, hay que tener en cuenta la religiosidad de los pueblos respectivos. La vieja familia romana, la negación del *jus connubium* entre patricios y plebeyos, no se explican prescindiendo de ese dato. Sin él, tacharemos de incestuosos a los faraones egipcios y a los Incas de América. Sin él, miraremos las pirámides como frutos del látigo cayendo sobre las espaldas de los pobres operarios, y sin él, nos será imposible entender a aquél picapedrero que, preguntando por lo que hacía, dio la soberbia respuesta: «estoy construyendo una Catedral».

Pero como ese conocimiento lo tomamos desde nuestra propia cosmovisión, por objetivos que pretendamos ser, inconcientemente procedemos a verificar un proceso selectivo, minimizando lo que pensamos que no coincide con lo que debió ser, y destacando los puntos que traen agua para nuestro molino, que declaramos que fue. Compárense las historias escritas por agnósticos con las que son fruto de un espíritu religioso y se llegará a esa conclusión, pues aunque ni uno ni otro proclamen a los cuatro vientos su cosmovisión, se distinguen hasta en las palabras y los giros que emplean. El Marqués de Olivart, en su tratado sobre la *Posesión*, única obra a la que el alemán Windscheid salvara con un “quizás” de su repulsa a todo lo no germánico, advierte del tema en las prime-

ras páginas, anunciando que en lo sucesivo hará lo que hoy denominaríamos una propaganda subliminar de la Religión.

Acháquenme Uds. de hacer propaganda, ya no subliminar, sino directa, pues afirmo que me atrae la doctrina de quienes, como Pieper y Maritain enseñan que la Historia encierra un misterio y que para comprenderla en su globalidad, debemos sumergirnos en la búsqueda de lo sobrenatural que está en el origen y en la consumación de todos los tiempos. Sin el Alpha y el Omega, el alfabeto en el que se desgrana la Historia, quedará siempre inconcluso.

IX. Las ideas

Un lugar especial debemos dar a la historia de las ideas. Las ideas pueden no estar expresamente plasmadas en una norma de Derecho Positivo, pero están allí, en el intérprete, que las hace presentes en el caso concreto. Incluso pueden estar en contra del Derecho Positivo y vivir con una clandestinidad más efectiva que la de las leyes, en la conciencia colectiva de los pueblos.

X. La economía

Y además, está el tema de la Economía. ¿Cómo hablar del pasado, si no es a la luz de las condiciones económicas de la época?

Se ha afirmado que el primitivo dominio quiritario romano se limitaba a dos "jugera", lo que, teniendo en cuenta el rendimiento de la tierra, y conceptuando una "familia" de cuatro miembros, daba cinco fanegas anuales de trigo por persona.

De entrada, la manera de encarar el tema, ya me causa escozor. Eso de una familia de cuatro miembros es una visual modernista propia de las naciones que están experimentando el proceso de despoblación, con lo cual queda inexplicado cómo hicieron esos viejos patricios para desangrarse en guerras y fundar uno de los más grandes Imperios.

Por lo demás, incluso con ese número, con cinco fanegas *per cápita* era imposible que sobrevivieran, tanto más que ni siquiera

el soltero que dispusiera de las veinte fanegas hubiera realizado la hazaña, ya que la manutención de un esclavo se calculaba en cincuenta y un fanega y no es de pensar que un patricio fuera más frugal que un esclavo. Ante ello, parece razonable pensar que la opulencia de los patricios, que hasta se daban el lujo de ejercer magistraturas públicas *ad honorem*, tenía que explicarse por otra forma de propiedad inmueble.

La pregunta que me surge es ¿cuál de las dos propiedades es el antecedente de nuestro dominio inmobiliario actual?

Nuestra doctrina suele encontrarlo en el dominio quirritario. No me atrevo a negarlo. Lo que no me acaba de cerrar es el dato que tomo de Mommsen: ese viejo dominio quirritio estaba libre de impuestos. ¡Pobre descendiente el nuestro, agobiado por el Leviatán!

Esto de buscar antepasados a instituciones del presente, tiene sus bemoles. Dando la historia de la forma de explotación de la tierra en el sistema inglés, Arminjon-Boris Nolde-Wolff lanzan una afirmación que hay que tomarla con pinzas: según ellos, el sistema anglosajón no conoce el dominio inmobiliario. De ser cierto, si nos asaltara la moda de adoptar todo el sistema británico, perderíamos el dominio inmobiliario. Claro que ante ello, un sensato Gatopardo, olvidando los nombres y particularidades, pero yendo a la esencia, comentaría “todo debe cambiar, para que permanezca como era antes”.

He dicho “olvidando los nombres”. Porque los nombres, a veces confunden.

He tenido una pequeña experiencia al examinar la expresión “beneficio de división” que aparece en el art. 2004 del Código Civil y en el art. 480 del Código de Comercio. La *communis opinio*, influida por ese nombre, trata de interpretar y aplicar el art. 2024 siguiendo a la doctrina francesa, y enseña que la división debe ser “invocada”, en defecto de lo cual se tiene por renunciada, lo que le trae el problema adicional de debatir respecto a la oportunidad de la invocación. Y pues parten de la doctrina francesa, se remontan al rescripto de Adriano y se preguntan si el beneficio invocado conduce a una división que compute a todos o sólo a los fiadores solventes.

Por mi parte, he seguido otro camino, y llegado a la conclusión de que del “beneficio de división” existe el nombre, pero no

el instituto conocido bajo ese nombre, sino otro distinto que es la división de pleno derecho propia del régimen de mancomunidad. El error de nuestra doctrina está en ir a las fuentes francesas, desoyendo el texto del art. 2024 y la advertencia de Vélez en la nota a éste, donde cita como fuentes a la *Novísima Recopilación* y al Código de Chile, recordando que están en contra de la solución del artículo, las Leyes de Partidas, las Institutas “y todos los códigos extranjeros” y recomendando leer a García Goyena. A ello agrego que recomiendo leer la anotación de Vélez a las *Instituciones de Derecho Real de España*, donde expuso su pensamiento que mantuvo al redactar el Código Civil. Pero, sobre todo, recomiendo leer el texto del art. 2024, y consultar a la razón. Un beneficio de división se explica en sistemas que parten de una solidaridad legal entre los fiadores, inexistente en el nuestro. Entre nosotros, o hay solidaridad pactada o no la hay. Si la hay, no cabe un beneficio de división pues lo rechaza el art. 2004; y si no la hay, el otorgamiento de un beneficio es inútil, ya que se opera la división *ipso jure*.

XII. Conclusión

Absorbí demasiado tiempo. Ha llegado el momento de que concluya.

Advertirán Uds. que, muy lejos de negar el valor de los antecedentes históricos para el estudio del Derecho, los tengo en alta estima. Lo que me preocupa es la manera en la que, a menudo, son encarados.

Por un lado, como en los programas de estudio suele exigirse a los alumnos que se detengan en ellos, los manuales satisfacen la exigencia, pero no siempre tienen el cuidado de advertir que, donde se esperan aserciones, en muchos casos sólo se suministran hipótesis, despertando inquietudes para que, en el futuro, investigadores más afortunados vayan develando las incógnitas del pasado.

Por el otro, el relato que hoy suele hacerse, está impregnado de una pretensión de manejarse con una neutralidad ideológica, en sí imposible, ya que la neutralidad es también una toma de posición que, acto seguido de adoptada, a lo único que puede llevarnos es a quedarnos inmóviles para siempre en una suspensión de toda

posterior valoración jurídica. Así no se cumple la misión de dar a conocer el pasado para entender el presente y preparar el futuro.

Quien hable de la vida, debe hacerlo viviendo. Renunciar a toda valoración es renunciar a vivir, ya que sin ella, al hablar de la historia, será un cadáver haciendo la autopsia de otro cadáver, pues los hechos del pasado no pasan de eso, si se los abstrae del aliento que los animó.

Quede a Uds. la valoración de esta hora de disertación, en la que podré haber errado, desvariado, pero ¡he vivido!

**ACTIVIDAD
DE LA ACADEMIA**

DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS
EN SESIONES PRIVADAS

LA SILOGÍSTICA ARISTOTÉLICA Y EL SILOGISMO PRÁCTICO-PRUDENCIAL *

*Disertación del académico de número, Dr. Olsen A. Ghirardi
realizada en la sesión privada del 9 de abril de 1996.*

Un ilustre procesalista italiano se planteaba el problema de la estructura de la sentencia y se preguntaba si podía resolverse con el modelo silogístico. Por una parte era evidente la seducción que esa solución comportaba, pero, por otra, también era notoria su insatisfacción. Calamandrei, de él estamos hablando, nos deja a medio camino de una opinión definitiva ¹.

Si observamos las fechas de estas especulaciones, advertiremos que ellas se daban con anterioridad a los estudios efectuados por Jan Lukasiewicz. Este lógico nació en Polonia en 1878, fue primero profesor en la Universidad de Varsovia y luego lo fue también en la Universidad de Dublín (Irlanda) desde 1946, durante diez años, donde falleció en 1956.

A Lukasiewicz le cabe el honor de haber sido quien realizó el primer trabajo de conjunto sobre la lógica aristotélica desde el punto de vista de la lógica formal moderna. El mismo dice que construyó un sistema de lógica modal y que los primeros esbozos los desarrolló, en conexión con ideas de Aristóteles. Expuso el resultado de sus investigaciones en sus conferencias pronunciadas en la Royal Irish Academy en el año 1951 y en la Queen's University de Belfast en 1952. El sistema completo fue publicado en *The Journal of Computing Systems* en 1953.

(*) En el texto se utiliza la expresión silogismo "judicial", como si fuera un sinónimo. Alguna vez también he escrito la expresión silogismo "jurisprudencial".

¹ Cf. P. CALAMANDREI, *Studi*, I, 1930.

to, si se pretende adjudicar la paternidad de ella al propio Aristóteles.

b) Por otra parte, todos los silogismos aristotélicos son implicaciones (no inferencias) que tienen la conjunción de las premisas como el antecedente y la conclusión como el consecuente.

Por ende, un ejemplo correcto de silogismo aristotélico sería el siguiente:

[2] Si todos los hombres son mortales
y todos los griegos son hombres,
entonces, todos los griegos son mortales.

Aquí el término “hombre” *implica* “griego”; entonces, ambos términos comparten la propiedad de “mortal”. Por el contrario, habría *inferencia* cuando, por ejemplo, de la palidez del rostro de *A*, se infiere que está enfermo.

Eliminando la *materia*, es decir, preservando sólo la *forma*, el silogismo aristotélico utilizaría exclusivamente letras en lugar de sujetos y predicados concretos. Esto es:

[3] Si todo B es A
y todo C es B,
entonces, todo C es A.

Pero una lectura atenta de Aristóteles nos muestra que acostumbra a poner siempre el predicado en primer lugar y el sujeto en el segundo. De manera que si utilizamos este método, tendríamos el *genuino silogismo aristotélico*, según Lukasiewicz:

[4] Si A es predicado de todo B
y B es predicado de todo C,
entonces, A es predicado de todo C.

En los silogismos válidos Aristóteles representa todos los términos mediante letras (C B A), es decir, variables. No usa, por eso, términos concretos como *hombre* o *animal*. De ello se desprende

que la conclusión no es consecuencia de la materia sino de la forma. Las letras, por otra parte, son signos de universalidad y pueden ser substituidas por términos concretos. Eliminando los términos concretos de un silogismo y reemplazándolos por letras sólo queda la forma. En este sentido la lógica de Aristóteles es una lógica formal.

Esquemáticamente tenemos términos, que son:

a) variables: A, B, C, S, P, R (letras);

b) constantes: ba) conjunciones: y, si.

bb) adverbios: todo, ninguno, alguno, no alguno.

Las proposiciones se representan también por las letras:

A (universal afirmativa);

E (universal negativa);

I (particular afirmativa); y

O (particular negativa).

Como resumen, Lukasiewicz concluye que «la lógica de Aristóteles es una *teoría de las relaciones* A, E, I y O en el campo de los términos universales». Y el silogismo quedaría descrito de la siguiente manera: “Siempre que tres términos están relacionados unos con otros de modo que el último está contenido en el medio y el medio está contenido o no en el primero, los extremos han de formar un silogismo perfecto”.

Vamos a insistir algo más sobre algunos aspectos del silogismo, según Aristóteles. De acuerdo a ello, todo silogismo consta de tres proposiciones llamadas *premisas* y éstas constan de *términos*, que mientan sus dos elementos: el sujeto y el predicado.

Las premisas o proposiciones —tomados aquí los vocablos como sinónimos— por su parte, pueden ser: universales o particulares —afirmativas o negativas— cuando ha sido cuantificado el sujeto por los signos (adverbios) *todo* y *ningún*, o bien *algún* y *algún no*, respectivamente.

A su vez, existen términos singulares como *Calias* o vacíos como hircocervo.

Débase aclarar que el término universal es predicado de muchos sujetos (por ejemplo, “hombre”); es singular cuando no tiene esta propiedad y es predicado de un solo sujeto (por ejemplo, “Calias”).

En el genuino silogismo aristotélico —valga la repetición—, no existen premisas singulares. Según la tesis de Lukasiewicz, pue-

de afirmarse que la Lógica aristotélica sólo contiene cuatro clases de premisas: la universal afirmativa, la universal negativa, la particular afirmativa y la particular negativa. No obstante, en la obra que hemos citado, el mismo autor pone una nota donde expresa que «los argumentos en favor de la tesis de que puede considerarse que las proposiciones singulares forman una subclase de las universales —véase por ejemplo, J. N. Keynes, *Formal Logic*, (Londres 1906, pág. 102)— son, en mi opinión, erróneos».

Siguiendo en esa tesitura, el mayor defecto de la Lógica aristotélica radica en el hecho de que los términos y proposiciones singulares no tienen cabida en ella. Por cierto —y lo aclaro una vez más— ésta es una afirmación de Lukasiewicz. La causa de esta modalidad la hace radicar en el hecho de que es «esencial para la Lógica aristotélica que el mismo término pueda ser usado como sujeto y predicado sin ninguna restricción», es decir, su «silogismo requiere que los términos sean homogéneos con respecto a su posible posición como sujetos y predicados» (*op. cit.*, cap. I, § 3). Pero, podría agregarse —y esto ya lo dice quien esto escribe—, que Aristóteles aceptaría que el silogismo tradicional, con una premisa singular, por ese solo hecho, no conduce necesariamente a una conclusión singular errónea. Volveré sobre el tema más adelante.

Resulta evidente que, si partimos de la tesis de Lukasiewicz, acerca de cuál es el genuino silogismo aristotélico, y si, por otra parte, nos empeñamos en encontrar un silogismo en el fondo de la estructura de la sentencia judicial, es indudable también que éste de ninguna manera coincide con aquél.

En primer lugar, porque en el silogismo judicial la premisa menor contiene un término singular, lo que hace que la conclusión siga su suerte.

En segundo lugar, porque sólo pertenecen a la lógica las leyes silogísticas expuestas mediante variables, aunque podría argüirse que los silogismos judiciales, con términos concretos, son sólo *aplicaciones* de leyes lógicas, que no pertenecen de verdad a la ciencia de la lógica. Y tengo para mí que esto no podría ser repudiado por el mismo Aristóteles, antes bien, estaría en su línea de investigación.

Veamos la cuestión. Aristóteles, según los especialistas, parece haber querido guardar un delicado equilibrio entre la observación y la teoría. Por lo demás, sus investigaciones sobre los animales y sus concepciones biológicas serían contemporáneas con sus trabajos lógicos, especialmente con los *Analíticos primeros* y los *Analíticos segundos*. Así los eruditos sostienen que la redacción de la *Investigación sobre los animales* corresponde a la etapa media de su vida y a la época de su estancia en Lesbos. Tricot sitúa su composición entre los años 343-340 a.J.C. y otros especialistas, como Düring o Vegetti, lo hacen en fechas próximas a aquéllas. Aristóteles, en esa obra describe primero y clasifica después y demuestra su afán por probar el orden y la regularidad de la naturaleza. Predomina, en su método, un progreso en el estudio de la anatomía comparada de los animales, elevándose, hacia un punto de vista general, por sobre las diferencias de las especies.

No hay una verdadera clasificación sistemática de los animales, pero avanza desde distinciones y dicotomías que permiten clasificarlos. Se ha dicho que «fundamentalmente trabaja con las nociones de génos y eidos, “género” y “especie”...». (Cf. D'Arcy Wentworth Thompson, *Aristotelis Historia Animalium*, Oxford, 1910. M. Vegetti, *Opere biologiche di Aristotele*, Milán, 1971).

Además, las partes más antiguas de la Lógica (*Tópicos*, *Refutaciones sofísticas* y *Categorías*) habrían sido escritas en su primer período o período platónico, según el esquema evolutivo de Jaeger. (Cf. W. Jaeger, *Aristóteles* [trad. Gaos], México, 1957). Mientras los *Analíticos* —ambos— serían del período de transición, es decir, de la misma época de la composición de la *Investigación sobre los animales*.

Pero sea cual fuere el decurso histórico de los acontecimientos y el itinerario mental del Estagirita, el discurso —para él— tiene como objeto la verdad y la lógica como fin ser el *instrumento* de la ciencia que guía en el camino hacia la verdad, es decir, es el discurso de lo *que es*.

Además, para ser más claro, se debe destacar que casi todos los especialistas de hoy sostienen que la lógica aristotélica surge de la retórica. Avanza según un orden de formalización y de rigor científico crecientes desde las *Categorías*, *Tópicos*, *Refutaciones sofísticas*, hacia la *Interpretación* y los *Analíticos primeros* y *segundos*.

Por eso, la determinación del *género* es tan importante en esa concepción de la ciencia aristotélica. Por eso, los ejemplos que menudean en los *Analíticos* donde tropezamos varias veces con la siguiente gradación: animal - hombre - Calias. De ahí que sea «más fácil definir lo singular —la especie particular— que lo universal», según Aristóteles. Lo que es realmente singular (Calias) se describe y no se define.

Pero ello no quita que construyamos razonamientos (en el caso de los asérticos) donde podemos predicar “hombre” de “Calias” y “animal” de “hombre”. Y, luego, Aristóteles, a continuación pone el ejemplo que dice que «aquello blanco es Sócrates» y «quien viene es Calias» (43 a 20-35). Por lo que, finalmente, me parece legítimo que pueda verse en el razonamiento judicial el llamado silogismo tradicional con una premisa singular y como recurso de una lógica aplicada que no es incompatible con los principios de la lógica formal aristotélica.

Por esa causa, en otro lugar³, he dicho que me seduce, en efecto, tanto como a Calamandrei, sostener que, en la sentencia que resuelve un caso judicial, en un proceso por daños y perjuicios, nos encontramos con una estructura silogística, donde la norma del derecho civil que ordena reparar el daño es la premisa mayor.

Diríamos que, como en el silogismo tradicional, estamos ante un silogismo con premisa menor singular, esto es:

[5] Si toda persona que ejecuta un hecho
que por su culpa o negligencia ocasiona
un daño a otro, *debe* reparar el perjuicio.

y Pedro, en este caso, ha ejecutado un hecho
que, por su culpa o negligencia, ha ocasionado
un daño a otro (Juan),

entonces, Pedro *debe* reparar el perjuicio a Juan.

³ Olsen A. GHIRARDI, *Lógica del Proceso Judicial*, Córdoba, 1987, 2ª ed., 1992, pág. 63.

Nos encontramos aquí, en primer lugar, con que en la premisa mayor el sujeto es “toda persona que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro”. El predicado es “reparar el perjuicio”. El verbo “debe” indica una acción porque estamos en el universo jurídico.

Como consecuencia, en principio, las proposiciones (tomo el vocablo proposición como sinónimo de premisa) del silogismo judicial —al menos en el ejemplo— indican *acción*. El sujeto (universal) de la mayor, por otra parte, como suele acontecer en muchos casos con los conceptos jurídicos, es complejo; no se identifica con cualquier persona sino con quien ejecuta un hecho (acción) de determinadas características. A su vez, la proposición o premisa menor establece que el sujeto (singular) ha ejecutado un hecho (acción), que está implicado en el género de la mayor. La conclusión, evidentemente, no puede ser otra sino la que indica el predicado de la mayor, esto es, “reparar el perjuicio (otra acción” a Juan.

Advertimos con esto que el silogismo judicial coincide con el silogismo tradicional en el sentido de que la premisa menor es singular. Difiere, por ende, del genuino silogismo aristotélico, tal como lo presenta Lukasiewicz.

Pero, además, observamos que se aplica más bien a un universo de acciones y no simplemente a seres o cosas. Quizá haya que decirlo más claro: se aplica, sí, a entes cuya característica es *actuar*, cuya modalidad es la *acción*, cuya propiedad consiste en ejecutar determinadas *acciones* en sociedad.

Hay otras reflexiones que van quedando el margen y que no debemos dejar olvidadas. La lectura de la Lógica aristotélica nos deja la impresión de que es sumamente importante llegar a lo profundo de los problemas. En los *Analíticos segundos* (98a) puede leerse que «para hacerse con los problemas hay que escoger las particiones y las divisiones» lo que nos conduce a la “determinación del género”. ¿Qué quiere decir esto?

Cabe recordar que la Lógica, como su nombre lo indica —se ha dicho ya— es un instrumento para llegar a la verdad. En definitiva, su desarrollo formal puede ser bienvenido, pero lo que late en la entraña de la ciencia es el logro del conocimiento verdadero. La fuente de inspiración, entonces, es siempre la misma natu-

raleza que nos ofrece una gama de cosas (de entes) que nos rodea. La primera tarea es “partir” y “dividir”. Ya lo decía Platón: definir y dividir.

Ello conduce como resultado a una labor de clasificación de todos los entes —cosa que Aristóteles se esmeró en hacer en su *Investigación sobre los animales* con la naturaleza animal— y a “determinar los géneros”, como lo señala en la *Lógica*. Y es el propio Estagirita quien nos da el ejemplo: «si fueran *animales* las cosas consideradas estudiar qué *propiedades* se dan en *todo* animal...». Es decir, se procede a estudiar los géneros —lo que implica conocer sus propiedades— entendiéndose que existe un género supremo y géneros subordinados. Las propiedades del género *animal* se dan en el *hombre* y en el *caballo*, lo que no significa negar que no se den en Sócrates ni en el caballo de Calias.

Aristóteles formaliza al designar con una letra el género “animal” y otra letra distinta a sus propiedades. Por ello si A es animal y B las propiedades de “todo” animal, entonces B se da en los animales C, D y E. Digámoslo en términos concretos: Sea A “animal” y B la propiedad de “mortal”; entonces, la propiedad “mortal” del género “animal”, se da en todas las especies animales C (hombres), D (equinos) y E (aves). Pero si bien ello es así en la lógica formalizada, donde el razonamiento se vale de proposiciones universales o particulares, lo que supone moverse dentro de los géneros o especies, ello no significa negar que, en la lógica aplicada, cada individuo animal (Pedro, en el caso de hombre) esté implicado en la propiedad del género (mortal), que es también la de la especie y que, en lo concreto, corresponde igualmente a los individuos.

Estimo que tal razonamiento es legítimo en el espíritu de Aristóteles, no obstante que no haya tenido cabida en su lógica formal, tal como ha interpretado el silogismo que Lukasiewicz llama tradicional.

Más aun: aunque no lo escribe así, Aristóteles, en 98 a 5-10, permite, concluir, de acuerdo a lo dicho, el siguiente silogismo:

[6] Si todo animal es mortal
 y todo hombre es animal,
 entonces, todo individuo humano (Pedro) es mortal.

Y éste es el silogismo tradicional. Pero, por cierto, que este silogismo no puede ser incluido en ninguna de las figuras que nos despliega Aristóteles, cuya figura más científica —según el Estagirita— es la primera (79 a 15).

En 77 a 15 existe también un ejemplo en el cual se utiliza al individuo Calias como sujeto de una proposición cuando dice que «con tal que se conceda que el hombre es sólo animal y no es no-animal, será verdadero decir que Calias es con todo, animal y no es no-animal». Ello equivale a expresar que:

[7] Si todo hombre es animal
 y Calias es hombre,
entonces, Calias es animal.

Este silogismo también es legítimo, lógicamente correcto y nos da la verdad por partir de una premisa verdadera.

En fin, no puede negarse la corrección de lo que afirma Lukaszewicz cuando expresa que «la lógica de Aristóteles es una teoría de las relaciones A, E, I y O en el campo de los términos universales», porque encontramos incluidos términos universales en ella. Y como conclusión me permito afirmar que el silogismo judicial no está incluido en la lógica formalizada, pero no está excluido de la lógica aplicada que utilizan los jueces al resolver sus sentencias.

No puedo poner el punto final, para cerrar el circuito, sin recordar la insatisfacción del procesalista ante la solución del silogismo. Indudablemente, que aquí se ha abreviado la exposición. El silogismo de la lógica aplicada es expreso o tácito, pero es la columna vertebral del razonamiento judicial.

No obstante, es obligatorio decir que el Juez, para llegar a la premisa mayor (la ley aplicable al caso), utiliza todos los métodos: inductivo, deductivo, formula implicaciones, inferencias, analogías, etc.

Claramente, tiene problemas en dos frentes: a) en relación a la ley (norma) para decidir cuál es la premisa mayor; b) en relación a los hechos para decidir cuál es la premisa menor del silogismo en cuestión. Ello revela, por lo demás, que el Juez toma muchas decisiones en una sentencia. Pero resuelta la premisa ma-

yor y la fáctica (o menor) la conclusión fluye por sí misma, porque el silogismo —expreso o tácito— conduce a la solución del extremo en disputa.

Y, ahora sí finalmente, el mundo jurídico no es un mundo de entes como el de la naturaleza donde se movía preferentemente Aristóteles: es un mundo de acciones. La determinación del género implica una clasificación de las acciones.

TREINTA AÑOS DEL ACUERDO ARGENTINA-SANTA SEDE

*Disertación del académico de número, Dr. Pedro J. Frías
en la sesión privada del 2 de julio de 1996.*

El 10 de octubre de 1966 se firmaba el acuerdo entre la Argentina y la Santa Sede, en que el Estado renunciaba a su intervención en la vida institucional de la Iglesia, concedida por nuestra Constitución pero no por la Santa Sede. Ha sido una de la experiencia más felices en su ejecución para la libertad y la paz religiosas. Por eso parece oportuno recordar los antecedentes.

La Argentina entendió heredar el Patronato español, que la Iglesia Católica había reconocido a título personal a la Corona. La Constitución de 1853-60 concedió al presidente el derecho de presentación de los obispos residenciales y exigió el pase para ciertos documentos pontificios. Salvo alguna crisis luego superada, estas facultades fueron prudentemente ejercidas por la Nación. El presidente presentaba al candidato que el nuncio le comunicaba confidencialmente y la designación pontificia recaía en él. El exequátur o pase no impidió la libre comunicación entre la Iglesia y sus fieles en nuestro país. Por eso mismo, el anacronismo de estas intervenciones era evidente.

Con todo, la doctrina fue regalista durante largo tiempo. Apoyaba jurídicamente la intervención del Estado. Los esfuerzos por **concordar** la relación —sobre todo los de Juan del Campillo, quien restableció nuestra presencia diplomática ante Roma— se frustraban por la exigencia del pase que la Santa Sede no veía —con probidad— cómo reglamentar.

Una segunda etapa doctrinaria alumbró una nueva interpretación. Faustino J. Legón, el padre Cayetano Bruno, insigne historia-

dor de la Iglesia en la Argentina y Juan Casiello, el constitucionista rosarino de perdurable memoria, marcaron los nuevos rumbos. La lucidez doctrinaria de estos hombres no parecía prometer reformas, pero se produjeron. Por de pronto, el embajador Manuel Río había negociado el vicariato castrense.

Las presidencias de Frondizi y de Illia

A la presidencia de Frondizi corresponde el mérito de haber modificado el *modus operandi* del Patronato, para hacerlo menos ofensivo a la plena libertad de la Iglesia. El secretario de Culto, Angel M. Centeno, quien tiene ahora la misma responsabilidad de antaño, instaló la Comisión Honoraria de Relaciones Iglesia-Estado que lo acompañó en esos cambios discretos pero efectivos. Junto a Ramiro de Lafuente y a Casiello, me tocó dictaminar situaciones que esclarecieron la interpretación del Patronato constitucional. Al término de la presidencia Frondizi los tiempos habían madurado. Lafuente, Centeno y Santiago de Estrada habían publicado libros excelentes.

Cuando se restablece el gobierno representativo con Illia, Américo Ghioldi ayudó sin querer: provocó una interpelación en la Cámara de Diputados para protestar contra la supresión del juramento de los obispos a la Constitución. Ese juramento se prestaba con una reserva embarazosa para el que juraba, pero también para el poder público que dejaba a salvo la libertad de la Iglesia. El canciller Zavala Ortiz afrontó el debate y advirtió un hecho nuevo: la clase política, los legisladores, no compartían la reacción de Ghioldi. Como ciertas revelaciones que la política tiene, fue decisiva. Ese gran argentino que fue Zavala Ortiz intuyó la oportunidad. Sometió la idea del concordato al presidente y, según su propia confesión, el presidente no vaciló. Recuerdo las palabras sentenciosas de Illia para autorizar a su canciller a intentarlo. Son ejemplo del modo de las decisiones políticas de alguna trascendencia, cuando la volición se decanta en el espíritu ya preparado por otras razones.

Estamos en septiembre y octubre de 1965. El nuncio Mozzoni ha presentado un proyecto. El presidente documenta en carta al Padre Santo su voluntad de negociar y el Papa responde en el mismo ánimo.

La materia negociable es muy reducida. Por de pronto, la Santa Sede no quiere el concordato clásico, en que también se acuerda sobre materias mixtas, como matrimonio y educación. Quiere sólo su libertad. Por otra, hay tradición concordatoria que esclarece el articulado.

El texto que finalmente se firmó es el quinto borrador, con tres modificaciones irrelevantes de forma. El entendimiento entre el presidente, el canciller, el subsecretario de Culto, Rodolfo Arembarri y el embajador en el Vaticano, Belisario Moreno Hueyo, había sido perfecto. Jorge R. Vanossi, asesor del canciller, había advertido con precisión que la Constitución exigía arreglar las relaciones entre el país y la Santa Sede, lo que habilitaba un concordato como vía de ese arreglo. Consultados por la Nunciatura, los profesores de Córdoba Carlos A. Tagle, Enrique Martínez Paz y yo habíamos llegado sin saberlo a la misma conclusión de Vanossi, expuesta en un informe que me tocó redactar.

La firma prevista para el 30 de junio de 1966, fue impedida por la destitución del presidente Illia.

Autonomía y cooperación

Correspondió, pues, al gobierno del general Onganía la firma del acuerdo o convenio por parte del nuncio y del canciller Nicanor Costa Méndez, quien obró sin la menor vacilación, movido por la **evidente conveniencia de una fórmula razonable**. Por mi parte, expliqué a la Secretaría de Estado la doctrina argentina sobre los gobiernos *de facto*. Nos tocó ratificar el acuerdo al cardenal secretario de Estado y a mí. Recuerdo las palabras que uno y otro pronunciamos en el Vaticano, que adelantaban la promesa cumplida de una libertad religiosa sin sombras.

El acuerdo es consecuencia de los valores más generales que encarnan Estado e Iglesia. Para el Estado, la libertad ofrecida a todos; para la Iglesia, el Vaticano II, sus reclamos de autonomía y cooperación con todos.

Desaparece pues la injerencia del Estado. La Iglesia provee libremente los obispados, con la sola cautela de la prenotificación oficiosa que da al gobierno la posibilidad de formular objeciones

de carácter político general, que no ha ejercido ni una sola vez el Estado argentino, en algún caso por un autocontrol que sólo ha probado ser correcto.

Desde entonces la práctica ha sido inobjetable, sin perjuicio de algunas dudas de menor cuantía. La Iglesia ha desarrollado el principio de libertad religiosa; las constituciones provinciales han logrado libertad e igualdad de cultos, sin guerra de religión ni silencio de Dios; la Subsecretaría de Culto espera una ley programática que hará voluntario el registro de cultos, pero que no recorta su libertad.

Recién ahora puede hablarse de la universalización creciente de la libertad religiosa, con los cambios del Este de Europa. En México la reforma constitucional ha reconocido recientemente la personería de las Iglesias y ha restablecido las relaciones diplomáticas con la Santa Sede.

Juan G. Navarro Floria ha comentado algunas prácticas significativas en cuanto a la libertad religiosa y ha explicado la reforma constitucional de 1994, que al suprimir los artículos decaídos por el Acuerdo completan el ciclo de reformas trascendentes.

Durante la Mediación Papal, ante dificultades que parecían insalvables, el Cardenal Samoré acostumbraba decirme: «Lo que parece imposible sólo necesita más tiempo». Así ocurrió hace treinta años.

EL JEFE DE GABINETE EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

*Disertación del académico de número, Dr. Guillermo Becerra
Ferrer en la sesión privada del 6 de agosto de 1996.*

1. Introducción

Con singular unanimidad la Doctrina Constitucional Argentina ha reconocido desde antaño la necesidad de atenuar el **sistema presidencial argentino**.

Alguna vez se ha afirmado que el Titular del Poder Ejecutivo en la Argentina se parece a un **monarca Constitucional** que concentra en su poder la mayoría de las potestades políticas. De allí que en los fundamentos del denominado Pacto de Olivos que fue el antecedente inmediato de la ley N° 24.309 de reforma de la Constitución de fecha 31 de diciembre de 1993 en el art. 2°, punto A del denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas” se propone la “Atenuación del Sistema Presidencialista” mediante la «creación de un Jefe de Gabinete de Ministros, nombrado y removido por el Presidente de la Nación con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación que podrá también removerlo mediante un voto de censura» enumerando a continuación las atribuciones que se propone dotar a este alto funcionario.

En el caso particular de la República Argentina debemos tener presente que a ese liderazgo constitucional del Poder Ejecutivo debe agregarse la influencia política y sociológica de los carismas naturales de quienes ejercieron esa función y que incide notablemente en la concentración de los Poderes y su consecuente ejercicio personal, carismático y en algunos casos arbitrario o

despótico. Basta mencionar los nombres de JUAN MANUEL DE ROSAS, HIPÓLITO YRIGOYEN y JUAN DOMINGO PERÓN para advertir que resultaba indispensable promover un gran debate nacional a fin de estudiar la limitación y atenuación de los Poderes Presidenciales, en aras a una objetiva redistribución de las potestades políticas que redunde en beneficio de las libertades individuales y asegurar asimismo la eficacia y eficiencia de la gestión Administrativa y Política de la Nación.

Por ello no es de extrañar que el art. 2° de la Ley declarativa de la necesidad de la reforma ya citada comienza con la reforma del Poder Ejecutivo nacional dentro del llamado "Núcleo de Coincidencias Básicas" porque es precisamente en este tema donde se tenían puestas las mayores esperanzas con respecto al éxito de la reforma.

Por el contrario, la reelección del Presidente de la Nación, titular de ese Poder, que constituía una verdadera "moneda de cambio" con respecto a la incorporación del jefe de gabinete y la atenuación de los Poderes Presidenciales, esa reelección —repetido— no constituía un punto fundamental porque ya está definida en el Derecho Constitucional argentino y comparado: o el período presidencial es de seis años sin posibilidad de reelección, o el período presidencial es de cuatro años con posibilidad de ser reelegido por otros cuatro años por una sola vez. En cambio el deslinde de facultades entre el Presidente de la Nación y un nuevo funcionario incrustado en su órbita, sin cambiar el Régimen Presidencial, constituye un desafío a la imaginación constitucional que la reforma enfrentó y que ahora nosotros nos proponemos analizar.

Para ello, luego de hacer un esbozo de la teoría del Equilibrio de Poderes, aspecto primordial y complementario de la División de Poderes, trataremos de desentrañar la naturaleza del Jefe de Gabinete en el sistema Presidencial Argentino, consideraremos luego las facultades de este nuevo funcionario para confrontarlas con las del Presidente de la Nación, según los antecedentes de la Convención Constituyente de 1994 y por último, obtener algunas conclusiones a la luz de esos propósitos y su aplicación en la realidad política de los últimos dos años de vigencia.

2. El equilibrio de poderes en el régimen republicano argentino

No por sabido resulta conveniente recordar que el mismo Montesquieu primero y Madison después en *El Federalista*, expresaban que la acumulación de los tres poderes en las mismas manos «puede declararse justamente ser la definición misma de la tiranía, por lo cual la teoría tripartita constituía una **técnica para garantizar la libertad**, porque en una Constitución libre el poder contiene al poder». Y también conviene recordar la célebre admonición de lord Acton según la cual, si el Poder por su naturaleza corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente.

De allí entonces que adquiere particular relevancia la afirmación de quien fuera académico de número de nuestra institución el Dr. Carlos A. Tagle, quien en su libro *Estado de Derecho y Equilibrio de Poderes en la Constitución Argentina* y que fuera su tesis para optar al cargo de profesor suplente por concurso de Derecho Constitucional afirmaba: «La teoría de la División de Poderes, requiere entonces ser completada con otra tan importante como la del Equilibrio de los mismos, si se desean recoger los preciosos frutos de libertad individual que hemos recordado y sobre todo si se ha de construir un régimen político verdadero, es decir susceptible de ser aplicado a la realidad social, con perspectivas de estabilidad» (Separata de la imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1944, pág. 86) y agregaba: «Y no solamente el “sistema de gabinete” vendría a moderar la rigidez de una separación absoluta con la relación estrecha y la colaboración íntima de los dos poderes que constituyen su soporte... y bien, para conseguir este contrapeso recíproco menester es coordinar los Poderes por medio de influencias y relaciones mutuas que aseguran su equilibrio... Equilibrar los Poderes no es contraponerlos de modo que se destruyan por completo esterilizando su acción, sino colocarlos en forma tal que recíprocamente se refrenen y contengan en su órbita... A mayores poderes en uno, debe corresponder mayor contralor en los demás» (*op. cit.*, págs. 90 y 127).

No se me escapa la dificultad que acarrearía este planteo de que un Poder controle al otro porque podríamos preguntarnos, ¿qué poder o quién controla al controlante? y entonces respondemos que el poder que controla al controlante es el Poder Judicial

y éste a su vez está limitado por la propia Constitución Nacional a quien se debe.

No hace falta detenerse mayormente para concluir que en nuestro país el reloj que marca la hora del equilibrio de Poderes se ha roto en detrimento de los Poderes Legislativo y Judicial y la hora equivocada ha avanzado notoriamente en favor del Poder Ejecutivo.

Es que los hombres de 1853 que hicieron esa obra maestra del constitucionalismo argentino estuvieron influenciados por las ideas de Juan Bautista Alberdi que en sus *Bases* propugnaba la creación en la Argentina de un Poder Ejecutivo fuerte, como el de Chile (se refería al Ejecutivo chileno de la Constitución de 1836); republicano en la forma, pero casi monárquico en el fondo; central, hasta donde lo permita el individualismo de las provincias. Por mucho tiempo, en esta parte de la América del Sur, el gobierno estará casi exclusivamente representado por el Poder Ejecutivo.

Las ideas de Alberdi inspiradas quizás, por el desorden y la anarquía de esos años dio como frutos lo que algunos autores han denominado como "Régimen Presidencialista", en vez de "Régimen Presidencial" que es el que rige en la que creyeron que era su modelo en este sentido que es la Constitución de los Estados Unidos de América.

Esta verdadera monarquía Constitucional con sus famosas cuatro jefaturas que tan bien ha señalado BIDART CAMPOS (jefatura del gobierno), de la Administración, de las Fuerzas Armadas y de la Capital (hasta 1994), ha devenido en una preponderancia del Poder Ejecutivo, incentivada por los carismas y liderazgos de quienes ejercieron su titularidad.

Volver al equilibrio de los Poderes mediante la atenuación de las facultades presidenciales es uno de los objetivos fundamentales de la reforma de 1994 a través de la creación de un Jefe de Gabinete que sin romper el Régimen Presidencial provoque una limitación a la concentración absoluta de poderes que existía con anterioridad a la Reforma.

3. Proyectos del Consejo para la consolidación de la democracia

El Consejo para la consolidación de la democracia fue creado el 24 de diciembre de 1985 por decreto N° 2446 firmado por

el entonces presidente de la Nación Dr. RAÚL ALFONSÍN. El 13 de marzo del año siguiente el Presidente pidió por nota al Consejo, que se avocara al estudio de las posibles reformas a la Constitución de la Nación —excluyendo la posibilidad de su reelección— y profundizando sobre todo el estudio de la reforma a la parte orgánica. El Consejo elaboró el denominado “Dictamen Preliminar” sobre la reforma constitucional con fecha 7 de octubre de 1986, que consta de un Dictamen general y luego los informes de las distintas comisiones encargadas para su estudio (ver publicación en *Reforma Constitucional*, Ed. Eudeba, Bs. As., 1986, págs. 49, 97, 325).

A) En este primer informe “El Consejo consideró y descartó la idea de aconsejar la derogación lisa y llana del Régimen Presidencialista por uno Parlamentario». «...Se ha preferido aconsejar la adopción de un sistema mixto, que atenúe las debilidades funcionales del Régimen Presidencialista mediante la inserción en él de características propias de los regímenes parlamentarios».

En síntesis propone la creación de la figura de un Primer Ministro dotado por la Constitución de las atribuciones que corresponden al Jefe de la Administración Pública además de las que pueda delegar el Presidente. Si bien se inclina por su nombramiento o designación por el Presidente de la Nación, puede ser removido por la Cámara de Diputados mediante un voto de censura con una mayoría especial. En cambio el nombramiento y remoción de los ministros corresponde al Presidente sin intervención de la Cámara de Diputados.

Con respecto a las facultades del Primer Ministro, además de Jefe de la Administración Pública, «... es el coordinador y árbitro de un gobierno responsable ante el Poder Legislativo. Con este fin y además de las Facultades Administrativas amplias le acuerda: Designación de los empleos civiles no previstos dentro de la competencia del Presidente; refrendo juntamente con el Ministro del ramo, de todos los actos del Presidente que no hayan sido establecidos como privativos de este; puede comprometer la responsabilidad del Gabinete solicitando a la Cámara de Diputados un voto de confianza en oportunidad de someter a su consideración un proyecto de ley; por último preside el Consejo de Ministros si bien el Presidente de la República puede presidirlo a su criterio.

Se establece como novedad que el Primer Ministro y los restantes miembros del Gabinete podrán ser Diputados de la Nación, conservando sus bancas y como una forma de advertir la jerarquía del Primer Ministro y sus facultades constitucionales se preveía que: «si surgieran conflictos derivados del deslinde de competencias entre el Presidente y el Primer Ministro, se podría establecer que fuera la Corte Suprema de Justicia de la Nación el órgano competente para dirimirlos».

Por último el informe sostenía que: «De más está decir que para evaluar adecuadamente el sistema mixto sugerido debe tomarse en cuenta un dato fundamental, a saber que él implica una intervención activa de los miembros de la Cámara de Diputados en la marcha del Gobierno... El interrogante es si la asignación de una mayor responsabilidad en estos momentos, va a servir para promover esa superación o, por el contrario, sólo conseguirá obstaculizarla».

El informe de la Comisión N° 2 agregaba que: «...Propone incorporar a la Constitución una norma en virtud de la cual el Presidente deberá someter obligatoriamente al Gabinete ministerial en pleno determinadas medidas de gran trascendencia, que deberían estar enumeradas en la Constitución. Entre ellas se menciona la declaración del estado de sitio; la intervención federal; ley de ministerio; temario para sesiones extraordinarias del Congreso; el dictado de un reglamento de necesidad y urgencia; el presupuesto. ESTA REFORMA, TIENE EL PROPÓSITO YA ALUDIDO DE JERARQUIZAR EL GABINETE MINISTERIAL Y ACENTUAR SU IMPORTANTE ROL EN LA TAREA DEL GOBIERNO. Asimismo la reforma tiende a asegurar la deliberación y el cambio de ideas en el proceso de tomar decisiones importantes. Busca, también, despersonalizar el poder y la responsabilidad.

Como se advierte es dable apreciar la influencia que tuvo en las deliberaciones el extinto presidente coordinador del Consejo Dr. CARLOS S. NINO quien incansablemente bregara por la atenuación de las atribuciones presidenciales mediante una revisión completa del sistema presidencial. También conviene destacar el interesante estudio del consejero ALFREDO VITOLO (pág. 325) y que se denomina *El Presidencialismo: necesidad de su atenuación* con un intere-

sante estudio sobre los Regímenes Parlamentarios en el derecho comparado.

B) Como es público y notorio, este Dictamen fue sometido a un amplio debate de la opinión pública que dio origen un año después a lo que se denomina: *Segundo Dictamen sobre la Reforma de la Constitución* y que fuera publicado por Eudeba en 1987.

En forma concreta este Segundo Dictamen ya se define por la denominación de Primer Ministro y por la inclusión de formas parlamentarias de colaboración entre los poderes políticos. El Primer Ministro ejerce todas las funciones no atribuidas al Presidente como Jefe del Gobierno reservando en cambio para el Presidente las que serían de un Jefe de Estado. Entre el Presidente y el Primer Ministro debería existir como prueba mayor del nuevo sistema la "cohabitación", es decir la reunión en el Poder Ejecutivo de dos Jefaturas cuyos titulares provengan de orígenes políticos distintos y hacía referencia a la experiencia que estaba viviendo la República Francesa. En el esquema previsto para el supuesto de conflicto en el caso de que el Primer Ministro obtuviera el respaldo de la Cámara de Diputados hasta se proveía la posibilidad de que el Presidente pudiera llegar al extremo de disolver la Cámara y efectuar un nuevo llamado a elecciones.

En este segundo informe se acentúa el deslinde de facultades ya que menciona y distingue las Atribuciones Privativas del Presidente de las Atribuciones Privativas del Consejo de Ministros. Como novedad se aclara que el Primer Ministro y los Ministros no deberán ser necesariamente miembros del Parlamento, y si lo fueran deberán pedir licencia a la Cámara, la que deberá incorporar al suplente por ese término. Tan importante era la distribución de facultades en este Proyecto que en dicho informe se agregaba: «En un régimen con un Poder Ejecutivo bicéfalo, las facultades relacionadas con el veto deberían distribuirse de la siguiente manera...».

Como ejemplo de este deslinde de facultades el informe (pág. 41) hasta efectúa una distribución de los poderes militares distinguiendo lo que denomina líneas de autoridad para el empleo de las Fuerzas Armadas (poderes de guerra) que reserva al Presidente de la Nación, de las autoridades de Administración que mantiene para el Jefe de Gabinete; la política de la defensa nacional por tratarse

de un tema de Gobierno es reservada al Primer Ministro en tanto que el nombramiento de los Oficiales Superiores solamente es facultad del Presidente, mientras el mando administrativo de las Fuerzas Armadas y por ende los Oficiales Subalternos y demás grados del escalafón militar quedan reservados para el Primer Ministro.

Si bien en ninguno de los dos Dictámenes del Consejo se formulan artículos en forma concreta, esto es, no se concretan o redactan los artículos a reformar, resulta claro que los Dictámenes propugnan un cambio sustancial en la naturaleza del sistema semiparlamentario con facultades constitucionales para este poder bicéfalo.

Esta fue —seguramente— la idea o la esperanza con la cual el Dr. ALFONSÍN —que había sido el *numen* inspirador de las reformas propuestas por el consejo— concurrió a suscribir el pacto de Olivos como moneda de cambio con la reelección presidencial que era el propósito del otro firmante, el presidente Menem.

4. Debate en la Convención Constituyente de 1994

El tema relativo al Jefe de Gabinete de Ministros está incluido en el comienzo del despacho de la mayoría sobre el “Núcleo de Coincidencias Básicas” que fuera presentado el 20 de julio de 1994 y cuyo tratamiento comenzó en la sesión del 27 de julio del mismo año, correspondiente a la 18ª Reunión que es continuación de la 3ª reunión ordinaria (ver: *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, págs. 21, 97 y siguientes).

Este Despacho fue aprobado sin modificaciones y se encuentra suscripto por los convencionales de los partidos firmantes del Pacto de Olivos.

A pesar de este Dictamen conjunto, fácil resulta advertir que el espíritu con el cual se firmaba este aspecto de la reforma no era el mismo y de allí que fuera necesario una ardua discusión en el seno de dicha comisión para acordar el texto que luego se sancionara.

Después de una introducción a cargo del convencional del partido mayoritario GARCÍA LEMA donde expone los principios ge-

nerales, este convencional cede la palabra al convencional de la Unión Cívica Radical Dr. ENRIQUE PAIXAO quien es el único que aborda el tema en el despacho de la mayoría. Sostiene que una de las realidades de la concentración del poder en nuestra constitución histórica y en la vida institucional es la concentración de facultades en el Poder Ejecutivo. Sostiene que:

«Este conjunto de reformas (las que ahora propone) significa asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política. La 1ª de esas reformas, en consecuencia, consiste precisamente en incorporar al Poder Ejecutivo una figura que, desagregando las tradicionales facultades que hoy están estructuradas en cabeza del Presidente de la Nación, dé al órgano ejecutivo del Gobierno mayor dinamismo, mayor elasticidad para enfrentar problemas de crisis y la garantía de que el pluralismo (el destacado me pertenece) ha de ser el modo permanente en el ejercicio del Poder por parte del Poder Ejecutivo nacional.

«Las cuatro jefaturas que nuestra constitución pone en cabeza el Presidente de la Nación —la del Estado, la de la Administración, la de Gobierno y la Militar— son desagregadas en esta reforma constitucional que hoy considera esta Convención Constituyente.

«La creación de la figura de un Ministro como Jefe de Gabinete es el procedimiento seguido para desagregar la Jefatura Administrativa —una de las cuatro que mencioné—, que quizás no es la más importante por su gravitación política, pero sí por el peso de su labor en la vida cotidiana. Estamos proponiendo una figura que, dentro del régimen presidencialista, va a significar una atenuación de las facultades del Presidente; estamos incorporando un órgano afectado específicamente a la tarea de administración activa, a la generalidad de la tarea de administración activa, y lo hacemos —a la hora de destacar esa específica afectación— recogiendo la propuesta de una fuerza política que no coincide empero con el diseño general de esta figura. En la Constitución va a figurar pues, la prohibición para desempe-

ñarse en un ministerio distinto del relativo a la jefatura del Gabinete, que es la tarea específica de la administración genérica del país.

«En esa figura quedan asentados los poderes reglamentarios vinculados con la Administración, queda asentada la participación en el poder reglamentario del Poder Ejecutivo cuando éste le es conferido por el Congreso o cuando se ejerce para poner en ejecución las leyes de la Nación».

«En un segundo tramo de su actuación esa figura está colocada en un lugar que la transforma en un punto de contacto permanente entre el órgano Ejecutivo y el Congreso de la Nación y en ella se asienta la totalidad de las relaciones entre ambos, tanto de ida como de vuelta, tanto en las iniciativas legislativas del Poder Ejecutivo cuando en el procedimiento de concurrencia al congreso para mantenerlo al tanto de la marcha de los asuntos vinculados con la Administración».

«Con esta figura estamos dando el sistema institucional argentino **la imagen central que caracteriza los sistemas parlamentarios** (el destacado me pertenece), la imagen del ministro que informa de la marcha de la cosa pública al órgano parlamentario y que lo hace con regularidad, sin dramaticidad, y, sobre todo con eficiencia».

«Finalmente, como una señal de la función de puente entre el Presidente y el Congreso de la Nación, debo decir que la reforma que ponemos a consideración de este cuerpo, incluye la posibilidad de que el Congreso remueva al Jefe de Gabinete, quien tendrá responsabilidad política ante el Poder Legislativo. Si bien se trata de un arbitrio excepcional, opto por servir de referencia al sistema y sujeto de exigencias que han de hacer a esa remoción infrecuente, queda en manos del congreso un instrumento apto para resolver institucionalmente situaciones de profunda crisis política».

«Este primer resguardo de **atenuación de hiper presidencialismo argentino** (el destacado me pertenece) queda muy sintéticamente presentado ante esta convención constituyente» (págs. 2212 y 2213).

Como el "Núcleo" se votó a libro cerrado y como un todo único porque así lo preveía el Reglamento, ya que era la base del

Pacto de Olivos, lo transcripto es todo lo que tenemos del miembro informante del Despacho de mayoría que es el que en definitiva resultara aprobado.

Correspondió al Convencional por Córdoba por Córdoba Dr. JUAN CARLOS MAQUEDA ampliar los fundamentos sobre la atenuación del presidencialismo (págs. 2666 y 2670) donde hizo una aguda defensa del despacho y de la atenuación de facultades: «He marcado por lo menos diez items en los cuales atenuamos el presidencialismo».

«En primer lugar quiero mencionar la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que, como recién dije, tiene la obligación de comparecer una vez por mes ante el congreso. Por lo tanto, ese Jefe de Gabinete está sujeto a un voto de censura del Congreso de la Nación, que lo puede remover».

«En el segundo aspecto se refiere a la reducción del Mandato del Presidente y del Vicepresidente de la Nación de seis a cuatro años».

«En cuarto lugar se eliminan de la órbita del Presidente de la Nación las funciones de jefe local e inmediato de la Capital Federal...».

«Me pregunto entonces si crear un Jefe de Gabinete y poner que el Presidente deba primero tomar decisiones en el marco de un Acuerdo de Gabinete y que este Jefe de Gobierno tenga la obligación de comparecer al menos una vez por mes ante cada una de las Cámaras del Congreso a fin de rendir cuentas como lo hace el primer Ministro Británico —que lo hace una vez por semana—, implica atenuar el presidencialismo o no. Me pregunto: qué ministro de la Constitución de 1853 tiene la obligación de comparecer hoy ante las Cámaras del Congreso de la Nación. Ninguna, Sr. Presidente sólo tiene la obligación de hacerlo ante las Cámaras del Congreso si éstas así lo disponen por medio de una interpelación cuyo proyecto debe ser aprobado previamente por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. De ahora en adelante habrá un precepto en la Constitución Nacional que obligará al Jefe de Gabinete a rendir cuentas de sus actos de cada una de las Cámaras al menos una vez por mes.

«Me pregunto en qué parte de la Constitución de 1853 se establece que el Congreso de la Nación puede emitir un voto de

censura contra un ministro cualquiera. **Existe este elemento típico de los regímenes parlamentaristas** (el destacado me pertenece) en el marco de esta constitución exacerbadamente presidencialista de 1853. Inevitablemente tenemos que contestarnos que no, lo estamos incorporando como una atenuación al presidencialismo».

«¿A qué ministro del Poder Ejecutivo se le puede aplicar el voto de censura hoy en cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Nación obligándolo a dimitir y a que el Presidente deba nombrar a otra persona en su lugar? ¿Es esto una atenuación del Presidencialismo?...».

«Creo al igual que Voltaire en las épocas previas a la Revolución Francesa, que sería muy importante reconocer que podemos disentir del pensamiento de cualquiera de los trescientos cinco señores convencionales... Lo que no podemos hacer, con una actitud vergonzante de mayoría que aquí se nos ha querido endilgar es aceptar que se mienta descaradamente a la gente, diciéndole que a través de esta reforma constitucional estamos aumentando las funciones del Presidente de la Nación en lugar de atenuarlas...».

He transcripto al convencional por Córdoba y profesor de Derecho Político en su Universidad Católica para demostrar que la mayoría rechazaba así la imputación a cargo de algunas minorías en el sentido de que en el Núcleo de Coincidencias Básicas no había una disminución sino por el contrario, un aumento de los poderes presidenciales.

Correspondió al Presidente del bloque de la primera minoría Dr. RAÚL ALFONSÍN cerrar el debate del Núcleo de Coincidencias Básicas.

«En primer lugar —dijo Alfonsín— es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente. Por ello a nuestro criterio, cada vez que exista alguna duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial deben interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el Ejercicio de las facultades de

legislación delegada y la facultad para promulgar parcialmente las leyes».

«Cuando exista alguna duda interpretativa entre las facultades del Presidente y el Congreso, los jueces y demás intérpretes —a nuestro juicio— deberán dar prioridad a la solución que privilegia al Congreso, ello puesto que la intención de estas formas es fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes.

Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del Gobierno deben interpretarse ampliamente...».

No puede quedar duda alguna que las propuestas que estamos analizando tienden a construir la base de una nueva y más amplia democracia al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentre las facultades presidenciales. A modo de ejemplo podemos afirmar que la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos, entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis.

Esto en cuanto a lo que pueda servir como interpretación el día de mañana de la reforma que estamos sancionando en esta Convención Constituyente (págs. 2682 y 2683).

Por su parte el Presidente del bloque de la mayoría Dr. AUGUSTO ALASINO dijo algo fundamental sobre la naturaleza de este instituto al cerrar el debate de este tema:

«También es cierto que estamos creando un híbrido, y no tenemos que avergonzarnos por ello. Digo esto porque ya tenemos un sistema híbrido. Hemos tomado ahora instituciones del sistema Parlamentario y queremos traerlas para su adopción. Tomamos del sistema Parlamentario nuestra propia versión del Primer Ministro, lo que se vincula con los decretos de necesidad y urgencia...».

Luego de dos años de vigencia de la Reforma, podemos afirmar que los propósitos de limitar el poder Presidencial, vigorizar al Jefe de Gabinete dentro del esquema del Poder Ejecutivo y lograr un mayor pluralismo y equilibrio en las relaciones con el Congreso, no se han cumplido plenamente, como lo veremos a continuación.

5. Naturaleza y atribuciones

I) Conviene detenernos en el “Nombre” que se le dio a este Instituto, porque aún ahora es frecuente en los medios periodísticos y políticos advertir una gran imprecisión al referirse a este Funcionario:

A) *No es un Primer Ministro* ni preside el Consejo de Estado. Con este nombre y con otras atribuciones lo esbozó el Primero y Segundo Informe del Consejo para la Consolidación de la Democracia (*Dictamen preliminar...*, Ed. Eudeba, Bs. As., 1986, págs. 51, 55 entre otras - *Segundo dictamen...*, Ed. Eudeba, Bs. As., 1987, págs. 27, 31, etc.). Además, el cargo de primer Ministro es propio de Regímenes Parlamentarios, ya sea de una Monarquía Constitucional o bien, de una República Parlamentaria, pero no condice con el sistema Presidencial que caracteriza a nuestro régimen político. El artículo 87 del texto vigente que ratifica el viejo artículo 74 de la Constitución de 1853, es claro y terminante: «El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina”».

B) *No es un Ministro Coordinador* (así denominado por el Convencional Alasino citando a Juan Domingo Perón - *Diario de Sesiones* citados, pág. 2687): «...El tema del Ministro Coordinador lo abordé personalmente hace cinco años y fue motivo del Trabajo Final que presenté ante esta Universidad del Litoral para acceder al título de Doctor en Leyes. Ese trabajo partió de aquella cita de Perón, en donde él definía al Ministro Coordinador y decididamente lo mantenía en un sistema presidencialista. Para que un Gobierno alcance efectividad debe tener dos cosas: especialización y coordinación...» (*Diario* cit., págs. 2687 y 2688).

Nada tiene que ver el Ministro Coordinador que es un funcionario que depende del Presidente y procura la armonía entre los distintos Ministerios, con el Jefe de Gabinete de Ministros que puede ser removido por el Congreso y que tiene las facultades mencionadas en los trece incisos del artículo 100 de la Constitución Nacional.

Ya en la provincia de Córdoba se creó por vía legal la figura del Ministro Coordinador en 1987 que felizmente no fue incorpora-

da a la Constitución Provincial en la Reforma de ese año y que luego en 1991 fue derogada la ley por su falta de aplicación práctica.

No debemos confundir un funcionario que se limita a coordinar tareas, aunque tenga categoría de Ministro, con el Jefe de Gabinete.

C) *No es el Secretario General de la Presidencia de la Nación*, que ni siquiera tiene rango de Ministro y que es un alto funcionario que asiste al Presidente en sus tareas y en el despacho. Desgraciadamente la persistencia de este cargo en el Poder Ejecutivo y la confianza que el Presidente acuerda a este funcionario, le han dado una jerarquía que constitucionalmente no tiene.

D) *No es un Ministro sin Cartera*. Este instituto es propio de los Regímenes Parlamentarios donde actúa como un colaborador del Primer Ministro pero sin facultades propias y simplemente como un alto funcionario de confianza del Primer Ministro.

La última parte del Artículo 100 de la Constitución Nacional dispone: «...El Jefe de Gabinete de Ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro Ministerio...». Lo dicho es suficiente para desterrar esa denominación de Ministro sin Cartera.

E) *El nombre exacto de este funcionario es el Jefe de Gabinete de Ministros, como le denomina los Artículos 100 y 101, 99 inc. 3, 7, 10 y 17 Segunda Parte; referido a las atribuciones del Presidente de la Nación*. Obvio resulta señalar que así debe denominarse y que todos los nombres utilizados anteriormente para referirse a este funcionario constituyen un grave error formal y conceptual.

II) «...En cuanto a su “Naturaleza”, se mantiene el sistema Presidencial y por tanto —como ya vimos— el Poder Ejecutivo es desempeñado por el Presidente de la Nación Argentina. Además, en caso de enfermedad, ausencia de la capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicepresidente...» (Artículo 88). El Jefe de Gabinete, por tanto no desempeña el Poder Ejecutivo, ni está tampoco en la línea de sucesión.

Este funcionario es designado y removido por el Presidente (Artículo 99, inc. 7), aunque está sujeto al control del Congreso, sometido a una moción de censura y puede ser removido por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (Artículo 101, Segunda Parte).

Si bien no puede ocupar el cargo de Ministro, tiene por función natural, refrendar los actos de Presidente, los decretos que ejercen facultades delegadas y los decretos de necesidad y urgencia (inc. 8, 12 y 13 del Artículo 99).

Como bien dice RODOLFO CARLOS BARRA: «La Constitución distingue entre Gobierno y Administración. Ello es totalmente claro, y coloca al gobierno (ya veremos en qué sentido) en cabeza del Presidente y al “ejercicio de la Administración” en cabeza del Jefe de Gabinete». (*El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 56).

III) Con relación a las “Facultades” conviene recordar que la Constitución le acuerda a este funcionario determinadas atribuciones que sólo él puede ejercer, motivo por el cual si hubiere una discrepancia fundamental con el Presidente de la Nación, no le queda a éste otro camino que la remoción, o a aquél, la renuncia al cargo. Con esto queremos decir que la Constitución ha previsto, por tanto, la Jefatura de Gabinete para una persona de prestigio personal y político, con la personalidad suficiente para poder ejercer en plenitud las altas funciones que la misma le acuerda. Por ello este Instituto puede ser de suma utilidad en tiempos de “crisis política”, ya que permite al Presidente convocar a la oposición, o bien algún ciudadano verdaderamente representativo de la opinión pública del momento, para colaborar en la gestión de Gobierno. Se evitará así, las habituales crisis de legalidad constitucional a la cual estamos acostumbrados los argentinos con los gobiernos *de facto* que rompen la continuidad constitucional y convierten a la inestabilidad política en una constante del desarrollo político argentino.

A) Indudablemente la más importante es la de “ejercer la Administración General del País». Repárese que la inmensa gama de actos administrativos, a saber y entre otros: concursos, licitaciones públicas y privadas, ejecución del presupuesto, nombramientos y

facultades relativas al personas de la administración pública, inc. 3, salvo los que corresponden al Presidente, según lo dispuesto por el inc. 7 del Artículo 99, integran este vasto ámbito administrativo que le corresponde al Jefe de Gabinete.

B) También tiene la facultad reglamentaria, esto es expedir los actos y reglamentos para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el Presidente. Esta facultad reglamentaria que debe ejercer con el refrendo del Ministro del ramo, es de una amplia naturaleza normativa y realza, junto con la anterior, los poderes de este alto funcionario.

C) Le corresponde hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto Nacional. Ejecutar el presupuesto significa planificar el gasto público y disponer de una inmensa masa de dinero a fin de efectuar los pagos pertinentes. Quizás no advertimos en profundidad la importancia de este inciso, pero significa que en la práctica toda autorización de gasto en la Administración Pública Nacional, debe pasar por sus manos.

D) Es el nexo de comunicación con el Congreso y por ello le corresponde refrendar los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o las Convocatorias a Extraordinarias (inc. 8); concurrir a las sesiones y participar en sus debates, pero no votar (inc. 9); producir los informes y explicaciones que cualquiera de las Cámaras solicite (inc. 11), ante las cuales tiene responsabilidad política (Artículo 100, Primera Parte); y la obligación de concurrir alternativamente una vez por mes a cada una de ellas para informar.

Por otro lado, tiene una responsabilidad política especial, ya que puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura para lo cual se requiere mayoría absoluta de la totalidad de los integrantes de cada Cámara, y por último, puede ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de ellas.

Como se advierte no es poco lo que puede hacer el Jefe de Gabinete y sus facultades se integran con las del Presidente en una abanico por lo cual podemos decir que es el segundo hombre del poder.

6) Conclusión

1) Muy poco de lo que se dijo en la Convención Nacional Constituyente de 1994 y de lo mucho que se escribió al respecto, ha sido llevado a la práctica. La experiencia de estos años ha buscado en el Jefe de Gabinete un funcionario que responda más a la lealtad de Presidente que a la integración política del País.

En el libro citado, Rodolfo Barra, quien fuera Convencional del Bloque de la mayoría, sostiene en la pág. 65 que: «...Salvo excepciones, entonces, el Jefe de Gabinete es el “hombre del Presidente” más todavía que cualquier otro Ministro...».

2) El régimen de partidos desnaturaliza las instituciones cuando es un partido hegemónico. Si a estas circunstancias le agregamos la presencia de un líder carismático, muy poco espacio político queda para realzar la presencia de otro funcionario.

El juego de mayorías calificadas —propia de todo régimen democrático— se va diluyendo cuando el partido hegemónico alcanza la mayoría absoluta e inclusive los dos tercios de votos de los miembros presentes en cada Cámara, y por último, hasta los dos tercios de votos de los integrantes de cada Cámara.

En tal caso es muy difícil llevar a la realidad el apotegma de MONTESQUIEU: «Que el poder controle al poder».

3) El propósito del llamado “Pacto de Olivos” y la “Ley de la Necesidad de la Reforma 24.309”, si bien se plasmó en la letra de la Constitución Nacional, no ha logrado aún concretarse plenamente en la práctica ni tampoco en la Legislación Constitucional que de ella se deriva.

4) El Jefe de Gabinete de Ministros actualmente cumple las funciones de naturaleza administrativa y de coordinación, y solo cumple formalmente, sus funciones políticas. El liderazgo presidencial ha subsumido en su cargo las facultades constitucionales propias del Jefe de Gabinete.

5) El equilibrio de poderes no se logra cuando interfiere en el juego democrático, como ya dijimos, un partido hegemónico y aún más, un liderazgo carismático.

Y sin equilibrio de poderes la República no se asienta en fundamentos sólidos porque el poder —en tal caso— radica en las personas y no en las instituciones, como el sistema republicano lo requiere.

ÉTICA - CULTURA - DERECHO
(Comentario a un fallo)

*Disertación del académico de número, Dr. Daniel P. Carrera
en la sesión privada del 3 de octubre de 1996.*

D) El caso del que me voy a ocupar, lo trato a raíz de las enseñanzas de Fernando Martínez Paz respecto del modelo jurídico multidimensional (cfr. *El Mundo Jurídico multidimensional*, Editorial Advocatus, Córdoba, 1996, pág. 14 y sgtes.) a efectos, primordialmente, de hacer ver que lo por él expuesto, es herramienta técnica útil para el estudio de la ley penal, como para su aplicación práctica sin desconocer su letra ni sus principios y, tampoco, sus relaciones con el sistema legal vigente.

Lo dicho es de tal modo, pues si bien al exponer la dimensión antropológica del modelo jurídico multidimensional, su replanteo busca «impedir que la ciencia del derecho convierta al hombre en una abstracción sin vinculaciones con la realidad social» (*ibid.*, pág. 19), con ello no pretende, ni mucho menos, ignorar la ley, pues precisa enfáticamente que no es posible la apertura en materia penal, aunque previene que la interpretación, «es siempre una *operación total* que obliga a considerar los aspectos normativos, sociales y éticos que la ley supone y garantiza» (pág. 30).

Conforme a ello —lo recién expresado— Martínez Paz no preconiza, ni por cerca, lo sostenido por la escuela de derecho libre, o un anormativismo cual sucedió en Alemania, o diluir el derecho dada la pluralidad de las fuentes de cognición (cfr. Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tipografía Editora, Argentina, Buenos Aires, 1992, Tomo I, págs. 181/182), sino la apreciación del derecho de acuerdo a los ámbitos de repercusión del **fenómeno jurídico multidimensional** (ver el diagrama de pág. 38, ob. cit.

En el caso a relacionar no se puede discutir la influencia del bagaje cultural de los imputados y de la víctima, esta influencia, de acuerdo a mis conclusiones, gravitó sobre el enfoque jurídico penal que efectuara, por medio de los dictámenes psiquiátricos y la disposición penal aplicable, habida cuenta de esos dictámenes. (*Infra*, VII).

Sin embargo, desde que en el análisis realizado con el más estricto dogmatismo, tanto el intérprete de la ley penal, como el juzgador frente a los casos a decidir, están obligados a reparar, de manera inamovible, en lo que la ley —la ley penal— dispone de acuerdo al sistema legal en que está inserta, cabe hacer constar, que los pactos incorporados a la Constitución de la nación, con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías que acuerda (art. 75, inc. 22), que entre más valores, resaltan lo inestimable de la cultura y prohíben las discriminaciones, sobre todo en el aspecto cultural. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7 («En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.»), con su incorporación, inequívocamente, han afectado nuestro sistema jurídico.

Lo dicho es de ese modo, por cuando «las cosas suceden como en el estanque de una fuente. El agua nueva, propagando ondas se mezcla con el agua del pilón y la va cambiando. A veces, según el nivel alcanzado se derrama agua para hacer lugar a la que entra, la cual se diluye y confunde con la que había ya. Pero aún sin derramarse, la composición, la temperatura, el grado de pureza del agua, todo, en fin, es afectado por la que se va agregando, así como una sola gota de tinta cambia el color de todo el líquido» (Sebastián Soler, *Interpretación de la ley*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pág. 113). Pensar lo contrario es negar el dinamismo, la coherencia y unidad del orden jurídico y, al mismo tiempo, sostener que pese a que la Constitución se ha modificado visceralmente, el orden jurídico sigue siendo el mismo vigente con anterioridad, vale decir, se niega así la reforma o bien se la acepta para no cumplirla, con lo que sigue siendo cierto que en «nuestro país, las

leyes de garantía son “palabra de buena crianza”, pelotas de jabón, y lo más grave es que no tienen otro valor para los hombres, incluso prominentes, que las deben redactar o aplicar...» (Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, t. II, pág. 358, nota 47).

La vía que me ocupa, en su recta interpretación, es resguardadora de la dignidad de las personas, pero ha sido llevada por la Asamblea Estatuante de Buenos Aires a límites sorprendentes: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el **derecho a ser diferente** (el destacado es mío), no admitiéndose discriminaciones por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.” (*La Nación*, 1ª Secc., 31/8/96, pág. 9).

De otra parte, viene a cuento dejar constancia que el mencionado anormativismo alemán fue, en gran medida, una secuela de las últimas grandes guerras, que en Alemania aumentaron su poder de impacto sobre el orden jurídico, debido a los procesos de Núremberg, llevados a cabo por las potencias vencedoras, no los procesos a que fueron sometidos los Jerarcas del Gobierno de Hitler, sino los procesos a los jueces de la nación alemana, cuya misión consistió tan solo en aplicar las leyes del Tercer Reich (cfr. Olsen A. Ghirardi, “El razonamiento débil”, en *La naturaleza del razonamiento judicial*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1993, pág. 14 a 17).

II) Para el tratamiento del caso comienzo por bosquejar el mundo jurídico, pido, se tenga presente que es un mero bosquejo de lo expresado por Martínez Paz, quien presenta al mundo jurídico como una red de relaciones complejas cuyos componentes fundamentales son los términos de la relación: “**hombre-sociedad-cultura-derecho**”.

Relación afirmada en cuatro conceptos claves: el de **persona**, como vía de acceso a la dimensión antropológica del mundo jurídico y a una antropología jurídica. Lo que, sin duda, se compadece con los principios del derecho penal en la materia. Dejo pues de

lado la cuestión de si la persona moral puede o no ser sujeto activo del delito.

El segundo concepto es el de **sociedad** que constituye el soporte de la realidad humana.

El tercero es de **cultura** entendida como una manera de mirar y construir el mundo va de suyo en el seno social, «una matriz de vida dotada de sentido» (ob. cit., pág. 16).

El cuarto y último es el **derecho** que en materia penal únicamente es referible al derecho positivo, pero que fuera de él, con validez, Martínez Paz coloca la otra dimensión, la de **conjunto de principios éticos jurídicos**. «Así por ejemplo, Norberto Bobbio, sostiene que el fenómeno de producción jurídica extralegislativa se pone de manifiesto de una manera notoria en el derecho de la empresa y en el del trabajo» (ob. cit., pág. 30).

Al hecho ilícito lo sitúo en el ámbito de la **antropología cultural-cultura y cultura jurídica**, para lo que tengo presente lo expresado por Martínez Paz: «La cultura como “orden” se manifiesta en la conexión de la naturaleza humana y sus tendencias y valores con las soluciones propuestas por la sociedad. De esta conexión surge un orden social que responde a los fines del hombre y de la sociedad, y que se proyecta al orden jurídico y a las organizaciones procedimentales destinadas a obtener o mantener dicho orden social» (págs. 27/28).

En razón de ello, el jurista: «Sin egoísmo alguno debe sentirse servidor de las concepciones sociales, éticas y culturales imperantes...» (Karl Engisch, *El ámbito de lo no jurídico*, versión castellana de la primera edición alemana, Tübingen, 1952, de Ernesto Garzón Valdez, UNC, Dirección General de Publicidad, Córdoba, R.A., 1960, pág. 129 y nota en la que Engisch se cita a sí mismo “*Ein Fühurn juristische Denken*”, pág. 192).

Recapitulando, el hecho ilegítimo de referencia no escapa al mundo jurídico, desde que no coincide como más adelante —cuando los narre— veremos, con los mencionados por Arthur Kaufman y otros tratadistas citados por Hans Joachin Hirsch, en su trabajo *El Derecho Penal y el ámbito libre de regulación jurídica* cuya versión castellana de Patricia Ziffer, obra en *Doctrina Penal*, Bs. As., Depalma, N° 39, Año 10, Julio-Setiembre, 1987, pág. 397 y sgtes. (*Infra*, VI, párr. 1°).

III) Debo de antemano, para introducirme en el análisis fáctico, hacerme cargo de cuestiones que sin enumeración trataré. Empleo las palabras análisis fáctico con referencia al delito o bien hecho ilícito, como lo hice en mi trabajo inserto en el *Mundo Jurídico multidimensional* (pág. 45 y sgtes.), ya que no obstante que Martínez Paz, al centrar el núcleo del modelo lo considera constituido por “**fenómenos jurídicos multidimensionales**” (págs. 16 a 17 y diagrama de pág. 38), tales designaciones —las mías— no desdican ese léxico si se tiene presente las implicancias y alcances propios del **hecho punible**. (Cfr. Ricardo C. Núñez, *Manual de Derecho Penal - Parte General*, Lerner Ediciones, 1977, pág. 83).

Así, acepto que «el hombre no puede ni debe disociarse de sus ideas, de sus creencias..., porque perdería su armonía. Somos armónicos en todo uno, aunque a veces resulte incomprendible», cual lo expresa Manual García Blázquez, en su libro *El exorcismo de Albayzin*, Ed. Comares, Granada, España, 1992, pág. 200, lo que se compadece con el mencionado diagrama sobre el Mundo Jurídico en la división distinguida con la letra C, donde gráficamente se relaciona al hombre, en cuanto cultura, como que representa una forma de vida.

Concuerdo, también, conque el derecho «no quiere ser más que un ordenamiento de las relaciones sociales, alcanza, para la valoración jurídica, la determinación de que el comportamiento cuestionado no contraría ese ordenamiento» (*ibid.* Hirsch, citando a Lenckner, pág. 409, nota 39).

Tal es lo que desde dicho ángulo, acaece en nuestro ordenamiento jurídico, que pese a consagrar la libertad de culto para los habitantes de la Nación (C.N., art. 14 penúltima disposición), prohíbe la práctica realizada por aquellas sectas no admitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores e inscriptas en la Secretaría de Culto. Sectas sobre las cuales no existe prohibición en otros países, vr.gr., en Norteamérica.

IV) Sentadas, diré, las premisas consignadas en el párrafo anterior, entro a tratar los temas que constituyen el objeto de este trabajo empezando por la RELIGIÓN y más específicamente, pues hace al caso delictivo de la Religión Católica Apostólica Romana.

En el cristianismo y en forma concreta en la religión recién mencionada, creemos en la existencia del demonio porque así está escrito en los Libros Sagrados y lo sostienen la tradición de la Santa Iglesia y la palabra de los Pontífices.

Tal grado tiene nuestra creencia en el demonio que, p.e., San Martín de Porres, el primer Santo negro de Sudamérica, se flagelaba, para evitar ser tentado, haciendo azotar su espalda con varas de mimbre por un indio al que pagaba para ello (*vid.* Marcos Aguiñes en su novela de carácter histórico, *La gesta del marrano*, Grupo Ed. Planeta, Bs. As., 1994, págs. 265/266 y la nota obrante al pie de la pág. cit. en último término).

Paraficada convicción tenemos sobre la posesión demoníaca, que no es sólo propia de sectas u otras religiones (al respecto puede consultarse *Crímenes de la brujería* de Enrique C. Henríquez, Ed. Depalma, Bs. As., 1970, el cual lleva prólogo de Luis Jiménez de Asúa, o en su defecto, Osvaldo N. Tieghi, *Tratado de Criminología*, Ed. Universidad, Bs. As., 1996, quien en pág. 571 hace una breve referencia a procesos por brujerías), como que el Código de Derecho Canónico ha reglamentado la práctica del exorcismo cumplida para expulsar el demonio cuando éste se apodera del espíritu de alguna persona (*vid.* García Blázquez, *ob. cit.*, pág. 13 y sgtes.).

Dicha práctica la llevó a cabo el actual Pontífice Juan Pablo II en 1982 (*La Nación*, 1ª Secc., 20/7/93, pág. 3) o bien sacerdotes, *vr.gr.*, en Italia en 1991 (*La Nación*, Noticias del exterior, 24/4/91, pág. 3) y aquí en nuestro país en la ciudad santafesina de Rafaela, ahora en 1996 (*La Voz del Interior*, 5/5/96, 20A).

V) EL DELITO, de éste da cuenta Manuel García Blázquez, en su publicación ya mencionada, en razón de haber intervenido, por ser médico legista, en la autopsia de la víctima e integró, asimismo, el equipo de psiquiatras que produjeron dictámenes respecto del estado mental de los procesados, todos profesantes de la religión Católica Apostólica Romana, aunque algunos con menor grado en su práctica.

Como García Blázquez transcribe la sentencia dictada por el tribunal de juicio, la Sección Primera de la Audiencia Provincial, en la ciudad de Granada, España, el 17/3/92 (pág. 215 a 230), de ella exclusivamente, pero no en forma exhaustiva, me valgo para la

relación del hecho acaecido en el Barrio del Albayzin, de la ciudad de Granada entre la noche del 30 de enero de 1990 y la madrugada del 31 de ese mes, muriendo la víctima Encarnación Guardia Moreno el 1º de febrero del mencionado año en el hospital "Ruiz de Alda" al que fuera llevada, como consecuencia de «un coma hipersmolar secundario e ingesta masiva de sal, que le produjo hemorragia subaracnoidea, presentando así mismo lesiones muy graves en otra hemorragia suddural, estallido de vejiga, hematomas en asas intestinales, desgarros de mesos y gran desgarró perineal, con rotura completa de todo el esfínter externo del ano, y otras lesiones menores» (págs. 219/220).

Las lesiones que, en definitiva, causaron la muerte de Encarnación Guardia Moreno, le fueron ocasionadas a ésta a raíz que por haber estado trabajando en Francia, el patrón del establecimiento en que lo hacía —que asistía a sesiones de magia negra— en cierta ocasión le mandó lavarse sus órganos genitales, y por tal procedimiento —creía ella— le había engendrado a Lucifer o Satanás del que estaba poseída.

Dado esa creencia, le solicitó a su amigo y de sus familiares Mariano Vallejos Fuentes, que le retirara de su vientre ese engendro. Aceptado que fue su pedido por Mariano, éste, en el domicilio de ella —con el asentimiento de la presunta embarazada— e intervención de Enriqueta e Isabel Guardia Alfonso, comenzaron a suministrarle agua mezclada con sal, de la que le hicieron ingerir una cantidad excesiva que ya no podía tolerar, pese a que la sentaban en el retrete a fin de que expulsara el demonio del que estaba poseída; no obstante tal intolerancia los nombrados continuaron con dicho procedimiento casi hasta las ocho de la mañana del día siguiente al del comienzo, o sea, hasta el 31 de enero de 1990.

En la oportunidad que dejó citada, fue convocada la sobrina de Enriqueta Guardia Moreno, Josefa Fajardo Guardia que por estar embarazada, fue considerada la más apta para conseguir el objetivo perseguido. Una vez que la misma se hizo presente se continuó haciendo ingerir a Enriqueta, a quien se le había quitado la ropa y se la cubría sólo con una bata, un brebaje preparado con zumo de naranja, aceite, vinagre, sal y pimienta, procedimiento que se cumplía sujetándola Mariano por el cabello y zarandeándola violentamente; en un momento dado, no obstante sufrir Enriqueta

convulsiones y temblores, Mariano se subió encima de ella, apoyando sus rodillas fuertemente sobre su abdomen e incluso llegó a ponerse de pie, haciendo flexiones para ejercer mayor presión, en tanto que Isabel y Enriqueta Guardia Alonso le sujetaban los muslos y rodillas, Josefa le introdujo la mano por la vagina varias veces, en una de ellas provista de un alfiler, a la vez que Mariano realizaba la misma operación pero por el ano tironeando fuertemente, con la finalidad de extraer el demonio.

La participación de Josefa Fajardo Guardia en el hecho se hizo posible en razón que su madre María Alonso Vaca, franqueó el ingreso a su casa a quienes fueron a buscarla, no obstante no estar presente cuando se le formuló el pedido que participara en el procedimiento para lograr que Enriqueta Guardia Moreno, expulsara el demonio que estaba en su vientre. Cuando las maniobras practicadas habían llegado al estado últimamente descrito, se hizo presente la hermana de Enriqueta llamada Carmen, quien la vio en un estado lamentable y cuando había comenzado a rezar y solicitar la asistencia de un médico, por lo que Carmen, con otra persona, la envolvieron en un edredón y la condujeron al ya citado hospital "Ruiz de Alda", en el cual, pese al esfuerzo de los médicos que la asistieron, como está dicho, Encarnación falleció el 1° de febrero de 1990 (versión no textual de la sentencia del tribunal obrante de pág. 217 a 219).

He prescindido de detalles que no se consignan en la sentencia como el que sin explicación posible, se velaron las fotografías tomadas al cadáver de Enriqueta y otros fenómenos paranormales relatados por Manuel García Blázquez.

VI) EL DERECHO PENAL, como dije al comienzo (*supra*, II, últ. párr.), el hecho relacionado constituyó un delito y por tanto pertenece al mundo jurídico, pues no se trató de convicciones internas de carácter religioso que Larez coloca fuera de ese ámbito, es decir, del mundo jurídico, sino de una conducta externa e, incluso, el hecho de que me ocupo mantiene ese reclamo —de pertenecer al mundo jurídico—, aun respecto de otros hechos, cual los correspondientes a la acción denominada "eutanasias de Hitler", que Arthur Kaufman sustrae del mundo jurídico (véase, respectivamente, las págs. 398 y 400, de *El Derecho Penal y el ámbito de*

regulación jurídica, de Hans Joachin Hirsch, ya mencionado), o los que tienen lugar dentro del denominado "riesgo permitido", hechos en cierto modo peligrosos y que las formas de vida llevan inevitablemente consigo (cfr. Karl Engisch, ob. cit., pág. 65 y citas de nota 84).

En cambio, guarda alguna semejanza con el caso relatado por el Obispo Berggrav, de un testigo de Jehová danés quien se negó, por razones de conciencia, a prestar su ayuda para apagar un incendio, por estimar que esa actividad implicaba una oposición a la voluntad de Dios. Caso del que se vale Hans Welzel, en su obra *Más allá del Derecho Natural y del positivismo jurídico*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdez, UNC, Dirección General de Publicaciones, Córdoba (R.A.), 1970, pág. 98.

El tribunal sentenciador desechó el trastorno mental transitorio (C.P. español, art. 8, inc. 1º) sustentado por las defensas de un grupo de los justiciables, en el caso de que se trata, porque si bien no reclamó la enfermedad mental ni su origen morbooso —es lo que acontece entre nosotros (vid. Ricardo C. Núñez, *Manual de Derecho Penal - Parte General*, Lerner Ed., 1977, pág. 221 y cita de nota 9)—, consideró que las alteraciones experimentadas por esos procesados no tuvieron la intensidad necesaria para privarlos de sus facultades psíquicas, anulando sus condiciones de inteligencia y voluntad, o al menos alterarlas, parcial y gravemente (pág. 227); tampoco aceptó que Josefa Fajardo Guardia, obró bajo la influencia de un miedo insuperable (CP. español, art. 8, inc. 10º), dado su temor al demonio, tal como lo alegara su defensor (pág. 228).

Desde otro ángulo, el tribunal desestimó la comisión de un homicidio doloso (CP. español, art. 407), que imputó tanto la acusación pública como particular, dicho sintéticamente, no admitió la existencia de ese homicidio, por no concurrir el ánimo de matar en los procesados (págs. 222/223).

Tampoco admitió que existiera la comisión por MARÍA ALONSO VACAS (*supra*, IV, penúltimo párrafo), del delito de haberse abstenido de impedir un delito que causa grave daño a la integridad, o a la vida de otra persona (art. 338 bis, párr. 1º, CP. español) porque no constaba que la nombrada, en momento alguno, supiera de la existencia de aquella situación de riesgo (pág. 225).

En su mérito y promediando acción civil indemnizatoria ejercida en representación de los hijos de la víctima, como, asimismo, acción reparatoria ejercida por el Servicio Andaluz de Salud (SAS) por la asistencia médica prestada a Encarnación Guardia Moreno, el **Tribunal resolvió**: condenar a los procesados MARIANO VALLEJOS FUENTES, ISABEL y ENRIQUETA GUARDIA ALONSO, como autores de un delito de lesiones en concurso con otro de imprudencia temeraria, con concurrencia de la atenuante analógica de enfermedad mental a la pena, a cada uno de ellos, de DOS AÑOS DE PRISIÓN MENOR, por el primero, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN MENOR, por el segundo, con la misma accesoria (arts. 14, 421, 9, inc. 1º, 27, 5º supuesto y 29 CP); a JOSEFA FAJARDO GUARDIA como autora de los mismo delitos, y con la concurrencia de la misma atenuante, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN MENOR, con su accesoria por el delito de imprudencia temeraria (arts. cits., CP), condenarlos, asimismo, a los cuatro, al pago, por partes iguales, de las cuatro quintas partes de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular, y a indemnizar en la cantidad de CUATRO MILLONES DE PESETAS a cada uno de los dos hijos de Encarnación Guardia Moreno, y al Servicio Andaluz de Salud (SAS) en la cantidad de CINCUENTA MIL PESETAS por gastos asistenciales prestados a la víctima; y absolver a MARIA ALONSO VACAS del delito de omisión de impedir determinados delitos (art. 338 bis, párr. 1º, CP) del que venía acusada, declarando de oficio el resto de las costas (transcripción no textual de la parte dispositiva de la sentencia, pág. 230).

VII) A MANERA DE CIERRE, parto al dar el enfoque jurídico penal respecto del **hecho punible** (*supra*, III, párr. 1º) tenido por acreditado por el Tribunal español, con arreglo a lo dispuesto por nuestro Código en la materia, de los dictámenes de los psiquiatras sobre las personas que resultaron condenadas, en razón de haber dado muerte a Encarnación Guardia Moreno, procurando que ésta expulsara el demonio, que tanto ella como aquéllas, creían estaba engendrado en su vientre, dado que todos profesaban la religión Católica Apostólica Romana (*supra*, V, párr. 1º).

Tengo presente, además, que los dictámenes producidos por los psiquiatras provinieron del examen a los procesados y el estudio de su estado mental, incluso, al tiempo de producirse la comisión del hecho por el cual se los condenó, como lo he dejado expuesto.

Reparo, asimismo, atendidas las particularidades probatorias que presentó el caso, que si bien entre nosotros el órgano jurisdiccional debe apreciar el valor probatorio de los dictámenes periciales según su libre convicción, de presentarse un rechazo inmotivado la casación resulta procedente (Ricardo C. Núñez, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, 2ª edición actualizada, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986, nota 3 al art. 255, pág. 230) y lleva a la anulación de la sentencia en razón de carecer ésta de fundamentación (cfr. Eduardo M. Jauchen, *La prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1992, pág. 200 a 202 y citas de notas 109).

«Para los psiquiatras, los procesados eran inimputables. Según dijeron conocían entre el bien y el mal, pero ellos en todo momento pensaron que estaban haciendo el bien, debido a su idea delirante. Pusieron el ejemplo de la persona que mata y aunque nosotros sabemos que matar es malo, aquel enfermo que mató, lo hizo pensando que era algo bueno. Admitieron estaba poseído por el demonio y actuaron siempre tratando de “exorcizar” a la víctima» (García Blázquez, ob. cit., pág. 198).

Así las cosas, conforme al sistema biopsicológico previsto por el art. 34, inc. 1º, disposiciones 1ª y 3ª, del Cód. Penal, en orden a la comprensión de la criminalidad del acto o al gobierno de la dirección de las acciones, también devienen inimputables los condenados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial granadina.

En efecto, nuestra mejor teoría, se ha expresado de la forma —a que adhiero— y es la siguiente: «No es inimputable (por error de copia se ha escrito imputable) solamente el que, en el momento de cometer el delito, por insuficiencia de sus facultades o alteración morbosa de ellas o su estado de inconsciencia, no pudo comprender la criminalidad de lo que hacía u omitía, **sino también el que habiendo gozado de esa comprensión, por esas mismas razones, no pudo dirigir sus acciones con arreglo a esa comprensión. Se trata de una situación de inimputabilidad resultante**

del estado mental del autor, lo que supone que éste ha accionado porque su obrar o no obrar ha obedecido a su voluntad, aunque viciosa, de hacerlo: la persona se ha autodeterminado aunque de modo psíquicamente anormal» (Ricardo C. Núñez, *Las disposiciones generales del Código Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1988, pág. 118, el destacado me pertenece).

VIII) En suma, la conducta antijurídica que he relacionado y encuadrado en el párrafo precedente desde la óptica de nuestro Código Penal, cual al inicio lo dijera, pertenece al *Mundo Jurídico multidimensional* (*supra*, II), o sea, dando el concepto con palabras pertenecientes a un enfoque jurídico penal: «el mundo del derecho es un ordenamiento de la vida (el destacado es mío), que requiere continuamente el empleo, la puesta en peligro y el sacrificio de “bienes jurídicos” a fin de conservar la totalidad, promover y alcanzar nuevos “bienes jurídicos”. El derecho ordena lo que está siempre en junto, a favor y en contra, encima y debajo, a partir de objetos individuales de significación social, es decir, objetos jurídicamente plenos de valor (bienes). Recién las injerencias en este mundo de bienes, que caen fuera de este orden, que destruyen la relación social, son realmente lesiones al bien “jurídico”». (Diethart Zielinsky, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, traducción de Marcelo A. Sancinetti, Editorial Hammurabi SRL, Bs. As., 1990, pág. 72).

De allí, por consiguiente de la cantera de ese mundo —el *Mundo Jurídico multidimensional*— acudiendo al sector de la antropología cultural que desnuda «la limitación irremovible del conocimiento humano» (Zielinsky, ob. cit., pág. 355), de la ética y la cultura, y, en el caso, al derecho penal, se encuentra el intérprete de la ley —«no el mero lector de la ley», frase acuñada por Ricardo C. Núñez—, en condiciones de resolver la conducta en examen, con arreglo a derecho.

*Disertación del académico de número, Dr. Víctor H. Martínez
en la sesión privada del 19 de noviembre de 1996.
Palabras pronunciadas en la presentación del libro
Derecho Rural Argentino del Dr. Guillermo Garbarini Islas
(Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires,
6 de agosto de 1996).*

Hace ya algunos años y en ocasión de cursar mi carrera de abogacía debí dar examen de la materia en ese entonces "Legislación de Minas y Rural". Esto último se desarrollaba, incomprensiblemente, en sólo dos apéndices, llegando en mi auxilio el libro *Derecho Rural Argentino*, edición 1925, del Dr. Guillermo Garbarini Islas.

Tiempo después, en 1956, concursé para la cátedra que se había transformado en "Derecho Agrario, Forestal y de Minería", y nuevamente recurrí a las lecciones del Dr. Garbarini Islas.

Traigo estos hechos para que pueda interpretarse mi sentir cuando hoy, a más de setenta años de la primera aparición de un libro, tengo el honor de compartir la presentación del mismo en otra edición actualizada por obra del profesor Guillermo M. Harvey quien bien dice: «Cambiaron leyes, decretos, jurisprudencia y principios doctrinarios, pero no las reglas profundas que dan lugar al moderno derecho de los recursos naturales».

Este acto tiene el significado de la perdurabilidad de las bases de nuestro Derecho Agrario sostenidas por el empeño de precursores como el profesor Garbarini Islas, quien, en argumentación valdada sostiene: «Tenemos dos razones poderosas para dictar de una vez por todas una buena legislación rural: la necesidad de proteger nuestra principal riqueza y la justicia que ordena retribuir con una buena ley que les mejore su existencia, los esfuerzos de la gente del campo que tanto representan para la Nación. Pero hay todavía

otro factor: nuestro país necesita y necesitará aún por mucho tiempo del brazo y del capital extranjero y nada propende a arraigar tanto al uno y al otro como el saber que en las tierras a que se dirige encontrarán una buena legislación y una mayor justicia».

Consideramos indudable la unidad conceptual del Derecho y acertado respetar siempre la presencia del Derecho Civil como Derecho Común y así Garbarini parte de nociones de este derecho tanto en los aspectos subjetivos como objetivos. En nuestro trabajo sobre *Las cosas de la naturaleza en el pensamiento de Dalmacio Vélez Sársfield* tratamos de seguir un camino semejante concluyendo: «las varias referencias del Codificador a las ramas del Derecho que deben abordar las regulaciones administrativas sobre los bienes de la naturaleza, o el tratamiento de éstos por disciplinas más específicas comprensivas de los recursos de la naturaleza, revelan también que el pensamiento de Vélez no los miró con indiferencia, y al contrario, respetó una autonomía que en materia legislativa parte de la Constitución Nacional y se concreta luego en diversas manifestaciones científicas dadas en el tronco común del Derecho Civil».

La doctrina autonómica del Derecho Agrario ha tenido muchos comentaristas con distintas posiciones ya que unos niegan dicha autonomía y otros la afirmamos, partiendo de fundamentos diferentes. Es lo cierto que, aún bajo el manto de principios comunes y en la debida vinculación interdisciplinaria que muestran las ramas del derecho, el “**hecho agrario**”, surgido de circunstancias típicas, ha generado relaciones específicas en torno a la actividad agraria requiriendo normas propias y cátedra especializada, y ello está en la obra que nos ocupa.

Afirmado en un liberalismo al que adhiere sin retaceos Garbarini Islas reflexiona: «Puede decirse sin mentir, que todo el derecho rural y que todo el régimen agrario de un país descansa sobre la seguridad de la propiedad», pero ello no le priva de recoger prudentes advertencias sobre el modo de disponer de ese derecho.

El comentario del profesor Harvey tiene singular importancia cuando nos recuerda los sistemas de tenencia de la tierra y menciona los institutos de la unidad económica y la reforma agraria.

Aún cuando se sostiene que la doctrina de la Iglesia Católica no es una tercera posición entre el capitalismo liberal y el colecti-

vismo marxista, hay una equidistancia que determina una postura clara sobre el derecho de la propiedad, agraria o no agraria, que se ilumina con los documentos de la Iglesia.

A la ya citada *Mater et Magistra* podemos añadir la *Rerum Novarum* de León XIII y la *Quadragesimo Anno* de Pío XI, todas las que dan nítido reconocimiento al derecho de propiedad, no sólo de los frutos de los bienes sino de la tierra misma. Sin embargo ello debe compadecerse con el bien común. Así la "*sollicitudo Rei Socialis*" dice: «Los bienes de este mundo están originariamente destinados a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el valor de tal principio. En efecto, sobre ella grava "una hipoteca social", es decir, posee, como cualidad intrínseca, una función social fundada y justificada precisamente sobre el principio del destino universal de los bienes».

En el Nuevo Catecismo, bajo Juan Pablo II, se expresa: «Los bienes de producción —materiales o inmateriales— como tierra o fábricas, capacidades o artes, requieren el cuidado de sus poseedores para que la fecundidad aproveche al mayor número. Los poseedores de bienes de uso o de consumo deben utilizarlos con templanza, reservando la mejor parte al huésped, al enfermo, al pobre».

La evidencia de una explosión demográfica, la realidad de las concentraciones urbanas y despoblación del mundo rural; la injusta distribución de la riqueza, el agobio de los países en vías de desarrollo ante el peso de la deuda externa; el comprobar que la industrialización no absorbe el problema de la desocupación, llevan a la exigencia de analizar las posibilidades de cambio en las estructuras económicas y sociales y en ello se inserta el problema de la reforma agraria.

Esta se informa además en la reconocida limitación de los recursos naturales. La visión idílica de un mundo sobreabundante se desdibuja con el monocultivo de las zonas caribeñas, la desertificación en muchas áreas del globo terrestre y el estancamiento de la producción agrícola ganadera. En los últimos diez años la producción de cereales en el mundo descendió para estar por debajo de los 300 kgs. por persona y en consecuencia las reservas mundiales de cereales se han reducido a las cantidades más bajas en los últimos diez años y la expansión de la agricultura igualmente ha disminuido por diversos factores.

Lejos de adherir a corrientes populistas, de negar el derecho de propiedad, de menoscabarlo o acudir a confiscaciones, como de preconizar únicamente cambios en la tenencia de la tierra, las estructuras agrarias deben ser acompañadas de una legislación que favorezca la producción agropecuaria, afiance al productor y a la familia, incentive la aplicación de tecnología, abra las vías de comercialización, contribuya a la sanidad animal y vegetal y ampare a las comunidades nativas tanto como a la empresa rural.

Estaba ayer en las preocupaciones de Sarmiento y Avellaneda la forma de distribución de la tierra y el problema de su unidad económica para evitar tanto el latifundio como el minifundio. El Código Civil comprendió el punto en su nota sobre las obligaciones, las leyes agrarias advirtieron sobre el mismo y las reformas a la ley civil ratificaron sobre la indivisibilidad para prevenir el perjuicio de las inconvenientes divisiones en toda clase de bienes.

No obstante aún es preciso buscar los caminos jurídicos que concilien y concreten disposiciones generales en función de la realidad, teniendo en cuenta las características regionales, el destino de la explotación, los recursos naturales comprometidos, las obras de infraestructura, y superar el error de considerar la unidad económica en función de un solo sujeto agrario, como lo es la familia, sin tener en cuenta otros sujetos plurales como la empresa agraria.

El régimen de las aguas es tomado también por Garbarini Is-las subrayando las disposiciones del Código Civil. Este recurso natural que ocupa las tres cuartas partes del planeta y condiciona las civilizaciones, demanda nuestra atención por los efectos nocivos en los casos de sobreabundancia ocasional, por su escasez, su mala calidad y su relación con los hechos contaminantes, la desertificación y por el auxilio requerido en cultivos o industria.

No más del 3 % del agua que existe en el universo es dulce y está mal distribuida. Del porcentaje citado, 3/4 partes se halla en forma sólida, en casquetes polares y glaciares. Los diversos usos del agua muestra que la agricultura gasta dos tercios del recurso consumido en el mundo, que para 1980 tenía 200 millones de hectáreas de regadío. Cada ser humano necesita de este líquido elemento pues no puede sobrevivir sin él más de tres días y el 50 % de los animales y de las plantas viven en medio acuático.

Se estima que para el siglo XXI noventa naciones sufrirán cortes crónicos de agua, contribuyendo a la desigualdad humana; el hombre necesita 20 litros de agua al día, pero los habitantes de los países ricos consumen 12 veces más que los subdesarrollados.

En la época colonial el agua era un artículo básico de la canasta familiar y su precio el comentario obligado al hablar del costo de la vida, y aún en nuestros días el precio del agua y el consumo del producto envasado revelan la carencia del recurso apto.

En el sistema metropolitano bonaerense sólo el 41 % de la población llega a contar con agua corriente y el 17 con cloacas, y el agua sigue siendo contaminada por los residuos, los abonos agrícolas y los desechos o accidentes industriales. Por cada 10 m³ que ingresan en una familia, 3 se devuelven sin tratar.

La tarea del jurista ha permitido sistematizar las normas sobre dominio, uso, aprovechamiento y prioridades en el manejo del recurso hídrico, con disposiciones en el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental y en codificaciones provinciales, pero hoy como ayer, la materia debe continuar incluida en la docencia agraria.

Garbarini Islas adhiere a los sistemas de explotación directa, es decir, a la conveniencia de la identidad entre el propietario del bien agrario y quién realiza las tareas del campo, pero no desconoce las formas indirectas que se subordinan a la contratación bajo diversos matices. Toma el arrendamiento y la aparcería, en tanto el comentarista incluye otras figuras que la fertilidad jurídica da para alimentar la bilateralidad agraria de carácter asociativo o societario.

El arrendamiento rural cubrió durante largo período importantísimo espacio en nuestro mundo agrario y dio lugar a una serie de leyes y decisiones jurisprudenciales que plantearon cuestiones cautivantes surgiendo planes que pueden bien considerarse soluciones de reforma agraria. Tal fue el caso del denominado "Plan de Transformación Agraria", de Ibarbia, que constituyó un paso efectivo para retornar al debido cauce de los institutos de la propiedad y del contrato agrario.

Entiendo que el problema forestal, mencionado por Garbarini Islas y apuntado en su legislación por el comentarista, debe merecer nuestra especial atención. Las masas boscosas ocupan más de

4.000 millones de hectáreas, o sea, una tercera parte de la superficie del globo, ubicadas en un 42 % en países desarrollados y en 53 % de los países en desarrollo, y en muchos de ellos la leña aporta más del 70 % de la energía utilizada para todos los fines, en tanto los requerimientos de este combustible demandará plantar 2,7 millones de hectáreas por año para atender a las necesidades de más de 3.000 millones de personas.

Sin embargo, hay destrucción del recurso por razón del desmonte, siendo la deforestación resultado de la pobreza, la baja productividad agrícola, el uso inadecuado de la tierra, los proyectos no apropiados de desarrollo y la ausencia de una política forestal.

En esta centuria han desaparecido el 50 % de los bosques naturales latinoamericanos y la deforestación mundial alcanza a 17.000.000 de hectáreas por año. En nuestro país en 1996 un incendio arrasó con más de 5.000 hectáreas de bosques en el sur patagónico.

La necesidad de preservar y desarrollar la industria forestal hace preciso que hablemos del derecho forestal e incluyamos la sistematización de las normas pertinentes. El texto actualizado incluye el reciente ordenado en materia forestal, a lo que sería necesario agregar las disposiciones de las nuevas constituciones de provincia, las normas locales y las previstas en otras leyes nacionales como la Ley de Parques y Reservas Nacionales.

En el libro que presentamos no se deja de lado la importancia de lo que suele llamarse, con un calificativo impropio, las "industrias auxiliares" que son pilares de desarrollo regional.

Aun dentro del marco liberatorio y desregulador dado por el decreto nacional 2284/91 que, a mi juicio, el doctor Garbarini Islas compartiría, y que disuelve organismos agrarios como Junta Nacional de Carnes, Junta Nacional de Granos, Instituto Forestal Nacional y Mercado de Concentración Pesquera, y da nuevas normas para la yerba mate, el azúcar y la vitivinicultura, ello no empece a que estos rubros como otros: la fruticultura, horticultura, el tabaco y la miel, hacen a la región y contribuyen a la descentralización siendo base del desarrollo armónico del país. Ponemos de resalto y remitimos a lo que sobre ello se inserta en la edición actualizada.

Otros aspectos de no menor relevancia es el énfasis en lo que hace la empresa agraria, instituto que viene teniendo cada vez más presencia entre los sujetos agrarios. La existencia de actividades individuales en casi todos los sectores cede lugar a figuras asociativas o societarias tipificando a la empresa, pequeña, mediana o grande.

Las explotaciones individuales, por razón de circunstancias familiares en muchos casos buscan el asilo de las sociedades civiles y comerciales. La necesidad de disminuir costos, de obtener apoyo crediticio, favorecer inversiones, acceder con mayor facilidad a la técnica o a las obras de infraestructura, adecuarse a los sistemas de almacenamiento, transporte y mercadeo, tornan absolutamente indispensable recurrir a la empresa agraria, y justifica las reflexiones oportunas que en tal sentido formula el comentarista.

El Derecho Agrario al que definimos como el conjunto de principios y normas que tiene por objeto las relaciones jurídicas que hacen a la actividad agraria a los fines de la mayor producción y mejor distribución de elementos vitales, en beneficio del productor y de la comunidad, debe enfrentar circunstancias cambiantes y obliga a ofrecer soluciones que compatibilicen el crecimiento con la justicia social.

Es el derecho agrario incuestionablemente un derecho de la producción entendido este vocablo en su aceptación más amplia, es decir, que comprende el cultivo y todas las etapas propias del ciclo rural, entre ellas esencialmente la comercialización.

En el sistema global que informa el mundo económico de la actualidad, con acentuada intercomunicación, la comercialización obliga mirar no sólo los escenarios internos de cada país o región sino las áreas que trascienden los espacios nacionales.

Sobre la base de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero y de la Comunidad Económica Europea, doce Estados miembros aprueban la Comunidad Europea donde, en un ambiente de libre circulación de mercaderías, tiene su sitio la Comisión de Agricultura, Pesca y Desarrollo Social.

Así como se habla hoy de Derecho de la Integración por encima del Derecho Internacional, se sugiere en América la posibilidad de un Derecho Agrario Iberoamericano para responder a incitaciones globales o comunes.

La inaplicabilidad del Capítulo sobre las reglas de la competencia del Tratado de Roma a la producción y comercio de productos agropecuarios, la imposición de precio de intervención o de precios garantizados a los productores y la política de subsidios, despiertan la conciencia de la integración de América Latina.

Surgen la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (A.L.A.L.C., 1960), la Asociación Latinoamericana de Integración (A.L.A.D.I., 1980), el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo con la República Federativa del Brasil (1988) y otros más. El Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile al que dimos nuestro más decidido esfuerzo, aseguró no sólo la paz sino la apertura de un entendimiento vital para los intereses agrarios y económicos revelados en inversiones mineras, gasoductos, transporte y electricidad.

Al presente cuatro corredores de integración y doce pasos fronterizos Chileno-argentinos fortalecen la comunicación con el Pacífico, salvando obstáculos de comunicación con una masa poblacional de 3000 millones de seres en mercados del Atlántico y con igual número de personas en el lado asiático donde la Argentina tuvo en 1995 exportaciones por valor de 2039 millones de dólares. Ahora se aspira a capturar por lo menos el 20 % del incremento de alimentos procesados (20 %) que se espera obtener en Asia.

El 26 de mayo de 1991 se llega al Tratado de Asunción que da nacimiento al MERCOSUR, entre Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina al que habría de sumarse Chile, formando un conglomerado de 200.000.000 de habitantes para, entre otras prioridades, realizar la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes; de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetario, cambiario y de capitales, de servicios, aduaneros, de transportes y comunicaciones.

En relación con terceros países, los Estados partes asegurarán las condiciones equitativas de comercio y armonizarán su legislación en las áreas pertinentes. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal.

Se comprende a todas luces que esta nueva edición venga acompañada de referencias precisas a la integración, lo que consideramos obligatorio en textos y enseñanzas del Derecho Agrario.

Los límites temporales de esta exposición no permiten abarcar la totalidad del temario de Garbarini Islas que nada del mundo rural omite mencionar: carnes, granos, propiedad de los semovientes, policía sanitaria, crédito, hacen de su libro un texto de rico contenido. Es remarcable su preocupación por las condiciones del obrero rural para quien reclama la protección del derecho obrero y la implantación del seguro social. Años después habría de dictarse el Estatuto del Peón y la Ley sobre Régimen del Trabajador Rural (22.248 de 1980).

Señores:

Un libro es siempre un desafío, una propuesta y una síntesis. El que ahora nos convoca me lleva a la reflexión de Eduardo Mallea: «El error de creer que puede haber vida por representación, vida representada en lugar de vida vivida es muy común en la Argentina». Hay en ella la inautenticidad de la representación por un lado, y por el otro, la que intuye, presiente, medita, se ocupa y preocupa por la Patria.

La iniciativa de los publicistas en la obra *Derecho Rural Argentino* ubica a sus autores en la Argentina auténtica que sirve y construye.

En las sesiones privadas del 5 de noviembre de 1996 y el 3 de diciembre del mismo año, se escuchan las disertaciones de los Dres. Pedro J. Frías y Juan Manuel Aparicio, respectivamente, sobre los temas "Actualidad situacional" y "El Mercosur y los derechos del consumidor".

DISTINCIONES

En acto público efectuado el 21 de agosto de 1996 realizó una disertación el profesor español Dr. Andrés Ollero Tassara sobre el tema “¿Tiene razón el derecho?”. Fue presentado por el académico Dr. Olsen A. Ghirardi.

En acto público efectuado el 1° de octubre de 1996 fue otorgada la distinción “Maestro del Derecho” —edición 1996— al Dr. Fernando J. López de Zavalía, en cuya ocasión pronunció disertación que se publica en la sección Doctrina de este número, en la pág. 135.

Fue presentado por el presidente académico Dr. Luis Moisset de Espanés.

INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS

INCORPORACIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN SANTIAGO DEL ESTERO, DR. JULIO CÉSAR CASTIGLIONE

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Olsen A. Ghirardi, en acto público llevado a cabo el 7 de abril de 1996.

En el ejercicio de nuestra tarea me ha correspondido la grata misión de saludar la incorporación del nuevo miembro correspondiente en Santiago del Estero, Dr. Julio César Castiglione.

Nos sentimos, en nuestra corporación, doblemente regocijados: en primer lugar, porque incorporamos a un representante de la ciudad más antigua del país, ciudad que, por ello y por la calidad de sus hijos, merece nuestro respetuoso afecto; y en segundo lugar, porque Julio César Castiglione es un hijo dilecto de ella, que ha sabido, con su esfuerzo intelectual y moral, merecer el atributo con que hoy le distinguimos.

El Dr. Castiglione es abogado y doctor en Derecho, ambos títulos obtenidos en la Universidad Nacional de Tucumán. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero y Rector de dicha Casa de estudios, siendo actualmente miembro de su Consejo Superior.

Es profesor titular de Filosofía Jurídica y de Ética Profesional de la Universidad Católica de Santiago del Estero, así como profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Catamarca.

Es miembro titular de la Sociedad Argentina de Sociología e igualmente miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, filial de la I.V.R., el ente rector mundial de la especialidad.

Ha escrito casi un centenar de artículos y ha publicado libros sobre las disciplinas que cultiva. Entre éstos, merecen citarse espe-

cialmente: *Principios de Sociología Rural con especial referencia a la República Argentina* (1983), *Prudencia y Derecho* (1984), *Lecciones de Sociología* (1995), *Filosofía Jurídica* (1995).

Por otra parte, ha participado en numerosos cursos y seminarios y ha pronunciado no menos de setenta conferencias. También ha realizado trabajos de investigación referidos a problemas sociales de la región y participó en congresos de esta especialidad en el país y en el extranjero.

Gozó del privilegio de importantes becas entre las que merecen citarse: a) la de la Organización de Estados Americanos (OEA), curso sobre "vivienda rural"; b) invitación del gobierno de la entonces República Federal Alemania, que comprendió visitas a Bélgica, Francia, España e Italia; c) y estudios en Venezuela sobre la Reforma Agraria.

Finalmente, cabe agregar que es Director Editorial del diario *El Liberal* de la ciudad de Santiago del Estero, ese importante órgano periodístico que edita diariamente alrededor de treinta mil ejemplares y contribuye a ser un vehículo de cultura por la difusión de sus ideas, al mismo tiempo que, desde su moderna estructura técnica, es un vigoroso puntal de las instituciones políticas de nuestro país y un denodado defensor de los derechos y valores regionales.

Con las menciones precedentes, que dan una muestra —en la estrechez de esta síntesis— de la labor de nuestro nuevo académico, no se agotan, por cierto, sus virtudes. Julio César Castiglione, posee una de ellas en grado eminente, cosa que quiero poner de relieve en esta circunstancia. En su última obra, recientemente editada, *Las lecciones del Derecho Romano o el Nacimiento del Derecho*, él mismo nos confiesa que —en otra época— criticó acerbamente la enseñanza del derecho romano y su inclusión como materia en el *currículum* de la carrera de abogado. Pero, con el pasar de los años —nos dice— volviendo sobre sus pasos, fue convirtiéndose en un firme defensor de su enseñanza, como disciplina básica, formadora y necesaria.

Alguien —en esa misma línea de pensamiento— ha dicho que, si se enseña bien el Derecho Romano, huelga la Introducción al Derecho. ¿Porque qué son las "introducciones"? No son por sí

mismas disciplinas científicas, como gustaba repetir el maestro Nímio de Anquín, porque no tienen objeto formal. Pues bien, decía que esa confesión de Julio César Castiglione, manifestada tan viril y humildemente en páginas de un libro, que más que eso, estoy seguro, ha inspirado el libro mismo y le ha impulsado moralmente a su publicación, habla claramente de sus fuertes, rectas y firmes convicciones y de su honestidad intelectual, de que tan necesitados estamos en nuestros tiempos.

Y, por todo ello, y por todo lo hecho, y por lo que esperamos de él, le recibimos aquí. Yo sé que no hace falta recordarlo, pero no hará daño repetirlo. Aquí, sólo encontrará trabajo, trabajo en una comunidad de intelectuales. No tenemos ni administramos riquezas materiales. Aquí no brilla el metal; sólo valoramos el esfuerzo intelectual, sin otro fin que el cultivo del saber por sí mismo, sin otro fin que nuestro servicio en ofrenda al bien común a nuestro medio, al medio que nos hizo como somos y al país al cual nos debemos.

Así, pues, Julio César Castiglione, bienvenido seáis. Nuestra Corporación os recibe.

[La disertación del Miembro Correspondiente que se incorpora puede leerse en la sección Doctrina de este número, pág. 51]

INCORPORACIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN CHUBUT, DR. JOSÉ RAÚL HEREDIA

La presentación estuvo a cargo del académico Dr. Pedro J. Frías,
en acto público llevado a cabo el 4 de julio de 1996.

Al saludar en nombre de la Academia a José Raúl Heredia, no dejo de recordar nuestros diálogos en el Chubut. Podía ser en Rada Tilly, mientras yo buscaba ostras fósiles. Podía ser en Comodoro Rivadavia donde el Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, con su inspiración, nos reunía en un Congreso en que yo podía explicar que la Patagonia es una marca registrada en el imaginario geográfico universal y había el deber de justificar ese prestigio. Podía ser en Trelew para estudiar de cerca las instituciones locales y construir el futuro regional de la Patagonia. Pero siempre mi curiosidad descubría el acento cordobés de su docencia política y jurídica, porque es cierto que los cordobeses hemos sido vectores de una cierta civilización en la periferia austral.

He escrito los prólogos del *Derecho Municipal y del Público Provincial de Heredia* y leído con provecho sus otros libros. He hecho su elogio porque Heredia no separa la palabra del servicio. El servicio ante todo, al encabezar el Colegio de Abogados, al presidir el Superior Tribunal, al desempeñarse como diputados o constituyente provincial. El servicio ante todo, dije, porque es un investigador distraído ocasionalmente en la política. La vida profesional, la docencia, la investigación le han ganado de nuevo a la política. Tiene creatividad, construye la comunidad y cultiva el realismo práctico.

¿Cómo sirven estas calidades en la Patagonia? Es un espacio todavía permeable a la creatividad, pero hay dificultades acentuadas para llevar a término los proyectos, porque ya hay algunas

inercias burocráticas y a veces falta confianza. La construcción de la comunidad es necesaria porque es una sociedad aluvional y los vacíos geográficos y la falta de centros nodales sólo permite al viento unir la Patagonia. Pero el realismo práctico es más fácil allí. Los prejuicios son quizás más débiles, y la realidad está haciéndose todos los días. La Patagonia —dirían los escolásticos— está *in fieri...*, haciéndose.

El año pasado, al entregar el Premio Provincias Unidas al Derecho Público de la Patagonia en sus autores, señalé en Trelew que la Patagonia llegaba a la mayoría de edad en su conciencia constitucional. Ahora, cuando se incorpora José Raúl Heredia como primer académico de esa procedencia, esta Academia del interior del país, completa su geografía. Nunca estuvo ausente de ninguna región argentina, pero ahora se ha completado, que es una forma de plenitud.

Palabras de agradecimiento del Dr. José Raúl Heredia

Señor Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Dr. Pedro Frías; Señor Presidente, Dr. Luis Moisset de Espanés; Señor Vicepresidente, Dr. Olsen Ghirardi; Señor Secretario, Dr. Ricardo Haro; Distinguidos Señores Académicos; estimados colegas; señoras, señores. Amigos de Córdoba:

¡Qué intensa emoción es para mí estar en Córdoba, la Córdoba que me dio la luz, como diría el Chango Rodríguez, en que yacen mis queridos muertos y en donde viven tantos queridos amigos!

¡Qué honor es estar en el ámbito de esta antigua Universidad, en nuestra Casa de Trejo, en esta Academia Nacional de Derecho, con su impronta tan federal, tal del país interior, como nos decía hace unos instantes el Dr. Ricardo Haro en el Seminario sobre el Derecho Público de la Patagonia!

¡Qué honor es poder decir que llego de la mano de ese prodigio que es la amistad, la amistad de Pedro Frías, de Luis Moisset de Espanés, de Ricardo Haro...: ellos, que han sido y son mis Maestros del Derecho y de la vida, han querido ser mis amigos!

En estos años, ya más de veinte, en que me radiqué en la Patagonia, ese inmenso territorio tan extraño aun para muchos argentinos, he sabido de su calidad humana, de su solidaridad.

Pedro Frías suele decir —lo acaba de decir de nuevo—: «el cordobés es civilizador», una afirmación que fuera de Córdoba puede desinterpretarse. Pero es justo decir, y decirlo aquí, que quizá no haya otro provinciano dispuesto a difundirse por todo el suelo patrio como el cordobés, acaso en cumplimiento de un mandato que proviene desde el fondo de los tiempos, porque “los viejos mandan”, que se transmite de generación en generación de cordobeses y que es tan vital, tan vocacional, en el universitario de Córdoba.

Es claro que también hay que decir, que irse de Córdoba implica un exilio espiritual, que se siente hondamente y que a veces duele mucho. Por eso, hoy, yo me siento tan emocionado, como si nunca me hubiera ido porque Ustedes me permiten sentirlo así; Luis Moisset me atribuía méritos en sus palabras iniciales, pero ¡qué fácil es abordar responsabilidades cuando se cuenta con nuestros Maestros atrás, al lado y hasta delante! Por ello, ¡gracias al Señor Presidente Honorario de la Academia, gracias a su Señor Presidente en ejercicio, gracias a su Secretario! ¡Y gracias especialmente a Uds., Señores Académicos de Córdoba, porque tan generosamente ofrecen su prestigiosa presencia para enmarcar estas humildes reflexiones mías!

Quiero decirles, de un modo muy sincero, muy francamente, que yo siento este acto de mi incorporación a la Academia, más que un mérito personal, como un reconocimiento a las mujeres y hombres que habitamos en la Patagonia, en todo caso, un reconocimiento desde el País interior al País interior, en donde seguramente late con más fuerza el corazón de la Patria y en donde es posible experimentar más hondamente el sentimiento de solidaridad, el que distingue y hace posible una grande Nación.

¡Muchas gracias!

[La disertación del Miembro Correspondiente que se incorpora puede leerse en la sección Doctrina de ese número, pág. 71]

INCORPORACIÓN DEL NOTARIO DR. MARIO ZINNY,
COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN ROSARIO.

Su discurso puede leerse en la sección Doctrina de este número, pág. 95.
Fue presentado por el señor presidente académico Dr. Luis Moisset de Espanés,
en el acto público efectuado el 18 de junio de 1996.

**INCORPORACIÓN DEL DR. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS,
COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN ESPAÑA**

Su disertación puede leerse en la sección Doctrina de este número, pág. 117.
Fue saludado por el señor presidente académico Dr. Luis Moisset de Espanés,
en el acto público realizado el 20 de agosto de 1996.

INCORPORACIÓN DEL DR. LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN ESPAÑA

Fue presentado por el académico de número Dr. Juan Carlos Palmero,
en la sesión pública del 17 de septiembre de 1996.

1. Se nos ha conferido por parte de la Corporación que representamos, el alto honor de presentar en calidad de miembro correspondiente extranjero al catedrático español Luis Diez Picazo y Ponce de León, jurista de reconocido prestigio en su país y en el extranjero, personalidad por lo demás particularmente vinculada a los ambientes científicos y profesionales de nuestro país.

Reglamentariamente corresponde efectuar algunas consideraciones preliminares referidas a los antecedentes y trayectoria de quien se hace merecedor de esta distinción, de manera tal que resulte factible efectuar una suerte de síntesis de su trayectoria e historia personal.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, resulta difícil efectuar esta tarea introductoria porque quienes nos dedicamos al Derecho Civil, o estamos vinculados de alguna manera con la investigación científica, disfrutamos desde hace años de su compañía académica mediante esa compenetración misteriosa que se produce en el intercambio y lectura de su importante producción expresada a través de numerosos artículos y publicaciones en libros y revistas del género.

De ahí entonces que, más que presentación, lo que haremos en esta solemne ceremonia —además de expresar la alegría y satisfacción de contarle entre sus miembros correspondientes—, compartir un momento de reflexión sobre temas vinculados con nuestra común vocación, alumbrada esta vez, no ya por las abstracciones in-

herentes a la reflexión intelectual, sino por el resplandor propio de su presencia personal.

Por lo expuesto, juntamente con los buenos augurios de la bienvenida, vaya la satisfacción de sentirnos unidos no sólo por los lazos eternos que han signado a través de los tiempos la relación entre España y Argentina, sino también en razón de la proximidad espiritual derivada del diario convivir en el seno de instituciones cuya misión principal la constituye, precisamente, el progreso de la ciencia jurídica sin distinción o aditamentos.

2. Comenzaremos destacando que nuestro incorporado es oriundo de Burgos, aquella ciudad que emplazada en el seno mismo del Reino de Castilla, se ha perfilado desde sus orígenes como un centro universitario de prestigio nacional e internacional.

De alguna manera, existe un mismo parangón en lo que hace a su mediterraneidad con esta Córdoba de la Nueva Andalucía, aunque una se erige a la vera del río Arlanzón, y la otra del Suquia, pero ambas conocidas universalmente por la trayectoria y relevancia técnica de sus catedráticos y profesores.

El título máximo, en el grado de Doctor en Derecho, lo obtiene en 1956 ante su propia casa de estudios, con un magnífico trabajo de tesis sobre *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, la que fuera galardonada con el Premio Extraordinario del Doctorado, y el de la Fundación Condesa de Maudes.

A partir de ese momento, podría decirse que comienza a transitar ininterrumpidamente por todos los escaños de una carrera universitaria completa, habiendo ocupado los cargos de profesor ayudante de la Universidad de Madrid hasta 1963, luego obtiene por reconocimiento del Ministerio la investidura de Catedrático de Derecho Civil, tras las pruebas de oposición que ya lo señalaban y destacaron como uno de los elegidos.

Según es frecuente en Europa, una vez alcanzada la investidura correspondiente, se efectúa una suerte de recorrido geográfico por diversas casas de estudio de la península, como ocurriera en 1964 con la de Santiago de Compostela, luego y hasta 1972 en Valencia, y por fin, culmina este periplo académico —como lo hacen todos los que adquieren prestigio científico y reconocimiento incuestionable—, en la Universidad Autónoma de Madrid que lo

cuenta hasta nuestros días, entre sus más afamados maestros del Derecho Civil.

Solamente una trayectoria de estas características es capaz de formar personalidades de la envergadura que hoy tenemos el honor de presentar, ya que la docencia, como dedicación permanente de una vida a su servicio, constituye todavía la herramienta necesaria e imprescindible para la obtención del perfeccionamiento completo en una disciplina determinada del saber.

Halaga entonces de sobremanera a esta Academia, el destacar que incorporamos hoy a un auténtico universitario, entendiendo que este título constituye la garantía que asegura de manera incuestionable, una dedicación completa a su vocación, como así la constante profundización de los diversos problemas que conforman los tópicos relevantes de la disciplina elegida.

3. Sería imposible en nuestro caso —por haber personalmente participado de estas mismas actividades— dejar de recordar de manera específica su paso por el “Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado”, entidad europea que ha conducido, a través de la elaboración de diversas convenciones, ese largo camino que marca el destino del derecho uniforme, y que constituye a no dudarlo, la herramienta eficaz para un mundo sin barreras.

Igual sentido merece su tránsito por el “Seminario sobre la Interpretación del Derecho”, que dictara el inolvidable profesor italiano Emilio Betti, y que nos impidió haber compartido sólo por un año de diferencia, pues nosotros disfrutamos de ese mismo curso durante el año 1961, pero que precisamente por estas circunstancias, podemos ser testigos del nivel académico y preparación técnica que ofrecía este inolvidable docente en su apacible ancianidad.

4. Estos antecedentes prepararon el campo fértil para una prolija producción científica que se cristaliza a través de numerosas obras, trabajos y publicaciones de diversa índole.

Parece evidente que resultaría imposible mencionarlas a todas, pero ello no impide la recordación de aquellas que nos resultan más conocidas, entre las que cabe citar su magnífico libro sobre *La doctrina de los actos propios*, en la cual se abriera surcos respecto de las implicancias que tiene el estándar de la buena fe en los

comportamientos contradictorios o abusivos. Igualmente merece, recordarse *La prescripción en el Código Civil*, o *Los estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, que en tres importantes volúmenes destaca las líneas principales que se infieren del conjunto de pronunciamientos jurisdiccionales españoles.

Tampoco podría silenciarse los dos tomos que componen las célebres *Instituciones de Derecho Civil*, en colaboración con el profesor Gullón Ballesteros, o el *Sistema de Derecho Civil*, que pese a su dimensión, ha agotado ya múltiples ediciones.

5. Sin embargo, nuestra tentación al comentario un poco más detenido se centrará, sin ninguna duda, en un trabajo que muestra las dotes de nuestro presentado en toda su dimensión, ya que en este caso no estamos frente a una obra estrictamente técnica, o dogmática, sino que para hacerla se precisa una formación general, tanto en el terreno filosófico, como en lo que hace a las llamadas ciencias sociales.

Nos estamos refiriendo a *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, donde su autor formula una auténtica fenomenología jurídica, con una descripción simple y totalmente descarnada de lo que constituye el derecho, no ya como un mero dato de la normatividad, sino calando profundamente como instrumento al servicio del conflicto de intereses.

De esta manera, y con un enfoque que indudablemente recibe la influencia del profesor alemán Theodor Viehweg —como traductor de su obra tópica y jurisprudencia— se intenta brindar en este libro una visión general y profunda acerca de los problemas básicos que definen la problemática de una teoría general, presentando una suerte de panorama globalizado, y apoyado como punto de partida sobre los datos más elementales de las experiencias jurídicas primarias, despojadas de todo prejuicio de orden conceptual.

De esta manera concibe al derecho como una parte de la vida social, pero abarcando principalmente las situaciones de conflicto, que obviamente superan con creces la mera descripción dogmática que pueda realizar una determinada legalidad.

Este fenómeno resulta analizado en relación con el derecho sobre dos comportamientos diversos: uno de naturaleza puramente

económica —que se deja a las partes para que lo resuelvan según sus conveniencias—, y otros de corte estrictamente jurídico, donde debe formularse una definición ineludible, según sea el valor o privilegio elegido.

De esta manera, existen conflictos que desempeñan una función pacificadora, a través de soluciones pactadas o acordadas, y otros en cambio, de mera satisfacción, donde la fuerza o la vindicta han estado duramente mucho tiempo al servicio precisamente, de estos roles.

Frente a estas perspectivas, aparece como necesidad para el derecho establecer de antemano los criterios de decisión, para volverse previsible y al mismo tiempo incorporar la certeza que un mismo caso va a tener soluciones iguales, evitándose así el escándalo de la contradicción.

Las leyes entonces, nacen como instrumentos al servicio de la certidumbre, pero ello no justifica acordarles otra significación que la que corresponde, ya que en los mecanismos de aplicación, el dato normativo no es más que un punto de partida para la solución del conflicto, pero jamás lo totaliza.

Si reconocemos como cierta la instalación permanente del conflicto dentro de la vida social, es menester la institucionalización del órgano que actúe para resolverlos, sea a través de terceros y como árbitros, o de manera organizada por el Estado, mediante la determinación de un mecanismo o proceso que reglamenta las instituciones necesarias en miras a su permanente actuación.

Esta visión fenomenológica o descarnada de las bases que dan sustento a su teoría general, repercuten inevitablemente en la interpretación del Derecho. Ello explica el alejamiento a dos posiciones extremas: por un lado, el normativismo, o también conocido como "Teoría imperativista", que se apega a los signos externos del mandato contenido en la ley. En otro sentido, se desprende igualmente de la libre interpretación que afecta esencialmente al derecho como ciencia, le hace perder credibilidad, y retrotrae el progreso de la civilización a las épocas donde la justicia dependía exclusivamente del arbitrio del juzgador.

Contrapuesto a estas alternativas, se pregunta el autor sobre cuales son los medios o qué elementos debe construir el sustento científico de una interpretación jurídica correcta.

En la respuesta a este interrogante aparece toda una perspectiva que trasciende sin ninguna duda lo estrictamente técnico, para apoyarse en otras dimensiones que alimentan al derecho, y sin las cuales resulta inviable cualquier tarea hermenéutica de precisión. Así, los antecedentes históricos, las reglas del pensamiento científico, y el sustrato sociológico o socioeconómico, conforman el trípode sobre el cual debe asentarse una adecuada aplicación de la ley.

Se trata, sin ninguna duda, de una operación compleja, total, donde no es posible separar los hechos, del derecho, como así es menester distinguir entre texto y norma, ya que constituyen fenómenos absolutamente diversos.

Por fin, parafraseando a Diez Picazo y Ponce de León, la tarea hermenéutica «no es un dato o algo que nos venga dado, sino que debemos buscarlos incesantemente, y las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o guías que han de servir para esta investigación y esta búsqueda».

Y concluye con una metáfora realmente brillante: «Como el ejecutante de una obra teatral o musical el intérprete del derecho no se limita nunca a repetir una obra terminada, sino que la reconstruye constantemente. Más aún pone mucho de su genio creador, porque no le dejaron, como en la Quinta Sinfonía de Beethoven una obra terminada».

En la interpretación entonces no se crea, pero sí se recrea la ley, en cuanto resulta necesario para adaptarla o ajustarla al caso sometido a jurisdicción.

Por último, se inclina claramente por el llamado método tópic, que se contraponen al axiomático o deductivo. En esta afirmación, resurge la influencia de Vjehweg, el que a su vez a través de Vico vuelve a Aristóteles recordando la distinción entre los razonamiento apodícticos de los dialécticos.

La tópica es una técnica intelectual, un método del pensamiento, desarrollado por la retórica para poder argumentar y sacar conclusiones, asentado sobre premisas que no son estrictamente hablando verdaderas, sino simplemente verosímiles, es decir probables o de aceptación general.

A través de estos puntos de partida, que lo separan de la llamada lógica simbólica o formal, que arranca siempre del *primum*

verum, como si el derecho fuese geometría o álgebra, resulta comprensible sus disquisiciones sobre los criterios que definen el cambio social y la evolución jurídica.

6. Todo lo dicho hasta el presente constituirían fundamentos suficientes que justifican esta incorporación. Sin embargo nuestro homenajeado ha desarrollado importante actuación en el campo estrictamente profesional, del ejercicio práctico de la abogacía.

En este sentido ha sido declarado abogado de los ilustres colegios de Madrid, Barcelona y Burgos y abogado Jefe del Servicio Contencioso del Banco de Bilbao, lo que revela con palmaria evidencia una personalidad que no se ha quedado en el campo de las meras elucubraciones teóricas, para avanzar con idéntica fuerza en el terreno concreto de la asistencia profesional.

7. Cabe destacar también su desempeño como Juez del Tribunal Constitucional, que como todos conocemos tiene la importante misión de mantener los límites de legalidad del sistema normativo en general, a diferencia de nuestro país, donde ese contralor lo ejercen los magistrados ordinarios por la doble investidura que reviste su jurisdicción.

8. Por último, en el año 1983 fue elegido Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, donde desempeñó funciones directivas y desarrolló importante tarea científica y de investigación, habiendo sido también designado en 1993 Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid, antecedentes que lo colocan en el máximo de las consideraciones académicas de su país.

9. Podríamos sin duda continuar en este largo currículum que habla de una vida dedicada completamente al derecho.

Prácticamente, podríamos afirmar que ha recorrido todas las manifestaciones de una vocación, tanto en el terreno universitario, científico, académico, profesional y de la magistratura, no quedando prácticamente espacios que cubrir o aspectos que tratar.

Por ello, y de alguna manera impresionados ante tanto esfuerzo y realizaciones, nos viene a la mente aquello que dijeron res-

pecto de Unamuno, sólo que adaptado a su personalidad: para Luis Díez Picazo y Ponce de León “nada de lo jurídico le ha sido ajeno”, o lo que es lo mismo decir, nuestra Academia recibe hoy a un jurista completo.

PREMIOS

PREMIO CONCURSO PARA LA PUBLICACIÓN
DE MONOGRAFÍAS JURÍDICAS 1996

*Bases del Concurso para la publicación de
Monografías Jurídicas 1996*

1. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba convoca a concurso para seleccionar monografías inéditas de autoría individual, que no sean tesis de doctorado, y que versen sobre el tema "Fideicomiso".

2. Podrán participar los abogados argentinos de menos de treinta y cinco años de edad al día de su presentación al concurso, y que no hayan obtenido otra distinción de la Academia.

3. El Jurado que designará la Academia tendrá amplias facultades y podrá seleccionar de una a tres monografías o declarar desierto el concurso. Deberá expedirse antes del 15 de diciembre de 1996.

4. Las monografías se presentarán bajo seudónimo en la Secretaría de la Academia (calle Artigas 74 de la ciudad de Córdoba) en días hábiles y hasta las 12.00 horas del 15 de noviembre de 1996. Deberán ser mecanografiadas a doble espacio, con un mínimo de cuarenta páginas y un máximo de cien. En sobre cerrado se agregará fotocopia del documento de identidad y del título de abogado, domicilio y curriculum vitae.

5. Las monografías seleccionadas serán publicadas a cargo de la Academia, en sus *Anales* o independientemente, en la cantidad de ejemplares que disponga la Presidencia y con entrega al

autor de la mitad de la edición o de las separatas que se disponga. Por el hecho de presentarse en concurso el postulante cede a la Academia sus derechos intelectuales para la primera edición.

6. Además de la publicación, los autores de las monografías seleccionadas recibirán un diploma y la medalla de la Academia.

7. Este Concurso se difundirá en las Universidades, Colegios de Abogados, Tribunales y por medios de los Académicos Correspondientes.

*Dictamen del Jurado de Concurso
de Monografías Jurídicas 1996*

En la ciudad de Córdoba, a los doce días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis, reunidos en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales los integrantes del Jurado de Concurso de Monografías, Dres. Juan Manuel Aparicio y Efraín Hugo Richard y el señor Presidente de la Academia, Dr. Luis Moisset de Espanés, luego de un intercambio de opiniones sobre el valor de las tres presentadas, con los seudónimos de "Simón", "Dago" y "Quinto Muscius", llegaron a la conclusión de que el primer premio debía adjudicarse a la presentada con el seudónimo de "Dago", que se destaca por la metodología con que se ha encarado el tema, la correcta redacción, la originalidad en el pensamiento que acredita aportes personales de interés, aunque pueda discreparse con algunas de las conclusiones; en segundo lugar el Jurado estimó que se encontraba la firmada por "Quintus Muscius", cuya factura es de tipo más convencional, pero ha desarrollado el tema correctamente, con un estilo claro y buen manejo de las fuentes bibliográficas, por lo que el Jurado estimó que dado el carácter de estímulo que reviste este Concurso, puede también recomendarse su publicación. Finalmente, si bien la monografía presentada por "Simón" contiene algunas ideas de interés y revela la preocupación de su autor, tiene un nivel algo inferior y no alcanzó, en opinión de este Jurado, a hacerse

acreedora de su publicación. A continuación se procedió a abrir los sobres para individualizar a los postulantes cuyas monografías se propone premiar, resultando que el seudónimo de "Dago", que obtuvo el PRIMER PREMIO, corresponde al abogado Gustavo Alejandro BONO, y "Quinto Muscius", que obtuvo el SEGUNDO PREMIO, el abogado Guillermo Pedro Bernardo TINTI. Con lo que terminó el acto, que firman para constancia los miembros del Jurado.

Dr. Luis Moisset de Espanés

Dr. Juan Manuel Aparicio

Dr. Efraín Hugo Richard

FIDEICOMISO

Algunos aspectos de la ley 24.441

por GUSTAVO ALEJANDRO BONO

SUMARIO: Prefacio.— **Capítulo Primero: Generalidades.** I. Introducción. II. El *trust*, el fideicomiso de Vélez y el de la ley 24.441. a) De la vertiente anglosajona. b) Del esquema de Vélez. c) El nuevo fideicomiso. III. Fuentes del fideicomiso y comienzo de su vigencia.— **Capítulo Segundo: Dinámica subjetiva interna.** I. El Código de Vélez. II. Ley 24.441. La cuarta posición. III. Denominación e individualización del fideicomisario. IV. Superposición de roles. Concepto. a) Fuentes de la superposición. V. Supuestos de superposición. a) Los roles de fiduciante, beneficiario y fideicomisario. b) Precisiones sobre la distinción entre beneficiario y fideicomisario. c) Otros casos. d) El fiduciario y las superposiciones. VI. Una interpretación amplia y un rígido sentido ético-jurídico.— **Capítulo Tercero: Responsabilidad objetiva del fiduciario.** I. Separación de patrimonios. a) Patrimonios separados pero no desvinculados. II. Limitación de la Responsabilidad objetiva. a) Supuesto fáctico de aplicación. b) Condición negativa de la limitación. c) La norma es inconstitucional. d) Indemnizaciones abultadas o injustas. e) Sobre el fomento a la contratación de seguros. f) Una circunstancia diferente.

Prefacio

Las bases establecidas en la convocatoria a concurso hacen necesarias algunas aclaraciones previas tanto sobre las características generales del trabajo realizado como respecto del método seguido para su desarrollo.

Evidentemente, cuando la Academia ha referido en forma genérica al “fideicomiso” sin una expresa vinculación con la ley nacional N° 24.441, ha tenido el deliberado propósito de fijar sólo el “tema” del concurso, dejando al participante una mayor libertad a la hora de particularizar el contenido que ha de vertir dentro de la cavidad científica propuesta.

También es de destacar que el límite fijado a la extensión de la monografía no permite desarrollar o abundar en aspectos introductorios o históricos que, si bien deben rodear el análisis de cualquier instituto jurídico, en esta oportunidad deberán comprimirse a fin de abarcar con mayor provecho el fideicomiso en el marco de la nueva ley, objetivo central sobre el cual hemos realizado nuestra tarea.

Y ya dentro de la ley 24.441, iguales razones de extensión impiden seguir como método de desarrollo un análisis pormenorizado y abarcativo de todos sus dispositivos.

En síntesis y para decirlo con cierta plástica, preferimos renunciar a un tratamiento horizontalizado de la figura que, aun cuando la comprenda toda, no permitirá profundizar el análisis, para adentrarnos en su esencia y calar en sentido vertical ciertos aspectos que hemos considerado medulares en relación al instituto.

Con ese criterio como directriz abordaremos en primer lugar el fideicomiso en su dinámica subjetiva interna, es decir la estructura y organización en relación a los sujetos involucrados tanto en su constitución como en el desarrollo posterior y hasta su conclusión.

Posteriormente y dada su innegable trascendencia, analizaremos un aspecto especial de la proyección externa de la figura, cual es la limitación de la responsabilidad objetiva consagrada por la nueva ley en favor del propietario fiduciario.

También dentro del terreno de las aclaraciones previas hemos considerado necesario, por un imperativo de honestidad científica, dejar constancia de la parcial publicación de las ideas que aquí se vierten. Dicha publicación encuentra su origen allá por el mes de marzo de 1995, cuando por impulso del Dr. Luis Moisset de Espanés, y gracias a la fundamental tarea de organización y dirección de la recordada escribana Ethel Alecha de Vidal, se desarrolló en el Colegio de Escribanos de Córdoba un seminario jurídico en torno de la nueva ley. En la oportunidad tuvimos el honor de disertar sobre el tema que hoy se concursa, tras lo cual se desgrabaron las exposiciones y, luego de corregidas, se volcaron en la aludida publicación.

Esas primeras impresiones e ideas que elaboramos sobre el tema han evolucionado, las hemos profundizado y hemos llegado a nuevas o más precisas conclusiones. Por ello, y aun a riesgo de que el Tribunal de calificación considere que ello implica la publicación previa del trabajo, hecho que comprenderíamos, nos atreve-

mos a presentar esta nueva elaboración que creemos dista mucho de aquella conferencia, pues recoge el fruto de la evolución de nuestro pensamiento a lo largo de estos casi dos años.

Finalmente, nos ha sido muy útil la reciente lectura de un párrafo que resume la sensación que a veces sentimos antes y después de dedicar largas horas al estudio del fideicomiso: «*Una zorra miró su sombra al amanecer, y se dijo: "Hoy me comeré un camello". Y pasó toda la mañana en busca de camellos. Pero al mediodía volvió a mirar su sombra, y se dijo: "Bueno..., creo que me conformaré con un ratón"*». (Khalil GIBRAN, *El loco*, Barcelona, Ed. Humanitas, 1986, pág. 19). Pese a ello, no hemos desistido en nuestro anhelo de colaborar en algo con el estudio de una complicada institución como la que en adelante nos ocupará.

CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES

I. Introducción

El avanzado proceso de unificación de la legislación civil y comercial que transita el ordenamiento jurídico argentino busca principalmente agrupar y sistematizar en un código único la normativa del derecho privado. También apunta, entre otros de sus objetivos, a la incorporación de nuevas instituciones, o bien a la reglamentación de otras ya existentes aunque no reguladas específica o acabadamente hasta ahora en nuestro derecho.

Esta difícil pero fecunda tarea suele demorarse en la búsqueda del consenso que la solvente, lo que en algunas oportunidades conduce al legislador a resolver separada y anticipadamente, en leyes especiales, la regulación jurídica de ciertas porciones o campos de la realidad social que a su juicio no admiten tal espera. Ello puede haber ocurrido con el fideicomiso, figura que junto al *leasing* y otras instituciones han sido regulados en una ley especial (ley N° 24.441).

En relación a la génesis de la nueva regulación debemos tener presente desde un comienzo que se aparta de nuestra tradición jurídica, receptando el *trust* del derecho anglosajón. El origen de esta recepción está en el proyecto presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo el 24 de junio de 1986. A su vez, el mentado proyecto fue tenido especialmente en cuenta —en esta materia— para la elaboración del Proyecto de Reformas al Código Civil, tarea realizada por la Comisión que designara a tales fines el Poder Ejecutivo Nacional mediante decreto N° 468 del año 1992. En lo que a fideicomiso se refiere la ley N° 24.441 sigue casi textualmente este último antecedente.

En la línea jurídica tradicional, quedaron atrás el Proyecto de Unificación sancionado según ley 24.032, la cual resultó vetada por el Poder Ejecutivo nacional (Dto. 2719/91), y el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación con fecha 3 de noviembre de 1993. La ley 24.032 no introducía cambios al art. 2662 del Código Civil con lo cual mantenía el sistema de Vélez, y el Proyecto de la llamada Comisión Federal (denominada así por el origen de los notables juristas que la integraron) mantuvo la definición del codificador y agregó seis nuevos párrafos a la norma del art. 2662.

Pero el cambio producido por la ley 24.441 no puede ser tratado separadamente del ordenamiento jurídico argentino, de manera que aunque admitimos la necesidad de consultar la impronta jurídica y cultural del ascendiente del instituto, entendemos que su definitiva interpretación debe ser conforme a nuestro derecho. Debe insertarse al fideicomiso de la ley 24.441 en el derecho positivo argentino, sin que sea válida como única argumentación la remisión a la explicación o regulación foránea.

No nos negamos a la adopción de nuevos institutos jurídicos, pero a la altura histórica de nuestro derecho y doctrina jurídica, no debe incorporarse la figura separadamente pues este error la condena al fracaso. Por el contrario, debe darse cabida a la figura, pero afirmando sus pies en nuestra tierra jurídica, para asegurar su firme crecimiento. Sólo con este esfuerzo podremos ofrecer un instituto jurídico que brinde adecuada seguridad jurídica y colabore al desarrollo social y económico que tanto necesitamos.

II. El *trust*, el fideicomiso de Vélez y el de la ley 24.441

Luego de un rápido sobrevuelo por el *trust* anglosajón y sobre el fideicomiso consagrado por el codificador en el art. 2662, pasaremos directamente a la creación del "Título I" de la ley 24.441. Anticipamos que a nuestro entender el resultado final no es ni lo uno, ni lo otro.

El *trust* nace del *use*, y éste tiene en un primer momento gran semejanza por sus efectos con la originaria fiducia romana. En ambos casos existe la transferencia de un bien junto a un encargo. El fundamento del pacto que acompaña la transmisión es la confianza que merece el adquirente, sobre quien reposa únicamente un deber de "conciencia", no exigible jurídicamente.

Los fines para los que se utilizó este primer esquema han servido para que los autores dividan además de su origen, su naturaleza. En Roma, sirvió para garantizar obligaciones (*fiducia cum creditore*), para manumisiones, para favorecer por esta vía de "encargo testamentario" a determinado sujeto (fideicomiso testamentario), comodatos o depósitos (*fiducia cum amico*), etc. Paralelamente en el ámbito sajón sirvió para evitar confiscaciones de los señores feudales frente a eventuales derrotas, ciertas cargas impositivas (por casamiento o sucesión), pero conservando los beneficios derivados de tales bienes¹.

La figura romana evolucionó a través del otorgamiento de una acción de tipo personal que se daba al perjudicado por la violación del *pactum fiduciae*, pero por su carácter meramente personal no podía perjudicar a los terceros adquirentes del bien².

¹ En lo que hace al *trust*, seguimos fundamentalmente la provechosa síntesis de LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, Ed. Zavallia, 1996, pág. 32 y sgts. Respecto del fideicomiso romano véase: Paul JÖRS y Wolfgang KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, traducido al español por L. Prieto Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, año 1937, pág. 500 y sgtes.

² ADROGUÉ, Manuel: *El derecho de propiedad en la actualidad*, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1991, pág. 86. Cita el autor en nota N° 188 a NAVARRO MARTORELL, Mariano: *La propiedad Fiduciaria*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1950, págs. 33 y 34. Coinciden también Paul JÖRS y Wolfgang KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, pág. 502.

El derecho germánico incorporó a la figura romana una acción real contra el propietario fiduciario, de donde la limitación pasó a ser una condición resolutoria de su derecho³.

Por su parte, el derecho anglosajón siguió en su evolución un complejo camino que concluye en el reconocimiento de un derecho en cabeza del *cestui que use* (beneficiario). Este reconocimiento no parte del Common Law sino de La Equity, especie de derecho jurisprudencial paralelo e integrador del primero.

Al Código Velezano arriba el modelo romano con el aporte germánico ya que la limitación del derecho del propietario fiduciario es de tipo real y no personal⁴.

Pero la diferencia fundamental que nosotros encontramos entre el *trust* y el fideicomiso de Vélez, está en que mientras el art. 2662 pone un límite "temporal" al derecho real del fiduciario, la figura sajona pone el acento en las "facultades" del *trustee* (fiduciario), quien queda sujeto a un programa determinado de administración y a pesar de titularizar los bienes recibidos, los administra en provecho de un tercero (*cestui que use*).

De manera que la caracterización de los dos modelos varía —a nuestro criterio— en que:

a) El dominio fiduciario de Vélez presenta un derecho real sobre cosa propia, que el fiduciario adquiere y ejerce para sí.

³ ORELLE, ARMELLA, CAUSE: *Financiamiento de la vivienda y de la construcción*. Ley 24.441, Tomo 1, Ed. Ad-Hoc, 1995, pág. 74. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, pág. 31.

⁴ Sobre este punto la doctrina no fue pacífica al respecto. Consideraban meramente obligacional el pacto de restitución que acompañaba la transferencia: ADROGUÉ, Manuel: ob. cit., pág. 85; FARINA, Juan M.: ob. cit., págs. 345, 356 y 362; este autor cita en conformidad a GUASTAVINO, "Actos fiduciarios", en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, pág. 371, y ETCHEVERRY, *Obligaciones y contratos comerciales, Parte General*, pág. 154. Este deber meramente obligacional dio lugar al llamado "poder de abuso" y según el cual el propietario fiduciario tenía amplios poderes de disposición y de ahí la posibilidad de abusar de ese poder en violación al *pactum fiduciae* sin que tal transgresión perjudicase a los terceros. En contra de tal concepción, reflexionábamos entonces que si la limitación era meramente obligacional, no podía existir un dominio imperfecto pues en realidad nada limitaba el dominio del fiduciario sobre quien pesaba separadamente de su dominio sólo una obligación de retransmisión del bien. También en contra: CARREGAL, Mario A.: *El Fideicomiso: Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Bs. As., Ed. Universidad, 1982, pág. 83.

La limitación de su derecho es temporal en tanto éste dura hasta el cumplimiento del plazo o la condición resolutoria que le pone fin. De esa limitación temporal que afecta el carácter perpetuo del derecho de dominio adquirido (art. 2662, C.C.), se deriva otra limitación que afecta también su plenitud en tanto los derechos y cargas constituidas sobre la cosa caducan al cumplimiento de la modalidad resolutoria (art. 2670, C.C.).

Por ello, el dominio del fiduciario es imperfecto porque es temporario, y sólo por vía de consecuencia, también limitado en sus facultades. Pero nótese que el límite de las facultades aparece recién al concluirse el derecho pero no durante su vigencia. Incluso con posterioridad a la extinción del derecho del fiduciario deben respetarse los actos de administración (art. 2670, C.C.).

b) Por el contrario, la figura sajona, asienta sus bases en el destino inmediato que el *trustee* debe dar a la cosa de la cual es formalmente propietario. El fiduciario sajón tiene que ajustar su conducta desde un comienzo a determinados parámetros y sobre todo debe trasladar los beneficios o ventajas al *cestui que use* (beneficiario). El destino establecido es fundamentalmente "inmediato", fijando un tipo de administración o uso particular a los bienes.

Intentamos destacar que la utilidad de la figura del *trust* y los límites que importan para el titular de los bienes, aparecen inmediatamente de su constitución, en tanto la figura de Vélez apunta al momento final de esa constitución.

Y entonces: ¿Cómo se mixturan estas figuras en la ley 24.441? Entendemos que reuniéndose los caracteres básicos de cada una, dando a luz una nueva institución que toma:

a) De la vertiente anglosajona

Se habilita el desglose o división del derecho del fiduciario previsto por Vélez en su art. 2662, distribuyéndolo en dos centros de imputación: a) el fiduciario, como titular de los bienes y quien ejerce las facultades de administración y disposición sobre ellos, y b) el beneficiario, receptor o destinatario de los frutos de tal gestión. Es decir, se abre paso a la idea de un propietario que no ejerce para sí el derecho que titulariza.

Ese derecho de dominio fiduciario se caracteriza por:

1. El titular fiduciario ejerce su derecho en beneficio de otro sujeto lo que —en rigor de verdad— constituye, conforme lo dispone expresamente el art. 1 de la ley 24.441, una “obligación de hacer”. Contrariamente, un propietario común (titular de dominio pleno o perfecto) ejerce para sí el derecho que titulariza.

2. El fiduciario recibe una “retribución” por su labor (art. 8). Esta circunstancia hace perder el elemento definitorio de los derechos reales de disfrute, esto es, la inherencia. El goce del derecho no es directo a través de la relación con la cosa o por el uso que otro haga de ella (en todo caso, ese vínculo corresponde al beneficiario). Tampoco se expresa quién debe esa retribución, es decir quién es el sujeto pasivo de la obligación de retribuir. En realidad, la retribución no es una derivación del derecho real sino la contraprestación por la administración realizada.

3. El sujeto fiduciario debe afectar los bienes al destino preterminado en el convenio (arts. 4, inc. e, y 6).

4. También debe rendir cuentas al menos una vez al año (art. 7), norma que por su imperatividad, no admite pacto en contrario. No se comprende fácilmente que un verdadero propietario rinda cuentas del ejercicio de su derecho pues, como es evidente, no se “rinden cuentas” de los negocios propios, sino de los ajenos (v.gr.: rinde cuentas el mandatario, el tutor o curador, el factor de comercio, etc.).

5. Los bienes no ingresan al patrimonio “personal” del fiduciario, ni puede éste adquirirlos —en principio— para sí (arts. 7, 14, 15 y 16). Esto viene a reforzar la idea de que no los titulariza para sí, sino para otro.

b) Del esquema de Vélez

1. Se confirma definitivamente el carácter real y no personal de la limitación temporal del derecho del propietario fiduciario, superando la discusión acerca de si el fiduciario es un propietario pleno y que sobre él pesa sólo una obligación de transferir que adquiere vigencia al cumplimiento del plazo o condición resolutorios.

Tal carácter real se confirma no sólo por la separación de patrimonios —cualidad de neto corte sajón—, sino por lo preceptua-

do por los arts. 12 y 13 que exigen la publicidad de la afectación en materia de bienes registrables. Para los muebles no registrables, sigue vigente la norma del art. 2671, consecuencia directa del mecanismo del art. 2412 del Código Civil.

2. Aunque es opinable, la ley 24.441 no restringe “expresamente” la posibilidad de que el fiduciario ejerza para sí el derecho adquirido. Aún cuando desarrollaremos el polémico tema (*infra*, Cap. 2º, punto V, d), “2”) anticipamos que, según nuestra óptica, la nueva regulación no da un carácter esencial y tampoco jurídico-real a esta característica, sino que habilita y consagra expresamente en nuestro derecho la posibilidad del desglose apuntado. Es decir, lo que la ley ha incorporado es la fragmentación del dominio fiduciario anterior sin eliminar el originario esquema del art. 2662.

Esto no quiere decir que haya dos fideicomisos y dos dominios fiduciarios, pues hay sólo uno que resulta “expandido en sus opciones de organización subjetiva” por mandato de la ley 24.441, con las características y maleabilidad que estudiaremos⁵, y sin excluir la anterior fisonomía.

3. Asimismo se conserva la idea de transitoriedad de la figura del fideicomiso y del derecho real que genera (dominio fiduciario), no sólo por la sujeción a un plazo o condición (art. 1) sino también a través del límite normado por el art. 4 inc. c de la ley 24.441 (30 años, o hasta la muerte o cese de la incapacidad). Este elemento es típico de nuestro derecho (doctr. de los arts. 2502, 2503 y sus notas, art. 2692, 2825, 2828, 2924, 2969, 3059, etc., todos del Código Civil), que rechaza la perpetuación de las limitaciones y restricciones del derecho de dominio pleno (arts. 2506 y 2523, del mismo cuerpo legal).

c) El nuevo fideicomiso

Con el rápido espectro enunciado pretendemos prepararnos para estudiar el fideicomiso de la ley 24.441, que no es el que previó Vélez Sársfield y tampoco es el sajón, sino uno especial, con características de ambos, y con mucho por andar.

⁵ En contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, pág. 67.

Este punto de partida nos alerta para no caer en un encuadramiento forzado del instituto, sino en la recreación de uno nuevo. Pero como anticipamos en la introducción, nos cuidamos bien de advertir que “el idioma oficial es el ordenamiento jurídico argentino”, y por ende “sobre sus senderos deberá caminar la nueva criatura”.

Teniendo como premisa esta necesaria inserción sistemática en el ordenamiento jurídico nacional hemos sostenido desde la sanción de la nueva ley que el derecho real nacido en virtud del fideicomiso es un “cuasi dominio menos que imperfecto”. Sintéticamente justificado el aserto, es un dominio “menos que imperfecto” porque a la limitación temporal del viejo dominio fiduciario (art. 2662, C.C.) la ley 24.441 sumó las cinco que ya enumeramos (*supra*, punto II, “a”). Y resulta en verdad un “cuasi dominio fiduciario” porque hacemos un paralelo con el préstamo de consumo y el cuasi-usufructo, donde tanto el mutuario (art. 2245, Cód. Civil) como el usufructuario (art. 2811, Cód. Civil) adquieren la plena propiedad de las cosas recibidas⁶.

III. Fuentes del fideicomiso y comienzo de su vigencia

En general nadie discute que las fuentes del fideicomiso son el contrato y el testamento⁷.

El art. 1 de la ley 24.441 refiere como única fuente al contrato, no sólo por la expresa mención de que la propiedad fiduciaria debe ejercerse en beneficio de “*quien se designe en el contrato*”, sino porque el acto jurídico definido en esa norma (art. 1, ley 24.441) encaja perfectamente en la definición del art. 1137 del Código Civil el cual requiere varias personas (dos o más) para su celebración⁸.

⁶ Ampliar el tema merecería un desarrollo independiente que excede el límite del trabajo.

⁷ HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA: *Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 13 y 20. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, pág. 10. ARMELLA, Cristina Noemí: *Financiamiento de la vivienda...*, pág. 203.

⁸ Igualmente refieren expresamente al contrato de fideicomiso entre otros los arts. 2 y 4.

El art. 3 por su parte menciona como fuente al testamento remitiendo para su instrumentación y validez a las normas pertinentes del Código Civil.

Ahora es necesario establecer el momento en el que nace la figura según la fuente de que se trate.

Para que opere el nacimiento del fideicomiso en el supuesto del contrato, la norma del art. 1 exige únicamente la primer transferencia de bienes entre fiduciante y fiduciario (esto produce la formación del patrimonio fideicomitido) sin requerir, además, la aceptación del beneficiario ni del fideicomisario. Obsérvese al respecto que los arts. 1 y 2 de la ley sólo exigen la designación del beneficiario al tiempo de celebrarse el contrato, pero no la existencia de su aceptación. Es más, el beneficiario puede no existir al tiempo del otorgamiento (art. 2, primer párrafo). En relación al fideicomisario, la ley 24.441 ni siquiera menciona su aceptación.

Respecto del beneficiario y del fideicomisario, es de aplicación la previsión del art. 504 del Código Civil. La norma aludida regula la llamada estipulación a favor de terceros, instituto plenamente aplicable al supuesto⁹.

Obviamente, nada se opone a que beneficiario y fideicomisario concurren a la celebración del contrato de fideicomiso suscribiéndolo coetáneamente. Esta circunstancia da mayor seguridad al fideicomiso creado, ligando definitivamente a los sujetos involucrados.

Especificando todavía más el momento del nacimiento del instituto sostenemos que **“el fideicomiso nace con la sola suscripción del contrato”**, puesto que a partir de entonces nacen derechos y obligaciones para las partes, y se forma el patrimonio de afectación previsto en los arts. 14, 15 y 16 de la ley.

Si el fideicomiso involucra cosas (art. 2311), el “derecho real de dominio fiduciario” a constituirse sobre las mismas requerirá de

⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Teoría de los contratos*, Ed. Zavalía, T. 1, Parte General, 1984, pág. 346. El autor desarrolla con aguda sutileza el supuesto del art. 504, de aplicación concreta al instituto subexamen respecto del beneficiario y del fideicomisario, cuyas aceptaciones pueden ser diferidas en el tiempo (art. 1, ley 24.441). El mismo autor confirma nuestra interpretación: *Fideicomiso...*, pág. 21.

la tradición (art. 577 Código Civil) y según el caso de ciertas formalidades como es la escritura pública si se tratase de inmuebles (art. 1184, C.C.), pero esta circunstancia no evita que con la sola suscripción del contrato nazca un "derecho creditorio a la transferencia fiduciaria" que pasa directamente a formar parte de ese patrimonio fideicomitado, siendo de aplicación, entre otras, la norma del art. 1185 del Código Civil.

En suma, sostenemos que el derecho a la escrituración y a la tradición de la o las cosas, ingresa al patrimonio fiduciario, pues el fideicomiso nace con la suscripción del acuerdo que a él se refiere. Y si de automotores se tratase, el derecho creditorio a la transferencia registral del dominio de los mismos también integra el patrimonio fideicomitado.

De ahí que aún cuando los bienes no estén individualizados por no ser posible aún, no por eso deja de haber **celebración del fideicomiso** según la clara letra del art. 4 inc. a) de la nueva ley.

Respecto del fideicomiso testamentario hay quienes exigen aún después de la muerte del causante la celebración de un contrato que dé ejecución a la manda testamentaria. Dicho contrato estaría a cargo del Juez o del albacea¹⁰. Al respecto consideramos correcta la interpretación de Cristina Noemí Armella quien considera que luego de la muerte del testador (fiduciante) sólo se requiere la aceptación del fiduciario propuesto para dar lugar al nacimiento del fideicomiso¹¹.

Es decir que el fideicomiso testamentario opera con dos condicionamientos de tipo suspensivo: uno es la muerte del testador (por supuesto sin revocación previa del testamento que dispone el fideicomiso), y el segundo está constituido por la aceptación del fiduciario, tras lo cual nace el fideicomiso, debiendo entregarse al fiduciario los bienes que forman parte del patrimonio fideicomitado. Fallecido el fiduciante y aceptada la "investidura" por el fiduciario, nace el fideicomiso.

La diferencia entre el fideicomiso contractual y el testamentario está dada por la operatividad de la oferta que le da su con-

¹⁰ HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA: *Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441*, pág. 21.

¹¹ ARMELLA, Cristina Noemí: *Financiamiento de la vivienda...*, pág. 220.

tenido. En el contractual el fiduciante realiza la oferta en vida, y en el testamentario esa oferta reviste las formas testamentarias y recién adquiere vigencia a partir de la muerte del fiduciante. Una vez producida la aceptación por parte del fiduciario, cualquiera sea la fuente del fideicomiso, la figura operará de la misma manera. Por esta razón, lo que digamos del fideicomiso contractual en materia de organización subjetiva, es trasladable al fideicomiso testamentario.

Antes de concluir el punto queremos hacer una última salvedad en torno del nacimiento del fideicomiso y del derecho real de dominio fiduciario que nace como consecuencia de aquél.

Imaginemos que se realiza un contrato de fideicomiso y que involucrando inmuebles se cumple con la formalidad de la escritura pública, su inscripción, y asimismo con la tradición. Sin duda nació el fideicomiso y nació el dominio fiduciario. Pero imaginemos ahora que existe un defecto de legitimación en el fiduciante en los términos del art. 4010 del Código Civil. En ese caso existe el fideicomiso, y habrá sólo un justo título para ese dominio fiduciario que quedará adquirido sólo por prescripción al cabo de diez años, siempre que además concorra la buena fe del fiduciario.

Con el ejemplo queremos destacar la posibilidad de aplicación de las normas sobre usucapión como modo adquisitivo de los derechos reales respecto del dominio fiduciario ¹².

Consideramos también viable la prescripción veinteañal (arts. 4015 y 4016 del C.C.), pues no debe confundirse el contrato o el testamento que dan lugar al fideicomiso, de los derechos reales que su ejecución origina, y finalmente del efecto saneatorio de la prescripción, sea ésta ordinaria o extraordinaria, tanto respecto de cosas muebles (art. 4016 bis, C.C.) como de inmuebles ¹³.

¹² Salvo que no se considere posesión la relación fáctica habida entre el fiduciario y las cosas que forman el patrimonio de afectación.

¹³ Imaginemos que un sujeto se comporte respecto de un inmueble como fiduciario en virtud de un contrato al que le falta la formalidad de la escritura pública, por lo que a tenor del art. 4009 del Código Civil es un poseedor a título de fiduciario de mala fe. Transcurridos veinte años desde el comienzo de su posesión resultan plenamente aplicables los arts. 4015 y 4016 del Código Civil.

Siempre que determinados sujetos se comporten como participantes de un fideicomiso, reconociéndose entre sí como titulares las distintas posiciones contractuales habrá fideicomiso, independientemente de su instrumentación e independientemente del nacimiento del dominio fiduciario sobre las cosas transmitidas ya que al supuesto son plenamente aplicables las normas de los arts. 1145 y 1146 del Código Civil en cuanto prevén y regulan el consentimiento tácito en materia de contratos.

CAPÍTULO SEGUNDO DINÁMICA SUBJETIVA INTERNA

El fideicomiso, cualquiera sea su causa-fuente (contrato o disposición de última voluntad), presenta una compleja estructura desde el punto de vista de los sujetos que en él intervienen. Es así que a partir de la celebración del convenio entre las dos partes que lo originan y que según vimos son dos¹⁴: un sujeto —fiduciante— que transmite bienes a otro —fiduciario—, se abre paso la incorporación de otros sujetos que si bien no son “partes” en la contratación originaria que da nacimiento a la figura, adquieren una indubitable colocación jurídica dentro del desarrollo y ejecución de ese contrato.

En el presente Capítulo pretendemos analizar las distintas opciones o combinaciones que la nueva figura permite a los sujetos participantes de esta operatoria jurídica. Entonces, ante esta situación que sigue al nacimiento del fideicomiso y para no crear confusión al utilizar un concepto tan técnico y preciso en materia de contratos como es el de “parte”, debemos establecer previamente una designación genérica que incluya tanto a las partes (fiduciante

¹⁴ Reiteramos lo dicho en el punto III del Cap. 1º, en relación a que a partir de la aceptación por parte del fiduciario, cualquiera sea la fuente del fideicomiso, la figura operará de la misma manera. Por esta razón, lo que digamos del fideicomiso contractual en materia de organización subjetiva, es trasladable al fideicomiso testamentario.

y fiduciario) como a los restantes sujetos que también se incorporan a la contratación (beneficiario y fideicomisario), pues lo que interesa para el análisis a realizar en este capítulo es la existencia y posibilidad de acumulación de esos polos o centros jurídicos diferenciados con imputación de derechos, facultades, obligaciones y deberes respecto de sus titulares.

Desde la sanción de la ley 24.441 hemos utilizado la frase “posición contractual”¹⁵ o simplemente “rol” para designar los distintos polos jurídicos dentro del fideicomiso, y preferimos mantener dicha terminología por considerarla suficientemente didáctica.

En lo que sigue pretendemos determinar cuántas son las posiciones contractuales que establece la ley 24.441 y quiénes pueden ocuparlas. Previo a ello, repasaremos el esquema del Código Civil antes de la reforma y estableceremos su vinculación con la nueva ley particularizando el análisis respecto de las posiciones contractuales de ambos esquemas.

I. El Código de Vélez

Para el Código Civil (y asimismo para el Proyecto de unificación de la legislación Civil y Comercial de 1993), la figura jurídica que da origen al dominio fiduciario, presenta en su mecánica interna tres posiciones que pueden definirse sintéticamente en el siguiente esquema: 1) La posición del constituyente, instituyente, fiduciante o fideicomitente, propietario “pleno” de la cosa que se transmite; 2) La del propietario fiduciario, que adquiere la cosa con sujeción a un plazo o una condición, modalidad resolutoria que cumplida o acaecida —según el caso—, pone fin a su derecho; y 3) La posición del fideicomisario o beneficiario, quien adquiere finalmente un dominio pleno o perfecto sobre la cosa, una vez producida la conclusión del derecho del fiduciario.

¹⁵ En el mismo sentido Fernando J. López de Zavalía utiliza la frase “posición jurídica” y para designar al sujeto que en concreto ocupe cada posición jurídica lo denomina “protagonista”: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, págs. 18 y 19.

Sobre la letra de la definición del anterior art. 2662, según el cual: «*Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa a un tercero*», se generó una ardua discusión en la doctrina respecto de si la posición del fiduciante y del fideicomisario (destinatario final de la cosa) podía o no ser cubierta por el mismo sujeto, prevaleciendo en este sentido la postura que exigía un sujeto distinto como beneficiario o fideicomisario; es decir, la figura del fiduciante y del fideicomisario no podía recaer sobre la misma persona¹⁶. Según Lafaille, si hubiera restitución al dueño precedente habría dominio revocable y no fiduciario, por lo que prefiere el vocablo “entregar” y no restituir¹⁷.

El Proyecto de unificación sancionado en noviembre de 1993, conservaba textualmente la definición que diera el codificador, de-

¹⁶ La mayor parte de la doctrina se inclinó por negar tal posibilidad, exigiendo un “tercero” como fideicomisario. Así se expidieron: LLERENA, Baldomero: *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Bs. As., Ed. “La Facultad”, 3ª edición, 1931, t. 7, pág. 467 (comentario al art. 2661); LAQUIS, Manuel A.: “Derechos Reales”, t. IV, pág. 571; BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil”, Derechos Reales, t. I, pág. 243; MARIANI DE VIDAL, Marina: *Curso de Derechos Reales*, 1993, t. 2, pág. 67, nota 4. También esta autora critica el término “restituir” y utiliza el de “transmitir”; MUSTO, Néstor J.: “Derechos Reales”, t. II, pág. 59; LLAMBIAS, Jorge J. y ALTERINI Jorge H.: *Código Civil Anotado*, t. IV-A, pág. 474: adhieren a la postura considerando incluso que la terminología legal adoptada por Vélez no despierta ningún equívoco. KIPER, Claudio Marcelo: *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, Bs. As., Ed. La Ley, 1989, pág. 134.

Por el contrario, admiten la restitución al fiduciante: CARREGAL, Mario A.: *El Fideicomiso: Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Bs. As., Ed. Universidad, 1982, pág. 91; VILLEGAS, Carlos G.: *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, Ed. Depalma, 1989, pág. 693 (refiriéndose al fideicomiso como contrato bancario); ADROGUÉ, Manuel: *El derecho de propiedad en la actualidad*, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1991, pág. 86. FARINA, Juan M.: *Contratos comerciales modernos*, Bs. As., Ed. Astrea, 1993, págs. 352 y 362.

La ley 24.441 sustituye el término “restituir” por “entregar”, y elimina el vocablo “tercero” por la frase «a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley» (art. 73, ley 24.441). Sobre al posibilidad de que el fiduciante sea a su vez fideicomisario véase *infra*, punto V, d) “3”, del presente Capítulo.

¹⁷ LAFAILLE, Héctor: *Tratado de Derechos Reales*, 1943, t. II, pág. 143.

jando a salvo en el último párrafo del art. 2662 el supuesto de que coincidiesen parcialmente la figura del fiduciante y el fideicomisario. Siendo un supuesto de excepción, no parecía posible fuera de aquel, la identidad de fiduciante y fideicomisario.

En resumen, para la generalidad de la doctrina que interpretó el Código Civil, cuando la cosa debía retornar al primitivo dueño había en realidad un dominio revocable, y cuando debía pasar a manos de un tercero entonces había un dominio fiduciario. Por lo demás la regulación de las dos figuras (dominio revocable y fiduciario), en especial su proyección externa, resultaba coincidente (doct. de los arts. 2670 y sgts. C.C.).

Este ha dejado de ser el criterio distintivo entre dominio revocable y fiduciario, y en la actualidad ya no comparten el mismo estatuto jurídico, salvo algunos puntos de contacto.

Después de la sanción de la ley 24.441, el dominio revocable conserva para sí el régimen anterior con las características que le dio el Codificador, tanto en su definición (art. 2663, C.C.) como en todo su régimen, sin que le sea aplicable el agregado al art. 2670 (art. 74, ley 24.441), por tratarse de un dispositivo sólo aplicable al dominio del "fiduciario" tal cual lo refiere expresamente la norma agregada. No obstante esa exclusión, sigue siendo de aplicación en la materia lo previsto en el art. 2672 del Código Civil.

Respecto del dominio fiduciario razona López de Zavalía que si subsiste el dominio revocable donde el propietario imperfecto conserva el *uti* y el *frui*, también debe subsistir el dominio fiduciario de Vélez¹⁸.

Como ya dijimos, pensamos que no hay dos figuras de fideicomiso sino una nueva de muy variada multiplicidad; por ello la ley 24.441 se inserta en el texto del Código reformulando la definición del dominio fiduciario (art. 2662) y remitiendo a su respecto a todo un régimen legal que viene a complementar lo ya dispuesto por el Código Civil. Según intentaremos determinar: **ahora hay un nuevo dominio fiduciario que incluye la vieja figura entre sus variantes**. Por otro lado, subsiste el dominio revocable en los términos que Vélez lo previó.

¹⁸ *Idem* nota 5.

II. Ley 24.441. La cuarta posición

Existiendo una definición legal de fideicomiso (art. 1, ley 24.441), preferimos no intentar una de tipo doctrinario, atento a que por esta vía nos exponemos a alterar la esencia del instituto o bien limitar su ductilidad. Por ello, preferimos avanzar en el estudio de sus elementos estructurales para determinar su articulación interna, con lo cual desarrollamos el concepto juntamente con la magnitud de sus posibilidades de adaptación.

La ley 24.441 incorpora una nueva posición contractual dentro de la estructura interna del fideicomiso. Tradicionalmente el fideicomiso presentaba tres posiciones cuyos sujetos se sucedían en el tiempo en la titularidad de la cosa fideicomitada: el fiduciante era el propietario pleno que transmitía la cosa al fiduciario, quien la titularizaba hasta el cumplimiento de un plazo o condición resolutorios, momento en el cual la cosa pasaba al dominio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario, términos que hasta ahora, es decir, hasta la sanción de la ley 24.441, se usaron como sinónimos.

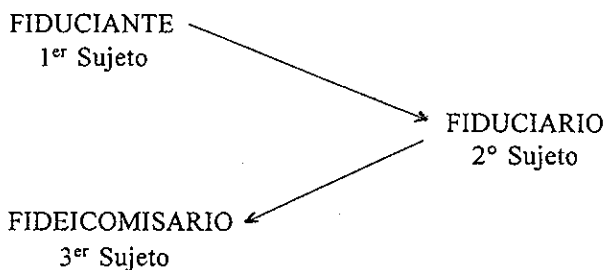
Por el contrario, la nueva ley en su art. 1 distingue claramente una cuarta posición y la designa con el nombre exclusivo de “**beneficiario**”. Según el texto del art. 1, el fiduciario se obliga a ejercer su propiedad fiduciaria “*en beneficio de quien se designe en el contrato*”, a quien debe llamarse por ello “beneficiario”; es decir que beneficiario resulta ser el receptor o destinatario del producido o ventajas que genera la administración de los bienes fideicomitados.

A partir de este momento se ha disuelto la sinonimia anterior a la ley 24.441, por lo que fideicomisario y beneficiario representan o designan roles diversos con facultades diversas dentro de la dinámica interna del fideicomiso.

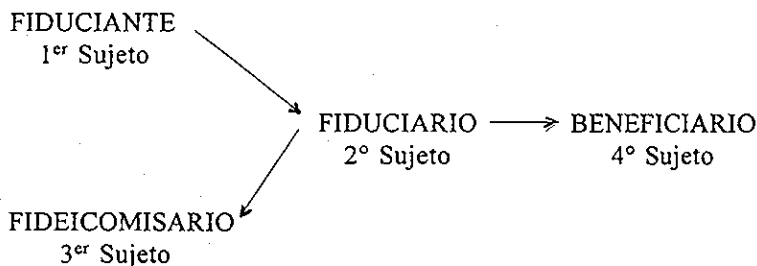
Numeramos como “cuarta” la posición del beneficiario, no porque temporalmente surja en cuarto o último lugar, sino porque es la que se suma o incorpora por aplicación de la ley 24.441 al esquema tradicional de tres (fiduciante, fiduciario y fideicomisario). Desde el punto de vista del tiempo en la ejecución del fideicomiso, el beneficiario aparece coetáneamente con el fiduciario; éste adquiere los bienes fideicomitados para ejercerlos en favor del beneficiario.

Un sinóptico comparativo del esquema tradicional y otro del nuevo, clarifican la exposición:

– *Antes de la ley 24.441:*



– *Después de la ley 24.441:*



III. Denominación e individualización del fideicomisario

Si prestamos atención al método seguido en la definición que proporciona el art. 1 de la ley 24.441, observaremos que la misma se desarrolla en periodos que mencionan un sujeto, luego su actuación jurídico-operacional (“transferir...”, “obligarse a ejercer el derecho de determinada manera...”, nuevamente “transmitir...”), concluyendo cada ciclo descriptivo con una suerte de bautismo legal que da a cada personaje un “nombre legal” o “designación jurídica” que en principio lo acompañará a lo largo de toda la vida misma del contrato, marcando su posición contractual según el esquema que acabamos de ver.

Con esa técnica indica el art. 1 que habrá fideicomiso cuando una persona a la que designa “entre paréntesis” como **fiduciante**, transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, que a su vez —también entre paréntesis— indica con el nombre de **fiduciario**, y éste se obliga a ejercer el derecho adquirido en favor de quien se designe en el contrato a quien la ley llama, nuevamente usando los paréntesis, **beneficiario**.

Hasta aquí la definición utiliza un método, y en adelante, otro. Veamos el por qué de esta afirmación.

En efecto, luego de calificar las posiciones de cada uno de los sujetos que intervienen en el fideicomiso, la norma del art. 1 concluye, al menos en forma desprolija y confusa, estableciendo que los bienes fideicomitados se transmiten al cumplimiento de un plazo o condición “...*al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*”.

Pensamos que aunque la ley así no lo exprese, la **posición contractual es una sola**, sea ocupada por uno o más sujetos, por el sujeto que hace las veces de fiduciante o de beneficiario, o un tercero, o todos a la vez.

La posición contractual del adquirente final de los bienes se define como: **el sujeto (o más) destinatario final de los bienes a la conclusión del fideicomiso por cumplimiento de la modalidad resolutoria**, y su nominación correcta es la de **fideicomisario**, sea quien sea el sujeto que la titularice, revista o no otras calidades dentro de la figura fiduciaria.

Siguiendo el propio método acogido por la ley en la casi totalidad de la definición que proporciona el artículo primero, consideramos que la norma debió decir que esa transmisión final se hará “...*a quien se designe en el contrato (fideicomisario)*”, o aún “...*al fideicomisario*”, dejando para las normas subsiguientes la aclaración de quién o quiénes pueden ocupar esa posición contractual (sea el fiduciante, el beneficiario, un tercero, todos a la vez, etc.), como prolijamente lo disciplinó respecto del beneficiario en el art. 2.

Reiteramos, todos los sujetos aludidos en el art. 1 *in fine* (fiduciante, beneficiario y fideicomisario), a los efectos de la definición del tipo contractual, ocupan el lugar del llamado fideicomisario, aún cuando ese mismo sujeto ocupe, a la vez, los puestos de fiduciante o beneficiario.

A pesar de que por vía de interpretación pretendemos haber salvado el escollo, constituye un grave error de técnica legislativa nada más ni nada menos que en la definición legal del instituto que, no obstante el esfuerzo de intelección realizado, dejará secuelas a la hora de interpretar otros aspectos de la ley.

Felizmente, y en un hecho que comprueba lo dicho en este punto, al regularse los efectos de la extinción del fideicomiso no se repite el yerro, aludiéndose correcta y únicamente al "fideicomisario". Dice al respecto el art. 26 de la ley que estudiamos: «*Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan*».

La mención de "sus sucesores" en la norma transcrita, aunque pueda tener una función didáctica, es innecesaria, pues tratándose de derechos patrimoniales los que adquiere el sujeto sindicado como fideicomisario, específicamente de tipo creditorio, pasarán a sus sucesores singulares o universales, por actos entre vivos o *mortis causa*, y éstos lo sucederán en sus derechos ocupando su mismo lugar (doct. arts. 1195 y 1444, Cód. Civil). Iguales consideraciones merecería el último párrafo del art. 2 respecto de los derechos del beneficiario.

El Proyecto de reformas al Código Civil (Comisión nombrada por decreto del P.E.N. N° 468/92) que como dijimos es seguido casi textualmente por la nueva ley, define de manera muy similar al fideicomiso pero, aún cuando de manera también cuestionable presenta las distintas posibilidades en torno de quién puede ocupar el puesto o rol de destinatario final de los bienes, califica debidamente y "entre paréntesis" al sujeto que titulariza esa posición contractual como fideicomisario¹⁹. Obviamente, lo importante no son los paréntesis sino que con ellos se abarca a todos los sujetos nombrados como destinatarios finales.

¹⁹ El citado proyecto define al fideicomiso como: «Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario)».

Por su parte, Fernando López de Zavalía, explica que el término fideicomisario en la ley 24.441 tiene dos acepciones: una estricta y otra amplia²⁰. Denominación estricta de fideicomisario es la que recibe el destinatario final que no es ni fiduciante, ni beneficiario, ni fiduciario. Sería éste el sentido del término fideicomisario en el tramo final del art. 1 que comentamos. Y acepción amplia sería la utilizada en el art. 26, es decir la comprensiva de todo destinatario final. Aún siendo correcta explicación de la situación que nos proporciona el jurista, insistimos en que ello constituye un grave error de la ley 24.441 pues la distinción encuentra origen, y a su vez se hace necesaria, con motivo de la confusión creada entre la posición contractual del fideicomisario (destinatario final de los bienes) y los sujetos habilitados para ocuparla.

IV. Superposición de roles. Concepto

Una adecuada intelección del mecanismo interno del fideicomiso exige no confundir las distintas **“posiciones contractuales”** con los sujetos que las ocupan en cada caso concreto puesto que, dentro de la figura que estudiamos, un determinado sujeto puede ocupar más de un rol o posición, dando lugar al fenómeno que hemos denominado “superposición de roles”. En el supuesto de titularizar más de una posición, el sujeto acumulará entonces las facultades correspondientes a todas las posiciones que ocupe.

También debe advertirse que una posición, cualquiera de las cuatro que hemos conceptualizado, puede ser cubierta por más de un sujeto. En tales supuestos existirán cofiduciantes, cofiduciarios, cobeneficiarios o, finalmente, cofideicomisarios. Si no agrada la terminología, admítase únicamente el fenómeno de la eventual pluralidad de sujetos integrando cada una de las posiciones internas de esta figura fiduciaria, y así habrá fiduciantes, fiduciarios, etc., dentro del mismo fideicomiso.

Del análisis de la ley 24.441 emerge implícitamente un principio rector según el cual se tiende a favorecer la movilidad y ductilidad interna de la figura fiduciaria. Si nos viéramos obligados a re-

²⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, pág. 23.

sumir tal directriz legal diríamos que se trata del principio de “**libertad de superposiciones**” y que, por supuesto, no se encuentra exento de excepciones. Pero también nos cuidamos de insistir en que el principio aludido fluye de los preceptos de la ley y no viceversa. Hemos arribado a él como conclusión, y no apriorísticamente.

Busca la normativa otorgar un instrumento jurídico lo suficientemente maleable y elástico como para ajustarse adecuadamente a las distintas operaciones o procesos económicos que pueden proyectarse u organizarse a partir de la constitución de un fideicomiso.

Valernos entre otros de un criterio teleológico de interpretación del instrumento legal, donde descubriremos que se superan ampliamente los solos fines de financiamiento de la vivienda y la construcción, otorgando una evidente riqueza negocial a la figura, nos va a ser útil en la interpretación de ciertos supuestos de superposición en los que la normativa no ha sido del todo clara, y toda vía de más útil ayuda será en otros casos donde la ley directamente ha omitido reglar la cuestión.

Previo al análisis de los supuestos de superposición, fijemos entonces un concepto genérico del fenómeno y de la terminología que hemos escogido para su exposición: “**existe superposición de roles en un fideicomiso cuando un sujeto ocupa más de una posición contractual**”, es decir, la superposición viene dada porque un determinado sujeto que participa en un fideicomiso acumula en sí más de una posición contractual de manera tal que su actuación se desarrollará de acuerdo a su múltiple carácter.

a) Fuentes de la superposición

La superposición de roles puede existir desde el origen o nacimiento de la figura fiduciaria —superposición originaria—, o bien, por vía sustitutiva —superposición sustitutiva—.

La **superposición originaria** opera por la particular estructura dada al fideicomiso al tiempo de su constitución, sindicándose desde el comienzo a un sujeto en más de un rol. Siendo parte del contenido esencial del contrato proveer los ocupantes para cada una de las posiciones, habrá entonces superposición originaria cuando el sujeto de que se trate acumule *ab initio* los roles adjudicados.

En el segundo supuesto, el de la **superposición sustitutiva**, deviene la misma con motivo de una sustitución posterior al nacimiento de la figura, sustitución que viene a operar sobre la estructura originaria del fideicomiso. Aquí la superposición se produce por un **recambio o reemplazo de los sujetos** que ocupan los distintos roles. Pero no debe confundirse “sustitución” con “superposición” como fenómenos —ambos eventuales— de un fideicomiso. Ya hemos fijado un concepto de superposición, por lo cual resta para su completa diferenciación esbozar un concepto sustitución.

La sustitución tiene por fin cubrir roles que han devenido vacantes dentro de un fideicomiso. Las normas del art. 2 (2º y 3º párrafos) y el art. 10 de la ley 24.441 contemplan el mecanismo de reemplazo aludido.

En el primer caso (art. 2, 2º y 3º párrafo) se establecen mecanismos de sustitución frente a la vacancia en el rol de beneficiario por distintos motivos, tales como: no aceptación, no existencia, renuncia o muerte del beneficiario designado originariamente.

En el segundo supuesto, se alude a la sustitución del fiduciario. Producida la cesación del fiduciario, lo que no termina con el fideicomiso sino que únicamente desplaza al sujeto que hasta entonces actuó como fiduciario, y cuyas causales de remoción se enuncian en el art. 9 de la ley, se procede a la designación de un sustituto (art. 10).

También se desprende claramente de la lectura de estos dispositivos que **la sustitución puede ser contractual o legal.** La primera de ellas tiene aplicación preferente, y sólo a falta de ésta la ley proporciona “subsidiariamente” procedimientos de reemplazo dando lugar así a la sustitución legal.

Según estos conceptos, la sustitución —sea contractual o legal—, reemplaza un sujeto que sale o egresa del fideicomiso creado (v.gr.: por renuncia), o que nunca ocupó su puesto dentro de la figura (v.gr.: porque nunca aceptó o no llegó a existir), indicando el sujeto que ingresará en su lugar, y si el sujeto llamado a ocupar la posición vacante ya tiene una posición asignada en la estructura interna del fideicomiso, entonces estaremos frente al supuesto de superposición de roles por vía de sustitución.

Sólo cuando el sustituto ocupe con anterioridad un rol en el fideicomiso habrá superposición, sino, habrá sustitución pero no

superposición. Pongamos un ejemplo: En un determinado fideicomiso Juan (beneficiario) renuncia a su derecho y como nada se ha dicho en el contrato para el caso de renuncia del beneficiario, la ley 24.441 (art. 2, 3^{er} párrafo) llama al sujeto que oficia de fideicomisario, llamado en nuestra hipótesis Pedro. En el caso, Pedro será a la vez fideicomisario y beneficiario, habiéndose operado así una superposición de roles de fideicomisario y beneficiario por efecto de la sustitución legal ocurrida. Y si en el mismo ejemplo el contrato previese que para el caso de renuncia de Juan se designará a Roberto, que ninguna participación tiene dentro de este fideicomiso, no obstante haberse operado una sustitución —ahora de tipo contractual—, no habrá sin embargo superposición de roles alguna.

En suma, la superposición acumula roles en un sujeto y la sustitución reemplaza los sujetos dentro un mismo rol, o dicho de otro modo: la superposición acumula pluralidad de roles en un mismo sujeto y lo hace en forma coetánea; la sustitución ubica sujetos en una determinada posición, pero en forma sucesiva.

Como vimos, sólo eventualmente la sustitución puede producir superposición de roles.

V. Supuestos de superposición

Analizaremos ahora los distintos supuestos de superposición de roles que admite la ley 24.441, dedicándonos primeramente a la superposición de roles entre fiduciante, beneficiario y fideicomisario entre sí.

Tratamiento especial exigen los supuestos de superposición de roles entre fiduciario y las restantes posiciones contractuales del fideicomiso.

a) Los roles de fiduciante, beneficiario y fideicomisario

La posibilidad de que un sujeto intervenga en un fideicomiso desplegando el rol de fiduciante, de beneficiario y de fideicomisario, o sólo dos de estas tres posiciones, se desprende de las normas de los arts. 1 y 2 de la ley 24.441.

Según el art. 2 de la ley, el beneficiario podrá ser un sujeto o más, sea persona física o jurídica, que podrá o no existir al tiempo de la celebración del convenio, siendo suficiente la constancia de los datos necesarios para su correcta individualización.

La misma norma prevé la sustitución del beneficiario para los casos de no aceptación, renuncia, muerte o si éste no llegara a existir. Dicha sustitución se realiza en primer término sobre la base de las previsiones contractuales. En efecto, dice el art. 2 en su segundo párrafo: «...también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte».

En defecto de un mecanismo de sustitución previsto en el contrato, prevé la ley un orden legal de sustitución del beneficiario según el cual: «Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante» (art. 2, 3^{er} párrafo, ley 24.441).

De lo dicho se desprende fácilmente que la sustitución del beneficiario se realiza sobre la base de lo previsto por las partes y si éstas no han establecido un mecanismo contractual en tal sentido, se aplica la sustitución prevista por la ley bajo estudio. Reiteramos lo dicho anteriormente: la sustitución legal es subsidiaria de la contractual.

Ahora bien, si a falta de previsión de las partes, la propia ley designa como beneficiarios sustitutos al fideicomisario y al fiduciante, es porque considera que la superposición que genera esta sustitución legal no lesiona el esquema general de la figura, y tampoco choca con sus fines. Es decir que con este mecanismo de sustitución la propia ley crea —y por ello admite— determinados supuestos de superposición.

Entonces necesariamente debemos colegir que el acto que da origen al fideicomiso podría designar “directa y principalmente” al mismo sujeto que actúa como fiduciante o fideicomisario, también como beneficiario, y viceversa. La diferencia sólo se existe en que la superposición resultaría originaria a cambio de sustitutiva.

Si la ley admite tales supuestos de superposición por efecto de la sustitución legal, entonces nos preguntamos ¿porqué no admitir-

la *ab initio* como producto del consenso de las partes y no únicamente como una situación sobrevenida?

Sobre todo se justifica esta interpretación cuando a la hora de sustituir la ley tiene en cuenta primeramente lo acordado por las partes, lo que evidencia la intención legal de dar libertad a las partes en la organización de la figura. Así va emergiendo el anunciado principio de libertad de superposiciones.

Negar esta posibilidad de diagramación originaria incitaría a las partes que así lo desearan a la previsión ficticia de un beneficiario que inmediatamente de nacido el fideicomiso negaría su aceptación, o se impondrían “renuncias pactadas anticipadamente en la trastienda”, desembocando por este carril en los supuestos de sustitución legal, y así, en la verdadera organización interna y de superposición buscada. En este caso el sujeto ocuparía más de un rol —o todos— entre los de fiduciante, beneficiario y fideicomisario, ello “supuestamente” por efecto de la sustitución operada. Para el caso daría lo mismo que el mecanismo de sustitución fuese contractual o legal pues interesan las superposiciones de roles creadas a partir de los “efectos de la reorganización sustitutiva” y no la naturaleza contractual o legal del mecanismo de sustitución.

Enfocado el fenómeno desde el ángulo del fideicomisario es decir desde el destinatario final de los bienes, expresa la parte final del art. 1 que al cumplimiento del plazo o condición, el fiduciario debe transmitir los bienes dados en fiducia “*al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*”, lo cual habilita la posibilidad de que tanto fiduciante como beneficiario puedan ser designados a su vez como fideicomisario.

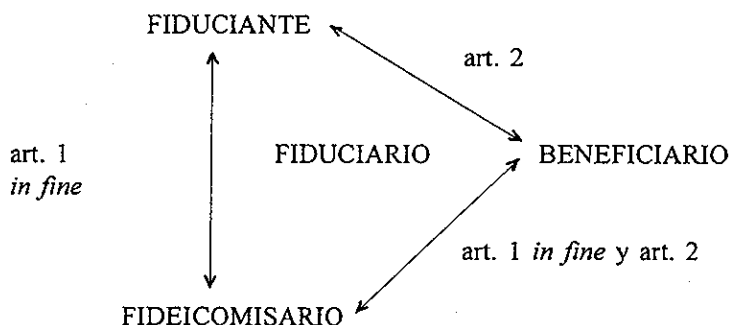
Como ya advertimos, y sin perjuicio de considerar mal ubicada la norma que habilita este tipo de superposición²¹, según la parte final del art. 1 de la nueva ley, resulta claro que el mismo sujeto que actúa como fiduciante o como beneficiario pueden asimismo ocupar la posición de fideicomisario.

Entonces, de acuerdo a la interpretación dada al art. 2, el puesto de beneficiario puede ser ocupado por el sujeto que a su vez oficia de fiduciante o fideicomisario, y según el art. 1, el rol de fideicomisario puede ser ocupado por el sujeto que además desarrolla el

²¹ Ver punto III de este Capítulo.

rol de fiduciante o beneficiario, con lo cual vemos que es dable en un fideicomiso que **un mismo sujeto puede desarrollar el rol de fiduciante, de beneficiario y de fideicomisario**, sin que esta superposición o combinación lesione el ordenamiento jurídico²².

Resumiendo lo dicho hasta aquí, y sin perjuicio de lo que digamos respecto de la superposición de roles con respecto al fiduciario, obtenemos el siguiente cuadro de opciones de superposición:



Para poner de resalto las modalidades de superposición analizadas, preferimos recurrir a dos ejemplos que hemos considerado de “máxima pureza” en materia de superposiciones: en el primer caso planteamos un fideicomiso de administración, y en el segundo uno de inversión:

1) Juan actuando como fiduciante transmite bienes de capital (inmuebles, maquinarias, fondos de comercio, etc.) a Pedro que adquiere la propiedad fiduciaria de los mismos con la obligación de administrarlos de forma tal que produzcan una renta periódica que será entregada a Juan, que en tal sentido oficiará de beneficiario, y finalmente, cumplido el plazo establecido o cumplida la condición, Pedro retransmitirá dichos bienes a Juan, quien resulta así también fideicomisario.

2) Imaginemos un fideicomiso estructurado sobre la base de una capital dinerario y no sobre bienes específicamente determina-

²² En sentido coincidente pero sólo a través de un ejemplo: HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA: *Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441*, pág. 17.

dos. En este caso Juan entrega a Pedro, experto en cuestiones bursátiles o de inversión en general, una suma importante que Pedro administrará e invertirá adecuadamente, trasladando a Juan los beneficios que dicha operatoria de inversión arroje, y al cabo de cierto tiempo o alcanzado cierto capital por acumulación, se transmitirá nuevamente la totalidad del mismo a Juan.

Para despejar las sospechas de simulación que desvirtúen la didáctica de los ejemplos, demos algunos de los motivos que pueden aconsejar esta operatoria: a) un prolongado viaje de Juan que de esta manera asegura el estado, conservación y renta de sus bienes productivos o de su dinero; b) la incapacidad temporaria en la que caiga el titular de dichos bienes por un accidente; y c) la sola intención de obtener un mejor rinde de los bienes a partir de su transmisión a manos de un especialista en determinadas materias, como una inmobiliaria, un agente bursátil, una empresa de bienes y servicios líder en el mercado, o transmisiones para contrataciones de *franchising* con otras empresas, un inversor de mayor capacidad operativa en el mercado, etc.

Finalmente podemos ver un ejemplo que ofrece, además de la faceta de superposiciones de rol estudiada, supuestos de pluralidad de fideicomisarios: Pedro (como fiduciante) transfiere a Juan (empresario que ocupa la posición de fiduciario) un inmueble para la construcción de un edificio de 20 unidades de propiedad horizontal. A su vez, Pedro (ahora como beneficiario) percibe —una vez deducida la retribución pactada con Juan— las ganancias emergentes de la comercialización con terceros de 15 de las futuras unidades. Al finalizarse la construcción (condición de resolución del dominio fiduciario de Juan), Pedro adquiere, ahora como fideicomisario, las 5 unidades de propiedad horizontal no comercializadas. La pluralidad de fideicomisarios está dada por los sujetos adquirentes de 15 unidades, y Pedro, que adquiere las 5 restantes.

b) Precisiones sobre la distinción entre beneficiario y fideicomisario

Habiendo desarrollado el concepto de superposición de roles —salvo aquella que involucra al fiduciario, que estudiaremos más

adelante—, estamos en condiciones de volver sobre la estructura interna del fideicomiso en la ley 24.441, para puntualizar las diferencias entre la posición del fideicomisario y la nueva posición denominada por la ley “beneficiario” y que nosotros presentamos como la cuarta posición (*supra*, punto II).

En contra de lo que venimos sosteniendo respecto de la estructura cuadrangular del fideicomiso en la nueva regulación, se ha dicho que aún frente a la ley 24.441, siguen existiendo tres y no más posiciones contractuales. Ello por cuanto subsiste la identidad o sinonimia entre fideicomisario y beneficiario. Al respecto expresa José María R. Orelle: «*Por nuestra parte, entendemos que no cabe tal diferenciación, y por ello nos referiremos a la figura del beneficiario o fideicomisario, como sinónimos*»²³.

Esta divergencia de opinión genera dos posturas principales: una, que llamaremos “**tesis de la identidad**”, que precisamente y según acabamos de transcribir identifica al beneficiario con el fideicomisario; y otra, la que sostenemos desde la sanción de la ley 24.441, que llamaremos “**tesis de la superposición**”, la cual distingue entre ambos roles considerándolos posiciones jurídicas diferentes dentro de la organización interna del fideicomiso.

Finalmente, analizaremos una tercer tesis que daría razón parcial a las dos anteriores, la cual llamaremos “**tesis del beneficiario eventual**”. Esta postura no ha sido presentada por ningún autor pero podría constituir otro ensayo de explicación del problema que tratamos, lo que nos lleva a ver conveniente desarrollarla y analizar sus fundamentos. Para la tesis del beneficiario eventual, según el tipo de fideicomiso de que se trate, existirá o no el beneficiario con lo cual tendremos ciertos casos de fideicomiso con sólo tres posiciones contractuales, y otros fideicomisos que presentarán las cuatro posiciones que hemos expuesto anteriormente.

La discusión creada en torno del número de posiciones que origina un fideicomiso trasciende lo puramente teórico. A guisa de ejemplo sirvanos pensar que hay normas de la ley 24.441 que otorgan facultades o derechos únicamente al beneficiario (art. 7, segundo párrafo); otras hablan únicamente del fideicomisario (art. 26); y

²³ ORELLE, ARMELLA, CAUSE: *Financiamiento de la vivienda...*, pág. 114.

finalmente otras que hablan de ambos (art. 2, tercer párrafo). La solución dada este problema, siendo una cuestión estructural y primigenia, puede derivar en consecuencias muy diferentes según el camino que se elija al encarar la disyuntiva.

Creemos que la solución de la cuestión debe vincular entre sí dos planos de análisis: uno, el plano teórico, ámbito éste donde se teje el “soporte lógico” de la regulación jurídica del fideicomiso a la luz de la ley 24.441; y otro, el práctico, donde debe reflejarse integralmente la lucubración teórica realizada, sin contradicciones ni captación parcializada de la realidad.

En las aguas de la teoría jurídica, navegamos con fuertes corrientes que guían nuestra nave del entendimiento; estas corrientes son los distintos métodos de que se vale el jurista; y en el marco del derecho positivo, toda interpretación principia con el método exegetico.

Si damos una primer lectura a la ley 24.441 en sus arts. 1 a 26, no vamos a quedar conformes con su sistemática, pero al menos vamos a distinguir cuatro términos: fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario. Asimismo, no encontraremos norma que iguale en forma expresa estos dos últimos vocablos.

Tampoco debemos negar la fundamental jerarquía de la norma del art. 1 de la ley, en tanto define el instituto subexámene, y en la cual presenta —según vimos— cuatro posiciones. Siendo esta definición legal la piedra angular de la regulación siguiente, no podemos dejarla de lado en nuestros razonamientos.

Sobre la base conceptual del artículo primero de la ley que estudiamos, tócanos ahora examinar el aspecto práctico del que hablamos anteriormente, y surge la primer pregunta: ¿Es trasladable y comprobable en la práctica esta estructura cuadrática que distingue entre fideicomisario y beneficiario? Creemos que sí, pero para explicar algunos supuestos de la práctica que compliquen la perspectiva conceptual, deben precisarse aún más los conceptos.

Si el beneficiario es aquel sujeto en cuyo favor el fiduciario ejerce su propiedad fiduciaria (art. 1), podríamos decir también que es el sujeto que recibe los “frutos” de los bienes fideicomitados (art. 15), de donde emerge la idea de que lo recibido por el beneficiario es una renta, ventaja, ganancia, rinde, beneficio, plusvalía,

etc., según sea la naturaleza de los “bienes” transmitidos en fiducia. Y así, por ejemplo, si el objeto del fideicomiso es una suma de dinero, podríamos hablar del interés generado; si el objeto es un inmueble y se transmite al solo fin de su administración, deberemos hablar de rentas; si se trata de la construcción y venta de unidades de propiedad horizontal, de ventajas o plusvalía; y así hasta agotar la nómina de posibles “beneficios” susceptibles de extraer de cualquier tipo de bien.

Al margen de la mayor o menor precisión o adecuación de los términos utilizados en los distintos supuestos, existe presente en todos ellos un **“resultado de tipo patrimonial consistente en una ventaja obtenida en base a la prestación realizada por el fiduciario”**. Utilizamos el término prestación en razón de que el fiduciario adquiere junto a los bienes fideicomitidos la “obligación” de ejercer esa propiedad fiduciaria en favor del beneficiario (art. 1). Esa conducta debida por el fiduciario —sea de acción o de omisión—, tiene por acreedor al beneficiario.

A su turno, el fideicomisario resulta el destinatario final de los bienes quedados a la conclusión del fideicomiso.

La distinción de las dos posiciones —beneficiario y fideicomisario—, nace en la ley como consecuencia de la consagración del principio de separación de patrimonios, consagrado en los encabezados de los arts. 14, 15 y 16 de la ley 24.441, y de la nueva caracterización del fiduciario que ejerce este dominio “en beneficio de otro” (art. 1, ley citada), lo que implica la necesidad de caracterizar la posición de ese nuevo sujeto que aparece actuando coetáneamente al fiduciario. Con anterioridad al nuevo ordenamiento “el fiduciario ejercía para sí” la propiedad fiduciaria²⁴.

Luego de formular la aceptación que los incorpora al fideicomiso, beneficiario y fideicomisario adquieren un derecho personal dentro del mismo. El beneficiario un crédito consistente en la facultad de exigir que el fiduciario ejerza el dominio adquirido en su favor de acuerdo a los términos del convenio que dio origen a la figura, y el fideicomisario un crédito sobre el residual patrimonial quedado al cumplimiento del plazo o condición que pone fin al fi-

²⁴ Sobre la mutación general del fideicomiso y del dominio fiduciario, remitimos al punto “II” del Capítulo primero.

deicomiso. Ambas prestaciones tienen como sujeto pasivo al fiduciario.

No obstante la claridad que en principio presentan estos dos conceptos, puede ocurrir que en la práctica no se diferencien con tanta precisión los valores patrimoniales que forman la prestación de esos créditos titularizados por el beneficiario y el fideicomisario respectivamente, viéndose un tanto desdibujada la dualidad planteada. Aún cuando en lo que sigue propongamos ejemplos no “probables” en la práctica, basta su “posibilidad” para justificar el esfuerzo teórico que nos permita otorgar la firmeza necesaria a las conclusiones que propiciamos.

Como se verá, en los ejemplos propuestos no hay un rinde inmediato y coetáneo al ejercicio de la propiedad fiduciaria que salga del patrimonio fiduciario y se traslade al del beneficiario.

Así podríamos pensar en un fideicomiso que tenga por objeto la transmisión de bienes con el sólo fin de conservación, sin que los mismos produzcan ganancia alguna. Imaginemos, por ejemplo, que se transmiten cuadros valiosísimos, o ciertos objetos de valor histórico que no producen una ganancia periódica sino que su valor dinerario depende de sí mismos y de su conservación intacta, y aún supongamos que estos objetos se transmiten junto a una importante suma dineraria para ser destinada a los gastos de su conservación y cuidado.

Imaginemos también un fideicomiso en que se transmite una suma de dinero para invertir libremente en los negocios que el fiduciario por su profesionalidad crea conveniente, hasta alcanzar el doble del monto originariamente transferido, y una vez cumplida la “condición” de acrecentamiento de dicho capital, sea transferida al destinatario final.

Por último, podría transferirse un terreno juntamente con un dinero a fin de que el fiduciario construya una casa en el primero con el empleo del segundo, y al concluir la edificación la transfiera así al fideicomisario.

En los casos expuestos no es claramente diferenciable el patrimonio fideicomitado de sus beneficios, sea porque éstos no existen como fruto determinable y extractable (v.gr.: fideicomiso con fines de conservación), o porque están diferidos en el tiempo (por ej.: fideicomiso de inversión acumulativo o sin retiro antici-

pado de ganancias), o por su incorporación al bien transmitido (v.gr.: fideicomiso para construcción de una vivienda sin posterior comercialización).

Aún más, podríamos decir sin equivocarnos que la sola conservación de bienes dados en fiducia puede significar en algunos casos un importantísimo beneficio o ventaja económica, y que ésta se deriva al destinatario final por no ser susceptible de extracción anticipada²⁵. Y sin duda se admitirá que acrecentar hasta duplicar un capital originario es un beneficio incuestionable.

Vemos así como la prestación debida por el fiduciario encuentra su modalidad peculiar no sólo en la naturaleza de los bienes objeto del fideicomiso, sino también, y fundamentalmente, en los fines del mismo, es decir en el destino que el fiduciario debe dar a dichos bienes sobre las pautas que marca el acto constitutivo del fideicomiso. Es decir que será el contenido y fines del convenio (o de la manda del causante en el fideicomiso testamentario), lo que determine el tratamiento que debe darse a los bienes fideicomitados, proporcionándose de esta manera rumbo y materia a la conducta debida por el fiduciario.

1. Dos categorías de fideicomiso

En base al análisis precedente y según las características allí apuntadas, proponemos distinguir dos categorías de fideicomisos, a saber:

1) Una **primera categoría** que organiza el giro fiduciario sobre la base de un **beneficio de extracción anticipada**, sea en forma periódica o no. Tal el caso de un fideicomiso inmobiliario para administración, o fideicomiso sobre un fondo de comercio, o fideicomiso de inversión con retiro periódico de ganancias o intereses, etc.

2) Una **segunda categoría** que no permite la extracción anticipada de beneficios quedando éstos acumulados, incorporados o indisolublemente unidos al patrimonio fiduciario lo cual impide su diferenciación y menos aún su extracción periódica o anticipada.

²⁵ Así el caso de un fideicomiso constituido sobre cuadros u objetos de valor artístico o arqueológico cuya sola conservación en el tiempo puede constituir un gran beneficio.

Tal el caso del fideicomiso para conservación de bienes, fideicomiso para acrecimiento de capital sin retiro anticipado de ganancias o diferidas a su conclusión por cumplimiento de la modalidad resolutoria, etc.

Recién con base en esta clasificación podremos sentar postura en torno al cuestionamiento inicial del punto que, recordamos, consiste en determinar si beneficiario y fideicomisario son simplemente términos sinónimos o indican posiciones jurídicas diversas dentro del fideicomiso de la ley 24.441.

Creemos que la distinción creada por la ley al definir el fideicomiso, diferenciando por un lado al beneficiario, y por el otro al fideicomisario, tiene revelación en la práctica en los supuestos encuadrados en la primera de las categorías propuestas, es decir en aquellos supuestos donde resulta diferenciable y extractable un beneficio, renta o fruto que se separa del patrimonio afectado al fideicomiso y se traslada a manos del sujeto beneficiario, cuando éste es distinto del sujeto que oficia de fideicomisario. Ejemplo claro de lo que decimos aparece en el supuesto de un fideicomiso de administración inmobiliaria donde el beneficiario podría ser quien recibe las rentas del inmueble, o aún el comodatario que usa del mismo durante la vigencia del fideicomiso, y que a su conclusión el bien se transmita a un sujeto distinto.

Resumiendo, opinamos que **la distinción creada por la ley toma relevancia o se hace visible cuando son distintos los sujetos que ocupan el puesto de beneficiario y fideicomisario.** Y esta situación no será la menos común puesto que en un instituto que admite una larga duración —30 años o más, según el art. 4, inc. C, ley 24.441— no es descartable que muchos fideicomisos se organicen sobre la base de esta diferenciación. Así, verbigracia, un fideicomiso de administración de inmuebles, fondos de comercio, o capitales en general, cuyas rentas o ganancias periódicas se entreguen a un incapaz por demencia (por supuesto, a través de su curador), que resulta por ello beneficiario; y a su muerte, el patrimonio sea transmitido a una entidad dedicada al estudio de la enfermedad que afectaba al incapaz, entidad que en el caso actúa como fideicomisaria.

Consideramos que nuestra postura consulta adecuadamente la diagramación legal del fideicomiso en la ley 24.441, sin violentar

su aplicación a la compleja y variada realidad patrimonial sobre la cual puede extenderse la figura del fideicomiso²⁶.

Con los supuestos incluidos en la primera categoría hemos pretendido resolver el objetivo principal de la ley al distinguir el fideicomisario del beneficiario, posibilitando que sea diferente el sujeto que obtiene beneficios del patrimonio de afectación durante la vigencia del fideicomiso y aquél que recibe dicho patrimonio a su conclusión. También establecimos que el fundamento de esta distinción proviene de la recepción del *trust* anglosajón y dimos los principales elementos trasladados a nuestro derecho (Capítulo Primero, punto II).

Pero con lo dicho hemos resuelto parcialmente el interrogante que nos fijáramos al comienzo y que rezaba: ¿Es trasladable y comprobable en la práctica esta estructura contractual que distingue entre fideicomisario y beneficiario? Resta aún analizar y dar explicación a los supuestos de la segunda categoría pues son éstos los que abren paso a la discusión.

Para ello, entraremos de lleno al tratamiento de las posturas enunciadas en torno de la cuestión, comenzando por analizar la tesis del beneficiario eventual por ser más ostensible su parcialidad en explicar el fenómeno bajo estudio, para desembocar luego en el meollo principal del tema respecto de las otras dos posturas (tesis de la identidad y tesis de la superposición).

2. Tesis del beneficiario eventual

Podría pensarse que la posición jurídica del beneficiario es "eventual", y por esta razón en los supuestos de la segunda categoría enunciada, es decir cuando no hay ganancia extractable durante la

²⁶ ORELLE, ARMELLA, CAUSE: *Financiamiento de la vivienda...*, pág. 114. El Dr. Orelle, principal exponente de la concepción triangular del fideicomiso de la nueva ley, ensaya también una distinción entre beneficiario —a quien llama "de dinero"—, y fideicomisario —quien será "de bienes"—, proponiendo a continuación el ejemplo de construcción de un edificio de propiedad horizontal donde el provecho de la operación va a los beneficiarios y las unidades a los adquirentes. Admitir el ejemplo implica admitir la diferencia de las posiciones contractuales bajo examen, y sirve ello para determinar la necesidad de una interpretación integral del problema que atrape toda la casuística.

vigencia del fideicomiso, no habría beneficiario, sino únicamente fideicomisario. Para la tesis del beneficiario eventual, sólo existirá éste cuando los beneficios se tomen anticipadamente, es decir únicamente en los supuestos encuadrados dentro de la primera categoría.

Veamos porque no es así.

Tanto en los supuestos de la primera como de la segunda categoría, el fiduciario debe cumplir una conducta que constituye el objeto de la obligación adquirida al constituirse el fideicomiso. Esto por dos razones: 1) Por hipótesis legal el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de bienes contrayendo a su vez la obligación de ejercer dicha propiedad «*en beneficio de quien se designe en el contrato*» (art. 1, ley 24.441); y 2) El propio fin perseguido por las partes al adoptar la figura del fideicomiso es precisamente la afectación de bienes a un cometido determinado, para un fin lícito que debe existir al tiempo de la constitución. Estos fines, estén o no expresamente insertos en el convenio o en el testamento, deben existir y ser lícitos para que la constitución del fideicomiso no caiga bajo la calificación de simulación, fraude, etc. (doct. arts. 499, 500 y 501, Cód. Civil).

Asimismo el art. 17 de la nueva ley, determina como uno de los límites de la conducta del fiduciario “los fines del fideicomiso”, que marcan el contenido especial de las facultades otorgadas al fiduciario para el ejercicio de su propiedad fiduciaria. A su vez, estas facultades del fiduciario le son otorgadas con el objetivo de hacerle posible el cumplimiento de sus obligaciones, las que debe cumplir con la debida prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios (art. 6, ley 24.441).

En definitiva, lo que en rigor de verdad quiere la ley es que el **fiduciario cumpla los deberes que importa la gestión fiduciaria conforme a los fines del fideicomiso**, para lo cual le otorga diversas facultades como medios o instrumentos de que valerse en su actuación.

Aún cuando ampliaremos el tema, quede claro por ahora que al constituirse el fideicomiso el fiduciario adquiere junto a la propiedad fiduciaria de los bienes así transmitidos, un deber principal que consiste en ejercitar dicha propiedad conforme a lo dispuesto en el contrato y en favor del beneficiario, sea quien sea el sujeto que ocupe esta posición.

De esta manera, no es concebible un fideicomiso que no tenga beneficiario, dejando sin sujeto activo la obligación principal enunciada, al margen del **“especial momento en el que se materialice el beneficio”**.

El beneficio existe siempre, y si no existe hay dos opciones para explicar su ausencia: a) No hay fideicomiso por falta de contenido y fines de la “afectación”, o dicho más claramente por falta de “afectación” de los bienes a un destino; b) O bien, existiendo el contenido y fines de la figura, el fiduciario incurre en incumplimiento de sus deberes de prosecución de tales fines, lo que resultaría causal de su remoción (art. 9 y sptes., ley 24.441).

En suma, la naturaleza misma de la figura fideicomisoria impone una conducta al fiduciario, y esta conducta es debida a un sujeto que puede “exigir” desde el primer momento el cumplimiento de tales deberes, independientemente de la modalidad o momento en que se materialice ese beneficio, o la particular manera en que la conducta debida por el fiduciario lo favorezca. Poco importa entonces si se trata de bienes sujetos a administración y las rentas generadas son entregadas periódicamente, o si se trata de la conservación de objetos de arte por un determinado tiempo pues, en ambos supuestos, el fiduciario debe administrar, custodiar o conservar tales bienes, y ese deber es exigible desde el comienzo de la relación jurídica habida con motivo del fideicomiso.

Luego de lo expuesto, podemos concluir que en el fideicomiso de la ley 24.441, no podemos prescindir de un beneficiario (acreedor) de la conducta debida (prestación) por el fiduciario (deudor)²⁷. Beneficiario existe, y distinto es el problema de cuándo o cómo se materializan sus ventajas o el momento en que las aprovecha.

En la ley 24.441 hay un sólo fideicomiso, no un modelo de tres posiciones y uno de cuatro posiciones según la categoría de que se trate.

Tócanos ahora determinar si este “único fideicomiso” es de tres o de cuatro posiciones.

²⁷ De admitirse la eventual superposición de roles del fiduciario y el beneficiario (*infra*, d), “2”) la obligación se extingue —en principio— por confusión pero el beneficio no deja de existir y el fiduciario deberá procurárselo de acuerdo a lo establecido en el contrato.

3. *¿Identidad de posiciones o superposición de roles?*

Sin duda que a esta altura del análisis más de un lector pensará: ¡pero también el fideicomisario se “beneficia” cuando los bienes fideicomitados son conservados por el fiduciario, y qué decir en el caso de acrecimiento de capitales que duplican o triplican la suma originaria sin extracción anticipada de ganancias! Ningún intérprete sensato podría negar tal afirmación, pues si la sola conservación de bienes favorecería a cualquier destinatario final, qué decir de un fideicomiso de inversión para duplicar un capital o para la construcción de un inmueble. En estos ejemplos parece tomar vuelo la tesis que afirma la identidad de posición.

Para nuestra teoría de la superposición, en la segunda categoría (aquella en la que no hay extracción anticipada de beneficios), las posiciones siguen siendo cuatro, lo que ocurre es que en estos casos existe una superposición de roles entre beneficiario y fideicomisario, por lo cual un mismo sujeto ocupa ambas posiciones y lógicamente tendrá el conjunto de las facultades de una y otra posición.

En los supuestos de la segunda categoría las posiciones de beneficiario y fideicomisario existen, pero en cabeza del mismo sujeto y por la naturaleza y peculiaridad del fideicomiso no es dable distribuirlas en sujetos distintos.

A esta circunstancia de que **“necesariamente deban concurrir en cabeza del mismo sujeto las posiciones de beneficiario y fideicomisario”**, puede arribarse por dos motivos:

a) En razón de la naturaleza de la prestación debida por el fiduciario que no admite la diferenciación material entre bienes y beneficios, por lo que forzosamente deben coincidir beneficiario y fideicomisario en un único sujeto (ej.: fideicomiso para la conservación o custodia de bienes, o para la construcción sin comercialización).

b) Cuando a pesar de ser diferenciables materialmente los bienes por un lado y los beneficios por el otro, los contratantes expresamente pactan su acumulación o incorporación al patrimonio fideicomitado (v.gr.: fideicomiso para el acrecimiento de capitales, o para administración de bienes con capitalización de rentas, o de inversión sin extracción de ganancias, etc.).

Por supuesto que nada impide que siendo un fideicomiso de la primera categoría donde los beneficios se extraen durante la vigencia del mismo, se pacte asimismo que beneficiario y fideicomisario sean el mismo sujeto, pero en este caso no es "necesaria" la superposición de roles y el mismo sujeto recibirá primeramente los beneficios, y a la conclusión del fideicomiso hará propios los bienes residuales.

Vemos así más claramente las diferencias entre la postura que explica los fenómenos de más complicada resolución, es decir los supuestos de la segunda categoría, identificando al beneficiario y al fideicomisario —tesis de la identidad—, con respecto a la teoría que propiciamos —tesis de la superposición—, que lo hace manteniendo la estructura organizacional de cuatro posiciones, donde no es que no existan las posiciones de beneficiario y fideicomisario, sino que no existen en personas diferenciadas, o, dicho de otra manera, ambas existen en cabeza del mismo sujeto.

Así creemos haber arribado a una sistemática explicación de las nuevas situaciones creadas a partir del art. 1 de la ley 24.441, del cual derivan supuestos fácticos que incorporan un nuevo sujeto (beneficiario) a los tres clásicos, junto a otros casos que parecieran mantener una estructura triangular.

4. *¿Dos tipos de beneficiarios?*

Finalmente, vamos a analizar en forma separada, lo que a nuestro criterio es una derivación de la teoría de la identidad.

Podríamos presentar esta postura a partir de un último y fuerte cuestionamiento que puede hacer tambalear nuestra tesis de la superposición.

El interrogante nace, paradójicamente, de un caso de la primera categoría, donde precisamente son diferenciables por un lado el beneficio y, por el otro, los bienes fideicomitados. Su enunciado es: ¿Porqué si es tan tajante y estricta la distinción de beneficiario y del fideicomisario, no podemos negar que este último también obtiene ventajas en la tarea que realiza el fiduciario desde que nace su propiedad fiduciaria?

Pongamos un claro ejemplo: Un sujeto (fiduciante), transmite la propiedad de un inmueble a otro (fiduciario), para que éste lo admi-

nistre, entregando las rentas a un tercero (beneficiario), y al cabo de diez años (plazo resolutorio), transmita el inmueble a su hijo.

El interrogante nos reprocha que el fideicomisario del ejemplo (en el caso, hijo del fiduciante), se “beneficia” también con la tarea del fiduciario porque la administración incluye obviamente, la conservación del inmueble, la pintura del mismo, reparaciones, etc., por lo tanto debería considerársele asimismo beneficiario.

En esta línea de pensamiento expresan autores de la talla de Julio C. Rivera, Mosset Iturraspe, etc., que “beneficiario” es a quien el fiduciario se obliga a transmitir los bienes y que el término fideicomisario se emplea para designar al beneficiario-tercero, es decir el beneficiario que no es asimismo fiduciante, y agregan que nada impide que haya “dos beneficiarios”: uno aquel en favor de quien el fiduciario ejerce la propiedad que le han transmitido, y el segundo, el destinatario final de los bienes; y finalmente manifiestan que nada obsta a que se usen expresiones distintas para designar a estas personas beneficiarias: a la primera como beneficiaria y a la segunda como fideicomisario²⁸.

Podría ésta ser una explicación al problema, con lo cual quien la abrace debe desistir de toda concepción cuadrangular, pues la diferencia entre beneficiario y fideicomisario estaría en lo que nosotros llamaríamos la “modalidad del beneficio”, y tan beneficiario sería quien se favorece durante la vigencia del fideicomiso por acción del fiduciario, como aquél que se favorece a la conclusión del fideicomiso, recibiendo los bienes existentes a esa época.

Evidentemente, por esta vía se retoma el camino de la teoría de la identidad de posiciones puesto que hay muy poca distancia entre decir que beneficiario y fideicomisario son términos sinónimos, y decir que, en realidad, hay dos beneficiarios. Como se observa, el efecto de unificación o identidad de posiciones es el mismo, y por eso consideramos a esta postura una derivación, por cierto ingeniosa, de la tesis de la identidad.

La respuesta al interrogante que plantea esta interpretación, debe partir de otros parámetros, ya que —a nuestro entender— ésta asienta una de sus bases en la “liberalidad” que puede importar

²⁸ HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA: *Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441*, págs. 14 y 15.

para beneficiario y fideicomisario, la ejecución del fideicomiso de que se trate.

El hecho de que ambos sujetos (beneficiario y fideicomisario) se “beneficien con el contrato”, es decir que sin contraprestación alguna obtengan un enriquecimiento de su patrimonio a través de lo que puede eventualmente llamarse “beneficio, ventaja o enriquecimiento, transmisión de bienes, etc.”, atento la gratuidad de lo recibido, no debe hacernos identificar como única la posición de los sujetos en danza.

Que el fideicomisario se enriquezca al recibir un bien inmueble que ingresa a su patrimonio, sin haber pagado por ello un precio o sin tener otros vínculos con el fiduciante o el fiduciario, no lo transforma **técnicamente** en “beneficiario”, puesto que por esta vía de razonamiento, si aquel hubiese abonado un precio (por ejemplo en el caso de la construcción de un edificio de propiedad horizontal), entonces no podríamos llamarlo beneficiario, y por ende tampoco fideicomisario, puesto que para esta postura ambas posiciones son idénticas.

Por nuestra parte consideramos que cuando la ley 24.441 utiliza el término “beneficiario”, lo hace en un sentido específico o **técnico**, aludiendo a quien por efecto de la constitución del fideicomiso obtiene un crédito contra el fiduciario que, correspectivamente, se obliga ejercer su propiedad fiduciaria en favor de aquél. Y esta circunstancia no quiere decir que para el beneficiario esto implique un acto gratuito, puesto que aún cuando dentro del fideicomiso se presente así, no niega que “perisféricamente” haya otras relaciones jurídicas que se han venido a resolver o a organizarse a través de esta figura fiduciaria.

En la determinación o calificación de la situación jurídica de cada sujeto interviniente en un fideicomiso, no sólo debe consultarse su “posición” dentro de la estructura contractual sino que, además, hay que tener presente la eventual existencia de otras relaciones jurídicas que expliquen adecuadamente la posición adjudicada. Recién entonces se puede establecer si importa o no una liberalidad o recepción gratuita de valores económicos para el sujeto de que se trate.

El beneficiario dentro del fideicomiso es llamado así porque tiene un crédito de características muy especiales, pero con ello no

se debe entender que necesariamente se “beneficia gratuitamente”, ya que, por ejemplo, puede suceder que con ese crédito se esté cancelando una obligación preexistente mantenida en contra del fideuciante.

Para clarificar lo dicho podemos dar el siguiente ejemplo: Pedro adeuda a Juan un dinero (por ej.: indemnización con motivo de un accidente, una deuda por contratación de servicios, o el cumplimiento parcial de un contrato oneroso, etc.) y en vez de recurrir a la dación en pago (arts. 779/783, Código Civil) para cancelar el crédito, convienen en la creación de un fideicomiso en el cual Juan (acreedor de Pedro) será colocado como beneficiario de las rentas del negocio fiduciario (cualquiera sea su objeto), y que al cumplimiento del plazo o condición resolutorio, los bienes sometidos a fideicomiso se transfieran a quien se designe como fideicomisario (por ej., a Pedro, o sus sucesores, etc.).

Sin duda que en el caso planteado Juan es beneficiario —en sentido técnico—, pero ello no implica que para él esa relación jurídica creditoria sea gratuita.

En todo derecho personal la prestación que forma su objeto tiene, por definición, un contenido económico. Es decir, siempre la conducta debida por el deudor importa un “beneficio” o ventaja para el acreedor, y no podríamos analizar la situación jurídica del acreedor respecto del deudor separadamente de la causa de la obligación.

En el ejemplo existe una causa compleja, donde se involucran relaciones subsistentes y las nacidas del fideicomiso creado para resolverlas, de manera que el resultado es la trabazón de créditos recíprocos que vinculan a las partes integralmente.

Con esto llegamos a la conclusión que la posible existencia de “**relaciones jurídicas perisféricas**” a las creadas por el fideicomiso y a las cuales éste viene a darles solución o regularización, imponen un análisis conjunto de las relaciones existentes entre los sujetos intervinientes. Tampoco negamos que tanto en el origen de la figura, como en muchos de los supuestos de aplicación actual, existe una verdadera liberalidad a favor tanto de beneficiario como de fideicomisario (v.gr.: incapaces, enfermos, fundaciones, etc.).

Es decir que respecto del beneficiario y del fideicomisario, el nacimiento del fideicomiso genera “sendas estipulaciones en su favor” (art. 504, C.C.), y la gratuidad o no de cada una dependerá, además de las condiciones del contrato del fideicomiso, de la eventual existencia de relaciones preexistentes o perisféricas entre los sujetos involucrados.

Ahora bien, establecido que el término “beneficiario” tiene para la ley 24.441 un sentido específico y técnico designando al sujeto acreedor de la conducta debida por el fiduciario, debemos distinguir esta “prestación esencial y principal”, de otras ventajas —genéricamente hablando— que la ejecución del convenio del fideicomiso pueden generar para los restantes sujetos y aún para otros ajenos a la contratación.

Hay que atender al tipo de tarea desarrollada por el fiduciario, a los principales efectos de su conducta, y no a derivaciones secundarias propias de la intervención de distintos sujetos con distintos derechos en relación a los mismos bienes. De no pensar así, deberíamos ver también como “beneficiario”, por ejemplo al “fiduciante”, puesto que en la ejecución del fideicomiso verá cumplidos los intereses y motivos determinantes que lo decidieron a su constitución. Pongamos un ejemplo: Al constituirse un fideicomiso para la investigación y cuidados de enfermos del mal de Chagas, los beneficiarios de esta constitución no son otros que los receptores de los resultados de investigación o atención dispensada, y muy distinta situación reviste el fiduciante. Y supongamos que la condición de extinción del fideicomiso sea la obsolescencia de los equipos utilizados en la investigación. No podemos considerar que quienes adquieran finalmente esos equipos (fideicomisarios) sea en forma gratuita u onerosa (para el caso da lo mismo), son los beneficiarios del fideicomiso creado. Y mucho menos el fiduciante...

La resolución del convenio fiduciario exige un destino final para los bienes, pero la esencia de la figura —en la nueva ley—, está en la afectación a fines primordiales y anteriores a su terminación, apuntando a lo realizado durante la vigencia del fideicomiso y no a su conclusión y definitiva “liquidación”. La propiedad fiduciaria de los bienes se transmite en fideicomiso a fin de que el fiduciario cumpla una tarea y allí debemos ubicar al beneficiario, sin perjuicio de la existencia de un destinatario final de los bienes. Si

la tarea realizada muestra sus frutos a la finalización del convenio (supuestos de la segunda categoría) entonces hay superposición de roles y no identidad de posiciones.

En suma, la prestación debida se compone esencialmente de una conducta a desarrollar durante la existencia de la institución, y luego de cumplida, el contrato tiene por tramo final la transmisión de bienes fideicomitidos. En términos literarios diríamos: **El beneficiario actúa en el nudo de la obra, y el fideicomisario aparece recién en su desenlace.**

c) Otros casos

El título que recibió la ley 24.441 llamada de “Financiamiento de la vivienda y la construcción”, ha sido ampliamente superado en materia de fideicomiso a tenor del término utilizado por el art. 1 que refiere genéricamente a “bienes” como objeto de este instituto. En consecuencia debemos interpretar este vocablo a tenor de la norma del art. 2311 del Código Civil según la cual son bienes los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas. Con este grado de generalidad se expresan los arts. 11, 12 y siguientes de la ley 24.441 al tratar de la propiedad fiduciaria originada en la ejecución del fideicomiso.

En este sentido es inimaginable la variada casuística que presentará con el tiempo la incorporación de la figura en nuestro medio económico y social. Por ello, al dar y analizar ejemplos tratamos de anticiparnos y abarcar géneros amplios en torno de los fines de cada eventual fideicomiso, involucrando por ejemplo: la sola conservación, la administración rentable, la producción de bienes y servicios —con y sin comercialización—, la inversión de capitales con retiro de ganancias, el acrecimiento de capitales con acumulación de utilidades, etc.

Para ejemplificar un poco acerca de la ductilidad del instituto en relación a su organización subjetiva, haremos a continuación un pequeño comentario sobre dos casos. El primero resulta interesante por ser el principal supuesto tenido en mira por la ley 24.441: la construcción. Y el segundo caso es un supuesto de fideicomiso ciertamente peculiar por su difícil encuadramiento: la transmisión sucesiva de bienes.

1. La construcción de edificios

Si tomamos los casos de aplicación anteriores a la sanción de la ley 24.441, podríamos mencionar ciertas particularidades, tal el caso de la construcción de edificios, donde no existe, en principio, un beneficiario durante la ejecución de la obra, puesto que tanto el fiduciante (persona que proporciona el terreno), como el fiduciario (empresa constructora), obtienen sus ganancias o ventajas al finalizar el fideicomiso, mediante la distribución de las unidades de propiedad horizontal construidas. Este supuesto parece ser, en principio de la primera categoría, donde los beneficios de la operación se incorporan en los bienes sujetos a distribución final²⁹.

Retocando el mismo ejemplo podría existir un beneficiario diferenciado cuando, coetáneamente a la construcción de las unidades de departamentos, es decir en plena vigencia del fideicomiso, se fueran comercializando por ejemplo mediante el procedimiento de la Ley de Prehorizontalidad N° 19.724, y el sujeto previamente designado como beneficiario percibiese un porcentaje de la plusvalía o ganancia generada por cada compromiso de venta. Como se observa, ese sujeto recibe los beneficios de las sucesivas ventas de las futuras unidades, pero no adquiere a la finalización del convenio de fiducia los bienes resultantes constituidos por las unidades de departamentos.

Pero retornando a la diagramación primeramente expuesta del caso, deberemos distinguir además: Si la empresa adquiere las unidades, sin duda es fideicomisaria. Pero si las comercializa, los fideicomisarios serán el fiduciante, que transmitió el terreno y recibió algunas unidades, y los restantes adquirentes de unidades funcionales, y la empresa se transformará únicamente en beneficiaria como se da en la segunda presentación del caso.

Dentro del mismo ámbito de la construcción de edificios, pueden hacerse otras lecturas según quien proporcione el terreno y quien construya la obra: Así, si una empresa transfiere a un sujeto la propiedad fiduciaria del terreno, pero a su vez el fiduciario se obliga, entre otras cosas, a contratar únicamente con aquella la

²⁹ Sobre la posibilidad de que el fiduciario ocupe el rol de fideicomisario, véase *infra*, punto d) "3" del mismo Capítulo.

construcción de que se trate, pensamos que por esta vía la empresa se transforma estrictamente en beneficiaria, y no en un sujeto ajeno al fideicomiso. Obviamente, los adquirentes de las unidades no son otra cosa que fideicomisarios. Y si el fiduciario obtiene también un porcentaje de los provechos se convertirá —eventualmente— en cobeneficiario de la empresa.

2. *Transmisión sucesiva de bienes*

Pero a medida que avanzamos en la profusa casuística, siguen complicándose los ejemplos, tal el caso de un fideicomiso que prevea la extracción periódica de parte de un capital hasta agotarlo, y así: El fiduciante que agoniza, entrega una fuerte suma de dinero a un Banco (fiduciario) para que éste entregue cada año la décima parte de ese dinero a un menor a quien faltan diez años para obtener su mayoría (obviamente a través de su tutor).

Como primera medida preguntemos a quién puede interesarle esta operación, y contestemos: a muchos, puesto que la separación de patrimonios (art. 14, 15 y 16), y la tranquilidad de dar el dinero a una entidad solvente, seria y segura, con quien el fiduciante ha trabajado durante años depositando sus ahorros, solicitando créditos, etc., puede ser más confiable que un determinado tutor que, aún cuando cuidará moral, afectiva y en cierto aspecto materialmente (aspectos domésticos de su asistencia) del incapaz, puede resultar inexperto para la administración y custodia de un gran capital.

Ahora sobre la viabilidad del ejemplo propuesto, debemos también admitir que nada se opone a que el fideicomisario (para el caso el incapaz), reciba “los bienes” fraccionada o sucesivamente, por ejemplo, a través de mensualidades.

Lo mismo ocurriría en la construcción de edificios con las unidades de propiedad horizontal, las cuales se transfieren sucesivamente y no en un solo acto.

En suma, nada se opone a que los bienes fideicomitados o sus sustitutos por subrogación real (art. 13, 2ª parte) se transmitan por etapas o sucesivamente a un único fideicomisario (ejemplo del incapaz) o a la pluralidad de ellos (adquirentes de unidades).

Por último habrá que determinar si la distribución sucesiva del capital fuera acompañada de la distribución de algún interés periódico.

dico pactado, tendríamos un fideicomiso de la segunda categoría donde, como vimos, el fideicomisario es además beneficiario.

Según surge de los ejemplos dados la multiplicidad de opciones de organización es inagotable.

d) El fiduciario y las superposiciones

La superposición que involucre al fiduciario exige el tratamiento de cada combinación por separado, a saber: a) fiduciario y fiduciante; b) fiduciario y beneficiario; y c) fiduciario y fideicomisario. En ese orden nos avocaremos al análisis de cada supuesto.

1. Fiduciario y fiduciante

En cuanto a la posibilidad de que el sujeto que actúa como fiduciante ocupe asimismo el rol de fiduciario, expresa Orelle que aún cuando la primera impresión es negativa, quedaría eliminada esta disconformidad inicial si contraponemos a ella que al extinguirse el rol del fiduciante una vez afectado el bien al fideicomiso, el fiduciario asume todo el protagonismo. No obstante el razonamiento vertido, el autor citado prefiere no expedirse definitivamente, admitiendo que es difícil adoptar una posición terminante³⁰.

Quizás con alguna estrechez, nosotros nos expedimos decididamente por la negativa.

Según lo dicho al analizar las fuentes del fideicomiso, recordamos aquí que son dos: el contrato y el testamento (Cap. 1º, punto III).

Analizando las dos fuentes del fideicomiso, veremos si en alguna de ellas podemos encontrar un acto unilateral por el cual un único sujeto constituye un fideicomiso, oficiando como fiduciante y como fiduciario a la vez.

Respecto del contrato de fideicomiso pensamos que de la sola lectura del artículo primero de la ley se desprende la imposibilidad

³⁰ ORELLE, ARMELLA, CAUSE: *Financiamiento de la vivienda...*, págs. 98 y 99.

de que el sujeto fiduciante sea el mismo que el sujeto fiduciario. Dispone el precepto mentado que habrá fideicomiso cuando “*una persona (fiduciante)*” transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados “*a otra (fiduciario)*”; es decir que la norma requiere dos partes, sin las cuales no puede haber “transmisión” de bienes. El concepto mismo de “transmisión” exige dos centros de imputación jurídica, es decir, dos sujetos de derecho³¹.

A su turno el art. 3 de la misma ley menciona la segunda fuente del fideicomiso donde por hipótesis legal el fiduciante es el causante, de manera que de ninguna manera podrá ser, a una misma vez, el fiduciario. No tendría sentido que el causante al redactar su testamento se incluyera a sí mismo como fiduciario de un fideicomiso a crearse con posterioridad a su muerte.

Dimos también como fuente no ya del fideicomiso sino del derecho real de dominio fiduciario a la prescripción adquisitiva. Aún analizando el problema desde el ángulo del derecho de dominio fiduciario y no desde el acto jurídico del fideicomiso, debemos tener en cuenta que tanto en la prescripción ordinaria o decenal, como en la extraordinaria o veinteañal, es condición elemental que el fiduciario-usucapiente no sea previamente propietario de la cosa que, precisamente, pretende prescribir. Y además, si ya es propietario, entonces resulta aplicable la norma del art. 2509 del Código Civil según la cual: «*El que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, sino es por lo que faltase al título por el cual la había adquirido*».

³¹ En relación al tema, merece especial mención, la grave irregularidad que en este sentido presenta el art. 2 de la R.G. N° 271/95 de la Comisión Nacional de Valores, el cual textualmente dice: «Constitución por acto unilateral: Podrá constituirse fideicomiso financiero por acto unilateral, en el cual coincidan las personas del fiduciante y del fiduciario, cuando se solicite autorización de oferta pública de certificados de participación en el dominio de los bienes transmitidos o de los títulos-valores representativos de deuda garantizados con los bienes fideicomitados». Evidentemente el dispositivo excede palmariamente las facultades reglamentarias otorgadas por el art. 19 de la ley 24.441. Correctamente se ha calificado de inconstitucional la norma transcrita (LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M.: *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Ed. Depalma, 2ª edición, 1996, pág. 587).

Por último debemos tener en cuenta que aún cuando el cumplimiento de las obligaciones que nacen de un contrato haga perder el “protagonismo” en el mismo no implica perder el carácter de “parte”, sino deberíamos admitir este razonamiento en todos los contratos, y así, por ejemplo, en el depósito admitiríamos la posibilidad de que un propietario se convierta en “depositario de sí mismo” por un acto unilateral³².

2. *Fiduciario y beneficiario*

Si analizamos la figura contractual del fideicomiso desde un punto de vista cronológico, veremos que las posiciones del fiduciario y del beneficiario coexisten activamente, es decir desenvuelven su apogeo en un mismo tiempo —todo el que dure el fideicomiso—, mientras que el fiduciante cumple su obligación principal al transferir los bienes que pasarán a formar el patrimonio fideicomitado, y el fideicomisario adquiere su derecho real sobre esos bienes recién cuando concluyen los derechos del fiduciario y del beneficiario.

Ante el silencio de la ley sobre el punto, nos preguntamos: ¿Pueden confundirse en un solo sujeto los roles de fiduciario y beneficiario?

La respuesta que demos al interrogante resuelve un supuesto de importante trascendencia en la dinámica contractual interna, principalmente en dos aspectos: 1) Extinción de las obligaciones entre fiduciario y beneficiario por confusión, y 2) Obtención directa de los beneficios de la administración y actuación en interés propio.

El fiduciario no podría rendirse cuentas a sí mismo como beneficiario (art. 7), puesto que aún cuando el rol de fiduciario lo ejerce en relación al patrimonio de afectación y el rol de beneficiario en relación a su patrimonio “particular” en tanto los beneficios ingresan a su patrimonio directamente, lo cierto es que las facultades y deberes se concentran en el mismo sujeto de derecho, con la consiguiente “confusión” de derechos y obligaciones. En este sentido, el centro de imputación jurídica de esas relaciones es el mismo.

³² Utilizamos el ejemplo del depósito porque allí también el depositante “agota su protagonismo” con la entrega de la cosa. El razonamiento sería también aplicable a otros contratos (v.gr.: comodato, mutuo, donación, etc.).

Como puede observarse, se modifica en bastante medida la diagramación general dada por la ley (art. 1) en tanto el fiduciario ejerce su derecho de propiedad fiduciaria en interés propio y no en favor de un tercero.

Para resolver la cuestión planteada, existe un argumento contrario a este supuesto de superposición: el art. 2 de la ley no incluye al fiduciario como sustituto legal para el caso de vacancia del puesto de beneficiario.

Pero también hemos encontrado diversas razones a favor de la admisión del supuesto:

a. Aun cuando el art. 2 no incluye al fiduciario como beneficiario sustituto, la misma norma hace una primera remisión a las previsiones del contrato.

b. La ley 24.441 no establece claramente que sus normas sean imperativas o de orden público, por lo que debemos tomarlas, en principio, como dispositivas, puesto que cuando la ley ha querido consagrar su imperatividad expresamente lo ha establecido así (v.gr.: arts. 7, 4 inc. "c", etc.).

c. Tampoco podemos perder de vista que la ley no niega expresamente el supuesto, y en derecho las limitaciones deben interpretarse siempre en sentido restrictivo (doctr. art. 19 Constitución Nacional).

d. La ley 24.441 en general admite las superposiciones, dando amplia libertad para la designación del beneficiario y del fideicomisario, con lo que se evidencia un claro objetivo de favorecer las distintas actuaciones de los operadores del contrato en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civil).

e. El art. 1, luego de mencionar dos personas a las que denomina respectivamente fiduciante y fiduciario, establece que esta última ejercerá su propiedad fiduciaria "*en beneficio de quien se designe en el contrato*", sin excluir a ninguna de las anteriores y tampoco hay otra norma que así lo haga, de donde colegimos que no necesariamente la actuación del fiduciario debe ser en interés de un tercero.

f. Tampoco el art. 2662 menciona al beneficiario al caracterizar el dominio del fiduciario. Al definir el derecho real, el nuevo art. 2662 no ha exigido con carácter jurídico-real que el fiduciario ejerza su dominio en favor de un tercero. Si fuera una exigencia

del tipo real caería dentro del orden público que informa la regulación de estos derechos³³.

g. Recurriendo a la práctica negocial, es posible que la retribución del fiduciario (art. 8) se pactase en un porcentaje de las utilidades del negocio de que se trate con lo cual no hay una actuación en interés ajeno, que por otra parte la ley no exige expresamente. En este caso es evidente que el fiduciario tendrá un especial y directo interés en el éxito del negocio puesto que sus ingresos dependerán de ese resultado. Reducir la retribución a una especie de "salario fijo" atentaría contra la recepción social de la figura.

Todas estas apreciaciones nos llevan a la siguiente conclusión: es admisible la superposición de roles entre fiduciario y beneficiario.

En una postura intermedia y en coincidencia parcial con lo dicho, expresa el maestro F. J. López de Zavalía que el fiduciario único no podría ser beneficiario *exclusivo*. Admite sí la posibilidad de que el fiduciario sea uno de varios beneficiarios ya que puede ser ésta la vía de retribución de aquél³⁴.

Pareciera que el exigir cofiduciarios o cobeneficiarios da un cierto contralor de la gestión. Entendemos al respecto que la gestión tiene suficiente control con base en la norma del art. 6 y el art. 82 de la ley³⁵.

En el otro extremo hay quienes niegan absolutamente la posibilidad de coincidencia de fiduciario y beneficiario en un sólo sujeto, porque entonces habría una gestión en provecho propio³⁶.

³³ Cuando Gabriel Ventura analiza en qué radica la mayor seguridad jurídica que brindan los derechos reales en relación a los derechos personales, destaca que en los derechos reales el sistema del *numerus clausus* reserva la creación de este tipo de derechos sólo a la ley, lo que implica que conozcamos de antemano su regulación, suponiendo esto un acabado e imparcial estudio de los intereses involucrados por parte del legislador. El respeto de la regulación dada al derecho real está asegurado por el orden público que informa la normativa (VENTURA, Gabriel B.: "Algunas propuestas del proyecto de reforma a los códigos civil y comercial en torno al régimen de los derechos reales", Rev. J.A., 1988-II-595).

³⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, págs. 20 y 21.

³⁵ La prudencia y diligencia exigida al fiduciario y la tipificación penal de su violación refuerzan la tutela de los intereses en juego.

³⁶ HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA: *Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441*, pág. 19 *in fine*.

El nudo del problema está en determinar si de acuerdo a la nueva ley 24.441 puede el fiduciario realizar su gestión en interés propio.

Pensamos que la distinción entre si el interés del fiduciario es "directo y exclusivo", o "directo y colectivo" junto a otros beneficiarios, no supera del todo los obstáculos que se plantean al supuesto de superposición bajo estudio porque "al margen del porcentaje" no deja de haber interés propio en el éxito y resultado de la empresa fiduciaria. La existencia de cobeneficiarios o cofiduciarios plantea una diferencia de matiz.

Aun cuando el esquema principal organizado por la ley no presenta al fiduciario como beneficiario o cobeneficiario, dijimos ya que la criatura nacida con la ley 24.441 es una hija con dos padres de los cuales la figura anglosajona es la madre, el derecho argentino el padre, y la guarda de la criatura la ejerce este último.

La ley 24.441 tuvo la oportunidad de excluir imperativamente este supuesto de superposición en la norma del art. 7 y si no lo hizo, no puede hacerlo el intérprete. Y la nueva redacción del art. 2662 tampoco impone con carácter jurídico-real la exigencia de que el fiduciario ejerza su derecho en favor de un tercero. De manera que el fiduciario ejercerá su derecho en beneficio de quien se designe en el contrato (art. 1), y si el designado es él mismo ejercerá en interés propio el derecho adquirido. En el Código Civil y en la ley 24.441 nada se opone a la opción.

Y mientras no se derive un concreto perjuicio (simulación, fraude, etc.) para los terceros, no es reprochable este tipo de diagramación interna. Demos un ejemplo: Juan transmite un inmueble a Pedro, quien como fiduciario administrará el bien haciendo propias todas las ganancias derivadas de su gestión, y al vencimiento del plazo transmitirá el bien al hijo de Juan. Un fideicomiso con esas características se aproxima en gran medida al "viejo fideicomiso" de nuestro Código Civil donde el fiduciario adquiría para sí el bien fideicomitado. No obstante la semejanza, existen otras características que lo alejan (v.gr.: separación de patrimonios, limitación de la responsabilidad objetiva, etc.).

Por último, no debemos pensar únicamente en este caso de superposición como estructuración originaria. Pensemos por ejemplo en que el fiduciario cuya retribución es del treinta por ciento

de las ganancias netas, hereda al cobeneficiario cuyas ganancias son del restante setenta por ciento. No por esta circunstancia vamos a impedir la continuación del fideicomiso.

El nuevo fideicomiso es "amplio", y admite esta organización.

3. *Fiduciario y fideicomisario*

El art. 7 de la ley que estudiamos establece: «*El contrato no podrá dispensar al fiduciario ... de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos*». Lamentablemente la norma es incompleta en tanto no especifica si la prohibición existe sólo mientras dura el fideicomiso, es decir, hasta el cumplimiento de la modalidad resolutoria (plazo o condición), o si subsiste aún después de su terminación. El problema se agrava al ser una norma imperativa; si fuera dispositiva las partes podrían fácilmente superar el obstáculo pactando lo contrario.

Si hacemos una interpretación literal del precepto, al no especificarse hasta cuándo se mantiene la prohibición, el sujeto fiduciario no puede ocupar también la posición del fideicomisario en tanto no podría adquirir los bienes fideicomitidos ni durante ni después del fideicomiso.

El art. 7 de la ley 24.441 toma como base el art. 1301 del Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión designada mediante decreto 468/92 del P.E.N., así como el art. 1244 del Código de Comercio de Colombia.

Aún con la autoridad de los antecedentes, la norma no es clara respecto de la posibilidad de adquirir los bienes una vez concluido el fideicomiso. En sentido contrario al que propiciamos, pero sin dejar dudas sobre la imposibilidad de que el fiduciario adquiera los bienes fideicomitidos, la norma del art. 23 de la ley de fideicomisos de Venezuela dispone: «*El fiduciario no podrá ser beneficiario*» (aquí debemos entender por beneficiario el fideicomisario).

El art. 1 de la ley 24.441, no enumera en su parte final al fiduciario como eventual destinatario de los bienes.

Ahora bien, si analizamos el contenido teleológico de la norma subexamen, veremos que el fin es evitar que el fiduciario favorezca sus intereses personales en perjuicio del *pactum fiduciae*. Se pretende reforzar y asegurar el deber de lealtad del fiduciario en

resguardo de la confianza que en él se ha depositado³⁷. Circunstancias similares ocurren con el "autocontrato", contemplado en el art. 1918 del Código Civil³⁸, norma que exige al mandatario una expresa autorización del mandante para adquirir o vender los bienes que éste le ha encargado vender o comprar respectivamente.

Consideramos que no parece subsistir la incompatibilidad de intereses personales del fiduciario y los del fideicomiso cuando ha concluido el fideicomiso por cumplimiento de la modalidad resolutoria estipulada (plazo o condición resolutorios).

Entonces, siguiendo la *ratio legis* de la norma del art. 7 en el período analizado, pensamos viable que las partes acuerden que el fiduciario adquiera los bienes fideicomitidos (o parte de ellos) al concluir el fideicomiso.

Al igual que en el supuesto estudiado en el punto anterior los autores difieren en la respuesta al interrogante³⁹.

A favor de nuestra posición debe tenerse presente que constituyendo la norma del art. 7 una restricción a las facultades de las partes, debe hacerse de ella una interpretación restringida.

La fundamental trascendencia práctica del supuesto examinado se evidencia palmariamente frente al caso típico del terreno cedido a una empresa (titular fiduciario) para la construcción de un edificio y posterior afectación al régimen de propiedad horizontal, donde se pacta que la empresa entregará un número determinado de unidades (como contraprestación por el terreno transferido), reservándose para sí, ahora como propietaria plena, los restantes departamentos. Es decir, fiduciante y fiduciario obtienen sus ventajas en la distribución final de unidades, actuando ambos como beneficiarios y fideicomisarios.

³⁷ Léase al respecto la nota al art. 1301 del Proyecto que sirvió de antecedente directo e inmediato a la ley 24.441.

³⁸ La norma se complementa con los arts. 1364, inc. 4, 1362, y 1919 del mismo código.

³⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, págs. 19 y 20. El autor no lo admite cuando el fiduciario sea exclusivo fideicomisario. Por su parte HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA: *Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441* (pág. 36), niegan tal posibilidad por considerar que transforma el fideicomiso en un negocio simulado.

Esta opción de organización puede ser un poderoso incentivo para asegurar el éxito o un mejor resultado de la gestión del fiduciario.

Otro ejemplo válido (ahora con fideicomisario exclusivo) sería: Juan, que no tiene herederos y está imposibilitado de administrar su empresa (o su fondo de comercio, o los bienes, o negocios, etc.), la transmite en fiducia a Pedro, experto en la materia, designándose a Juan beneficiario y al cumplimiento del plazo (v.gr.: la muerte de Juan), los bienes pasarán a Pedro como fideicomisario. Sin duda esta organización patrimonial reduce costos y beneficia la producción y el desarrollo de la empresa.

Por todo lo dicho, proponemos como interpretación del art. 7, y propiciamos de *lege ferenda*, la siguiente redacción: «*El contrato no podrá dispensar al fiduciario ... de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados mientras dure el fideicomiso*».

Siempre quedarán a salvo las acciones contra el fiduciario en caso de ejecución desleal de su cometido.

VI. Una interpretación amplia y un rígido sentido ético-jurídico

Todo lo dicho en torno del fenómeno que hemos bautizado de “superposición de roles”, respecto de las cuatro posiciones del fideicomiso, tiene un excesivo rigor teórico que como anticipamos puede ser superado por la práctica, aconsejando ello ser prudentes a la hora de cerrar el tema.

Las zonas de penumbra en el derecho, aquellas situaciones o hechos jurídicos de difícil encuadramiento legal que siempre sorprenden al derecho y a sus intérpretes, también se harán presentes en materia de fideicomiso.

Consideramos que las bases interpretativas propuestas, aún cuando no se compartan las conclusiones arribadas, cumplirán su función no sólo al momento de distinguir los sujetos y sus posiciones en la organización e instrumentación de determinado fideicomiso, sino también durante la vigencia del instituto, esclareciendo el contenido y límites de las relaciones creadas a su respecto.

El estudio del aspecto interno del fideicomiso tendrá valor también frente a la necesidad de desbrozar las apariencias en la prevención del fraude y la simulación, desestimando el ropaje jurídico de fideicomiso cuando éste venga a encubrir verdaderas distracciones de patrimonio.

No obstante, insistimos en que deben distinguirse las múltiples posibilidades que otorga la figura con los fraudes y las simulaciones que con ella se cometan eventualmente.

Si la ley no prohíbe expresamente una determinada combinación, o de sus propios preceptos no surge claramente la limitación (v.gr.: surge clara la imposibilidad de que un sujeto sea fiduciante y fiduciario a la vez), no puede establecerse por vía interpretativa y en forma apriorística su calidad de acto simulado y por ende su prohibición.

Y aún más, debemos tener presente a la hora de condenar la particular estructuración interna de un determinado fideicomiso, la plena vigencia del art. 957, precepto que se aplica a “todos los actos jurídicos”. Dice la norma: *«La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito»*.

De manera que mientras no implique un acto lesivo de derechos de terceros, no puede impugnarse una figura contractual por el sólo hecho de no encuadrar en el modelo típico o de gabinete, salvo que la ley expresamente vede tal peculiaridad.

Si no es así, sobre la misma línea de razonamiento, resultaría también condenable la superposición de roles de fiduciante y beneficiario donde el fiduciante, una vez transmitidos los bienes a otro sujeto (fiduciario), reciba (ahora como beneficiario) la totalidad de los beneficios, puesto que “en abstracto” puede parecer fraudulento que el titular de un capital siga gozando del mismo pero ahora sin la titularidad del mismo, y sin embargo nadie ha descalificado este supuesto.

Creemos que la ley 24.441 otorga un instrumento jurídico dúctil y maleable. Sobre esa directriz lo hemos interpretado en cuanto a las combinaciones subjetivas posibles a las que denominamos superposiciones de roles.

Admitimos también que por la mencionada ductilidad la figura del fideicomiso se transforma en un verdadero “**bisturí jurídico**”, que puede cumplir sanos fines sociales extirpando el estanca-

miento y la falta de financiación o, por el contrario, servir a los más espúreos intereses delictuales mediante la desmembración de la garantía común de los acreedores.

Será tarea de los jueces, de los operadores jurídicos y finalmente de la sociedad toda, encauzar su correcto crecimiento y arraigo como institución, y así como nos pronunciamos por la amplitud a la hora de interpretar sus dispositivos, también nos pronunciamos a favor del máximo rigor a la hora de juzgar y condenar a quienes transformen al fideicomiso en un salvoconducto de escape al cumplimiento de sus obligaciones. Sólo un recto sentido ético y jurídico aseguran su viabilidad.

CAPÍTULO TERCERO

RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL FIDUCIARIO

I. Separación de patrimonios

Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio que se distingue del patrimonio particular del fiduciario. Este patrimonio de afectación sólo es alcanzado por las obligaciones que directamente para su administración y explotación contraiga el fiduciario. Esta solución es la adoptada por parte de las legislaciones latinoamericanas⁴⁰.

El principio de separación de patrimonios queda acogido por el texto de la ley 24.441 en los encabezados de los arts. 14, 15 y 16.

Dice el art.: 14: «*Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...*», y la primera parte del art. 15 determina las consecuencias de la constitución de ese patrimonio separado, impidiendo expresamente la acción de los acreedores del fiduciario contra el patrimo-

⁴⁰ Así: arts. 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio de Colombia, y art. 2 de la Ley de fideicomisos de Venezuela.

nio creado mediante la fiducia. Se completa la previsión con el comienzo del art. 16, según el cual: «*Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados*». De esta manera, el patrimonio formado con los bienes dados en fiducia no se mezcla con el del fiduciario, y así uno no responde por las obligaciones del otro.

En forma innecesaria, la misma norma del art. 15 impide expresamente a los acreedores del fiduciante agredir el patrimonio fideicomitado, salvo el supuesto de fraude. No sólo era innecesario el precepto puesto que el fiduciante ha transmitido los bienes que en consecuencia han egresado de su patrimonio y quedan exentos de la acción de los acreedores como ocurre en cualquier transferencia de bienes respecto al transmitente, sino que por la redacción incompleta del dispositivo legal parecería sólo procedente la acción de fraude, cuando, en realidad, la ley civil ha previsto en forma genérica las acciones de fraude (revocatoria pauliana), de simulación, de nulidad (ejercida a través del art. 1196), etc., frente a cualquier acto de disposición, dentro de los que deben incluirse las transferencias fiduciarias. Es decir, cualquier acreedor del fiduciante podría servirse de estos remedios legales siempre que concurren los requisitos de procedencia de la acción a intentar.

Si bien el principio de separación de patrimonios impermeabiliza al patrimonio fideicomitado frente a las deudas ajenas al desarrollo del negocio fiduciario, no lo libera de responder "íntegramente" por aquéllas contraídas con motivo de su ejecución. En efecto, dice el art. 16 que las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso: «*serán satisfechas con los bienes fideicomitados*», previendo para el caso de insuficiencia un especial sistema de liquidación extrajudicial (art. 16, 2^{da} parte, ley 24.441).

Adaptando un viejo adagio del derecho privado podemos decir entonces: «*el patrimonio fideicomitado es prenda común de los acreedores del fondo fiduciario*».

Dejamos así establecido en forma integral el contenido del principio de separación de patrimonios que distingue tanto las deudas por las que no responde el patrimonio de afectación —las ajenas al fideicomiso—, como aquellas por las cuales sí lo hace —las derivadas de su ejecución—.

a) Patrimonios separados pero no desvinculados

La separación de patrimonios no implica desvinculación de los mismos.

Decimos esto atento que la impermeabilidad de los dos patrimonios (el particular del fiduciario y el patrimonio fideicomitido) no es absoluta. Existen un canal de comunicación entre ambos que se materializa en el derecho de retribución de que goza el fiduciario y sus derivaciones (por ej.: intereses, mayores costos, etc.), y en sentido contrario por incumplimiento contractual, costas de remoción (arts. 9 y 10), daños y perjuicios por culpa o dolo, etc.

Es decir que aún cuando estén separados ello no implica que no haya una vinculación jurídica entre ambos patrimonios, y si combinamos esta circunstancia con la genérica acción subrogatoria u oblicua prevista por el art. 1196 del Código Civil, también encontraremos un eventual enlace entre los acreedores de un patrimonio sobre el otro.

Damos un ejemplo de lo dicho: El hijo del fiduciario a quien éste debe cuota alimentaria (obligación típica que grava el patrimonio personal del fiduciario), pretende efectivizarla sobre el patrimonio particular de su padre, pero fracasa porque no existen bienes sobre los cuales hacer efectivo el cobro del crédito. Pero con posterioridad se descubre la existencia del fideicomiso del cual el padre es fiduciario, de manera que se intenta efectivizar el crédito impago sobre la retribución debida al fiduciario en el mencionado fideicomiso. Pensamos que resulta absolutamente procedente la pretensión del titular del derecho alimentario.

Imaginemos en el mismo ejemplo que el fiduciario es demandado por supuesto incumplimiento de sus obligaciones y se pretende la cesación del mismo al frente del patrimonio fiduciario. El fiduciario a su vez reconviene por las retribuciones debidas, por daños y perjuicios, renunciando asimismo a su calidad de fiduciario y, finalmente, gana el juicio. Como resultado de la *litis* el fiduciario obtiene a su favor la condena a una indemnización que está pendiente de cobro. No vemos ningún obstáculo para que su hijo efectivice su crédito por alimentos sobre esa indemnización aún no cobrada, agrediendo directamente el patrimonio fiduciario.

El ejemplo puede invertirse y presentar un acreedor del fondo fiduciario que persigue su crédito contra el patrimonio del fiduciario, por ejemplo, en tanto haya resultado responsable (v.gr.: por culpa o dolo) y adeude una indemnización por la pérdida total o parcial del patrimonio fideicomitido.

En suma, los patrimonios están separados pero no desvinculados, y el enlace de los acreedores de un patrimonio sobre otro existe a través de la eventual acción subrogatoria, en tanto y en cuanto se den los requisitos para que ésta proceda (doctr. art. 1196, C.C.).

II. Limitación de la responsabilidad objetiva

En un precepto que se aparta de los elementales principios de la responsabilidad civil, la segunda parte del art. 14 de la ley 24.441 dispone: «*La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1.113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado*»⁴¹.

Para el análisis de esta norma se hace necesario un desglose de sus periodos, fijando previamente el supuesto de hecho al cual se aplica, es decir qué tipo de composición debe tener el patrimonio fiduciario para que sea de aplicación el dispositivo legal.

a) Supuesto fáctico de aplicación

La norma establece que la responsabilidad objetiva es decir la “indemnización” debida por la responsabilidad objetiva del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de **la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fue causa del daño**.

La alusión al riesgo o vicio de “esa cosa” como causa del daño da la pauta de que no se trata de un fideicomiso cuyo patri-

⁴¹ Se aparta también del antecedente inmediato, esto es del Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión designada mediante decreto N° 468/92 del Poder Ejecutivo nacional.

monio de afectación está formado por una sola cosa. Se refiere, por el contrario, a una cosa riesgosa o viciosa dentro de un patrimonio fideicomitido integrado también por otros bienes y no a la única cosa que integra el patrimonio.

Si el supuesto contemplado por la norma fuera un patrimonio integrado sólo por una cosa (la que causó el daño), no habría excepción al principio general por el cual todo el patrimonio responde por las deudas contraídas en el fideicomiso. Es decir, el supuesto de hecho previsto y que da sentido de aplicación a la norma, es el de un patrimonio de afectación fiduciaria integrado por varias cosas o bienes, dentro de las cuales se encuentra aquella que por su riesgo o vicio causa un daño.

Si no fuese así, no se explica por qué, apartándose del antecedente —Proyecto de Reformas al Código Civil— se habría agregado una frase redundante que nada agregaría al principio ya sentado por los encabezados de los arts. 14, 15 y 16 de la ley 24.441.

Queda claro entonces que la norma es de aplicación cuando dentro del patrimonio fideicomitido existen, además de la cosa riesgosa o viciosa que causó el daño, otros bienes o cosas susceptibles de ejecución. En estos casos la responsabilidad se limita al valor de la cosa dañosa.

Pongamos un ejemplo: un patrimonio de afectación fiduciaria integrado por diez camiones, de los cuales uno atropella a una persona. Será el valor de ese camión (y no otro), el que fije el tope de la indemnización debida a la víctima. En una conferencia nos permitimos —con fines didácticos— esta chanza: ¡si vais a ser atropellados, tratad de que no sea por un camión sometido a fideicomiso!

Felizmente, no es la cosa en sí, sino su valor el que fija el límite al resarcimiento, de manera que si ésta se destruye o queda averiada en el siniestro, no se reduce aún más el límite indemnizatorio. Por ello, y volviendo al ejemplo, también dijimos: ¡procurad que el camión que os atropelle sea el más moderno de la flota que integra el patrimonio fiduciario!

El ejemplo puede cumplir un fin didáctico, pero habrá que determinar si además cumple con una condición especial que exige la norma para que proceda la limitación, la cual pasamos inmediatamente a descifrar.

b) Condición negativa de la limitación

Veamos ahora en qué consiste la “condición negativa” de aplicación de la norma que estudiamos, según la cual la responsabilidad se limitará si el fiduciario: “*no pudo razonablemente haberse asegurado*”. Es decir que para gozar de esta limitación es necesario que el fiduciario no haya podido razonablemente asegurarse.

Lo de “asegurarse” entendemos que alude a la contratación de un seguro, es decir al contrato por el cual un sujeto de derecho (asegurador) se obliga a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto (art. 1, ley 17.418). No alude, en consecuencia, a los cuidados y prevenciones fácticos que impone tener a cargo una cosa riesgosa (v.gr.: poner freno de mano a un vehículo estacionado, usar implementos de seguridad, establecer zonas de seguridad en predios fabriles, etc.).

Ahora nos preguntamos: ¿cuándo es razonablemente asegurable el eventual siniestro por riesgo o vicio de una cosa? Este criterio de razonabilidad es fundamental a la hora de determinar si la víctima del daño tendrá como respaldo de su indemnización todo el patrimonio fideicomitido y hasta cubrir la totalidad de su crédito por daños o si, contrariamente, tendrá derecho a resarcirse sólo hasta el valor de la cosa que le causó el perjuicio.

La condición legal que analizamos involucra tres posibilidades respecto de los riesgos asegurables y de lo razonable: 1) el riesgo no es asegurable; 2) el riesgo es asegurable pero no es razonable hacerlo; y 3) el riesgo es asegurable y es razonable hacerlo. En los casos 2) y 3) el riesgo es asegurable, estribando la diferencia en relación a si es o no razonable asegurarse.

1. Si el riesgo no es asegurable

Si el riesgo no resulta asegurable porque no es apto para que las compañías de seguro lo cubran (por ej.: no cumple con los requisitos de dispersión, incertidumbre, frecuencia, intensidad, homogeneidad, etc.) no debemos entrar a tallar sobre la razonabilidad de asegurarlo. **No es razonable porque es imposible asegurar el riesgo** (no sería razonable siquiera intentar asegurarlo). Por ello, si el riesgo no es asegurable, el propietario fiduciario —o sea el pa-

rimonio de afectación que éste administra— queda protegido por la limitación de la responsabilidad que dispone el art. 14 de la ley que comentamos. En este caso el fiduciario “no pudo razonablemente haberse asegurado” porque el riesgo no es susceptible de ser asegurado.

La imposibilidad es razón suficiente para el no aseguro.

2. Si el riesgo es asegurable: ¿Cuándo será razonable hacerlo?

Cuando el riesgo es asegurable porque las compañías dan cobertura al riesgo del siniestro se hace necesario determinar si es razonable hacerlo. El criterio diferenciante aquí es la “razonabilidad” del aseguro.

Puede pensarse, por ejemplo, que será razonable asegurar el riesgo: por la mayor magnitud del daño que el siniestro puede producir (v.gr.: manipulación de plutonio) o la mayor probabilidad del vicio en la cosa (hay cosas más expuestas a vicios que otras), o por la mayor exposición a dañar a terceros (por ej.: una máquina agrícola en medio del campo es menos peligrosa que una plegadora de chapa en medio de un taller, o una retroexcavadora realizando trabajos en una zona peatonal). Pero no creemos que haya sido ésta la intención del legislador al sancionar la norma.

Por el contrario, es en la naturaleza misma de esta limitación de responsabilidad que consagra la norma, donde debemos buscar la pauta de su interpretación.

La naturaleza y finalidad de la limitación es tuitiva del fideicomiso, es decir, entre los distintos intereses en pugna, se protege al patrimonio de afectación fiduciaria frente al interés de la víctima de obtener una reparación integral del daño sufrido. La norma fija un tope a la indemnización en función del “valor de la cosa”, vinculando o referenciando con ello un valor económico que se aleja del daño en sí (v.gr.: del efectivo daño producido por la pérdida de la vida de la víctima, o de una de sus piernas, etc.), para relacionarse con la explotación del negocio fiduciario. Como se ve, el **tope indemnizatorio se independiza del daño a reparar.**

Se protege al patrimonio fideicomitado frente a indemnizaciones que pongan en peligro su viabilidad como negocio o sim-

plemente su existencia, y es a partir de allí de donde debemos extraer el criterio que distingue lo "razonablemente asegurable" de lo "no razonablemente asegurable", puesto que si la limitación del art 14 protege la viabilidad del fideicomiso, será razonable asegurar determinado riesgo si, precisamente, ello no compromete esa viabilidad.

Entonces, fluye claramente el criterio rector que ha tenido el legislador de la nueva ley al producir esta limitación en la responsabilidad: será razonable asegurar si no perjudica la viabilidad o rentabilidad de la administración o explotación del fideicomiso, y, contrariamente, no lo será cuando ésta merme. Pongamos un ejemplo: Si la prima del seguro (o la sumatoria de primas por los distintos seguros contratados) es elevada y reduce los "beneficios" o, en extremo, los anula, no es razonable asegurar dicho riesgo (o todos los riesgos), y, si el siniestro se produce se responderá sólo con el valor la cosa dañosa, de manera que los beneficios y en general la explotación o administración del fondo operativo continúen su curso económico. En suma, el criterio del legislador reza: no es "razonable" una empresa que genere pérdidas, por lo que resulta "razonable" no aumentar los gastos en primas costosas, aunque para ello se sacrifique una justa indemnización.

También podría buscarse el criterio de razonabilidad en el cálculo de probabilidades sobre la eventual producción de los distintos siniestros, clasificándolos según su frecuencia y asegurando únicamente aquellos que presenten un alto grado de frecuencia. Este criterio, que parece más apropiado para determinar cuándo un riesgo es razonablemente asegurable (por su mayor frecuencia), es un espejismo. Es un espejismo porque además de ser tan arbitrario como el expuesto anteriormente, debe advertirse que si un determinado riesgo es normalmente cubierto por las compañías aseguradoras, ello es así en razón de que tal riesgo ya tiene un grado considerable de frecuencia o probabilidad (condición estadística del seguro) que lo hace asegurable. De esta manera, analizar dentro de los riesgos asegurables cuáles son más probables y contratar seguros sólo por aquellos de máxima probabilidad, nos pone de nuevo frente a un cálculo económico de máxima rentabilidad de la empresa.

Normalmente el peligro económico-empresario de no asegurar determinado riesgo en busca de mayores beneficios de rentabilidad por ahorro de primas, es corrido por el empresario (si el siniestro no se produce ahorra en primas, si se produce pierde en beneficios). En este caso (el del art. 14 de la ley 24.441) dicho riesgo es trasladado a la víctima.

La víctima corre así dos riesgos, el dañoso (producido por la cosa viciosa o riesgosa), y el derivado de la eventualidad de que el empresario decida o no asegurarse.

La "razonabilidad" llevada a los Tribunales dará muchas sorpresas, y su discusión dilatará injustamente más de un proceso de resarcimiento de daños. Aunque nuestro esquema de aquello que resulta "razonable" parezca un poco exagerado (lo admitimos), parece consultar sinceramente la *ratio legis*.

Súmese a lo dicho que el régimen de responsabilidad objetiva que consagra el art. 1113 del C.C. no sólo se aplica a las cosas, sino también a las actividades riesgosas, con lo que se diluye aún más el tope indemnizatorio al preguntarnos necesariamente: ¿Cómo se valorará económicamente una actividad riesgosa?

c) La norma es inconstitucional

Como se advierte, el criterio adoptado por el art. 14, 2^{da} parte, de la ley 24.441 innova en los fundamentos de la teoría de la responsabilidad civil.

Si la **responsabilidad subjetiva** descansa sobre la reprochabilidad de la conducta desplegada por el agente del hecho (su culpabilidad), y a su turno la **responsabilidad objetiva** se edifica sobre el efectivo daño sufrido por la víctima que resulta *per se* injusto e indemnizable, la **nueva responsabilidad** reposa sobre la "**viabilidad económica del patrimonio fideicomitido**".

Es decir, el fundamento del máximum indemnizatorio del art. 14, excepción al principio de integridad del resarcimiento (doctr. arts. 1077 y 1078, C.C.), está en un elemento extraño a la teoría del delito ya que no se estructura sobre la **culpabilidad** —fundada en la previsibilidad de las consecuencias (arts. 901 a 906, C.C.)—, ni el **daño** —basado en el riesgo o vicio intrínseco de la cosa (art. 1113 C.C., 2° párrafo, 2° supuesto)—. Se estructura, por el contra-

rio, en relación al mayor o menor rinde empresario del responsable, criterio económico y no de justicia.

Piénsese que cuando más lo necesita la víctima en razón de no existir compañía aseguradora que responda, sea porque el riesgo no es asegurable o porque aún siéndolo se juzga que no es "razonable" hacerlo, criterio en suma arbitrario, es en ese preciso momento donde la ley 24.441 lo desprotege limitando la indemnización debida al valor de la "cosa riesgosa", cualquiera sea ésta.

Esto nos lleva a afirmar la **inconstitucionalidad del art. 14, 2ª parte, de la ley 24.441**, en tanto viola la garantía de la igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional. Por derivación se hiere también el derecho de propiedad al generar un injusto enriquecimiento del patrimonio fideicomitado a costa del damnificado. El mismo hecho dañoso, genera muy disímiles soluciones según el dominio sea pleno o fiduciario, favoreciendo a éste último que no debe responder sino hasta el valor de la cosa dañosa.

La ley 24.441 protege más el patrimonio fiduciario que el de los incapaces. Aún los absolutamente incapaces como las personas por nacer o los impúberes, frente al mismo "*eventus damni*" son pasibles de la responsabilidad que consagra el art. 1113 del Código Civil, respondiendo con todo su patrimonio por la totalidad del daño. Por ello no dudamos de la inconstitucionalidad del precepto que recepta el art. 14, segunda parte, de la ley 24.441 que designa a quienes se encuentran en las mismas condiciones. Es más, si hay que proteger a alguien, es a los incapaces.

En general se cita como antecedente de la norma al Proyecto de Unificación sancionado según ley 24.032, la cual resultó vetada por decreto N° 2719/91 del Poder Ejecutivo nacional⁴², y no hay mayores cuestionamientos acerca de su juridicidad y menos respecto su legitimidad, llegando a decirse que si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado «*aquí si es razonable que sólo responda con el valor de la cosa*»⁴³.

⁴² HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA: *Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441*, pág. 50. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: *Fideicomiso...*, pág. 86 (nota 24).

⁴³ ORELLE, ARMELLA, CAUSE: *Financiamiento de la vivienda...*, pág. 158. El autor expresa en pág. 157 (nota 80) que la norma fue incluida a pedido de Carregal.

La limitación al sistema general de responsabilidad objetiva que intentó la ley 24.032, aún cuando fue pasible de fuertes críticas⁴⁴, no llega al grado de desacierto alcanzado por la norma del art. 14 de la ley 24.441. Porque aún con el sistema —por cierto criticable— del art. 1113 de la vetada ley 24.032, se establecía, al menos, un tope máximo de indemnización producto de alguna estimación o evaluación del legislador en torno de los posibles daños, llevando el máximum a un valor más o menos vinculado a tales daños. Nótese, por ejemplo, que la norma fijaba el tope de dos mil argentinos oro “por cada damnificado directo”, de forma tal que el número de damnificados no obrara en contra de las víctimas.

También ha tenido lugar esta valuación o tarifación anticipada y abstracta de los daños o de su tope, en otras materias⁴⁵.

Pero en la nefasta norma del art. 14 de la ley 24.441, el legislador ni siquiera se ha tomado el trabajo de analizar los innumerables e invaluables daños posibles, así como tampoco ha tenido en cuenta el número de damnificados, de manera tal que el límite del precepto resultase —por lo menos— un “**tope razonable**” a las indemnizaciones debidas por daños eventualmente ocurridos en el marco del art. 1113 del Código Civil. Pero nada de ello ha ocurrido; simple y absurdamente el legislador de la ley 24.441, deja librado ese tope indemnizatorio al valor de la cosa que cause el daño, cualquiera sea su valor.

Y ya en el terreno de las hipótesis, terreno que más de una vez es superado por la realidad, pusimos como ejemplo en una

⁴⁴ Así la crítica de PIZARRO, Ramón Daniel: “Atribución objetiva del deber de resarcir e indemnización limitada: un paso atrás en materia de responsabilidad civil” (A propósito del art. 1113 del Proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial), *Rev. Foro de Córdoba*, 1988, Dic., N° 8.

⁴⁵ Por ejemplo en el derecho laboral, la ley 24.577 tiene un sistema tarifado de indemnización que llega en caso de muerte a un tope de cincuenta y cinco mil pesos, elevándose a ciento diez mil pesos luego de tres años (arts. 14 y 15). No pretendemos expedirnos aquí sobre la procedencia o juridicidad de las limitaciones a la responsabilidad por vía de tarifación, sino marcar la grosera diferencia que aún respecto de esos sistemas marca la ley 24.441 en tanto no tiene en cuenta los daños posibles como es, por ejemplo, la muerte. Esos sistemas evalúan en alguna medida el valor de la vida y lo fijan genéricamente en una suma; por el contrario la ley 24.441 ni siquiera ha cumplido esa tarea.

oportunidad, el de una “hermosa maceta integrante de un patrimonio fiduciario”, que aún cuando no sea riesgosa (porque no es en sí y naturalmente cosa riesgosa) puede sí ser viciosa. En el caso, la maceta contenía un vicio en su estructura —vicio de fabricación, o por un golpe recibido— y luego de puesta en un balcón, se producía el desprendimiento de un pedazo de su corteza que iba a dar justo en la cabeza de un transeúnte.

A partir del ejemplo, nos preguntábamos si era justo que el valor de la maceta fijara el tope indemnizatorio de la indemnización de la víctima. Y surgieron risas a la hora de discutir si el valor de la maceta se integraba o no con la plantita que en ella se había colocado, así como de las pericias necesarias para establecer el justo valor de la maceta y su planta.

El ejemplo no parece imposible a la luz de la norma comentada, y visto desde otro ángulo: es inconcebible que, por hipótesis ejemplificativa, la pérdida de una pierna, en iguales circunstancias y frente al mismo fiduciario, tenga distintos límites según el valor de “la cosa” que en cada uno de los casos produzca el daño.

Finalmente, ni siquiera se ha protegido a todos los patrimonios fideicomitidos con este sistema porque si la cosa que causa el daño es “muy valiosa”, nada impedirá que la víctima obtenga un pleno resarcimiento.

Si no se declara la inconstitucionalidad de la norma, hecho que propiciamos, al menos es de esperar que nuestros jueces apliquen la limitación de responsabilidad con sentido muy restringido y prudente.

d) Indemnizaciones abultadas o injustas

Si el fin perseguido con la norma es limitar ciertas indemnizaciones abultadas o injustas, ello debe hacerse de modo general, sancionando una regulación que establezca claramente la vinculación jurídica que debe existir entre el daño y el responsable.

Por nuestra parte, pensamos que no es cercenando el principio de integralidad del resarcimiento, sino en el “nexo de causalidad” que existe entre el riesgo o vicio de la cosa, por un lado, y, el daño por el otro, donde debemos encontrar el freno a tantas aventuras judiciales en busca de un ilícito enriquecimiento.

Según nuestra óptica, la indemnización de un daño injusto no es en sí materia discutible. Sí lo es, en muchos casos, la imputación a determinado sujeto del deber resarcitorio (v.gr.: el Estado, etc.). Debe existir un motivo de entidad suficiente que justifique tal imputación.

Admitimos incluso como válida la morigeración equitativa del *quantum* resarcitorio frente a circunstancias que generarían otros tantos daños; así, lo previsto por el art. 1069 del Código Civil, segundo párrafo, agregado por la ley 17.771. Pero ¡cuidado!, allí es la equidad la que funda la atenuación del monto mandado a pagar. Y la equidad requiere una minuciosa y sana evaluación de los elementos fácticos del supuesto a juzgar, y que sólo ello justifica el apartamiento de la norma genérica en búsqueda de lograr la justicia para ese caso específico, no pudiendo fijarse de modo general, *a priori* y con aplicación automática, en favor de un grupo determinado de sujetos, como lamentablemente ha procedido la ley 24.441.

En suma, ni siquiera por un principio de equidad se justifica la limitación de responsabilidad del art. 14 de la ley 24.441.

Invirtiendo el argumento, y considerando válido el tope indemnizatorio establecido por el legislador de la ley 24.441, nos preguntamos: ¿porqué no proteger a un propietario común si “razonablemente no pudo asegurarse”? ¿Admitiría el *legisferante* que dio a luz la ley 24.441 un criterio de interpretación extensivo por **aplicación analógica** del art. 14 de esa ley? Si la limitación de la nueva ley es justa, es justa para todos los casos, sea o no propietario fiduciario.

e) Sobre el fomento a la contratación de seguros

Todavía, hubiera sido preferible y sin duda más “razonable” proteger al fiduciario frente a riesgos que efectivamente ha asegurado, porque en ese caso la víctima tiene, al menos, la compañía aseguradora para efectivizar su indemnización. Además, con esta modalidad se fomentaría verdaderamente la contratación de seguros, y con ello se obtendría una mejor distribución económico-social de los riesgos, porque recién al contratarse el seguro el patrimonio fiduciario se liberaría hasta el valor de la cosa (o si se quiere, completamente) frente al siniestro.

Por el contrario, con la norma del art. 14, se fomenta el “no aseguro” tanto para las compañías aseguradoras (que así aseguran sólo algunos riesgos) como para los empresarios titulares de fideicomisos puesto que les conviene que el riesgo no sea asegurable o al menos no razonablemente asegurable porque así están más a resguardo (respondiendo sólo hasta el valor de la cosa dañosa) que si es asegurable y para postre resulta razonable.

f) Una circunstancia diferente

Es bueno aclarar que aún cuando el art. 33 (2^{do} párrafo) de la ley 24.441 parece dar igual solución en el caso del *leasing*, ello no es así toda vez que allí el dador (propietario de la cosa), aún cuando conserva la propiedad de la cosa se desprende de su guarda y custodia la que pasa al tomador (quien recibe la cosa con opción de comprarla), lo que impide al dador controlar la adopción de resguardos propios de acuerdo a la naturaleza de la cosa y al uso que de ella haga el tomador, quien sí responde con todo su patrimonio como guardián, equilibrándose así en forma más adecuada, sin privilegios ni prerrogativas (prohibidas por el art. 16, C.N.), los intereses de los tres polos jurídicos (dador, tomador y víctima).

Nótese que en el caso del art. 33, la víctima cuenta con todo el patrimonio del tomador en su calidad de guardián de la cosa que causa el daño. Por el contrario, en el caso del art. 14, el fiduciario se ve favorecido como “propietario y como guardián” de la cosa debido a que el art. 14 cubre genéricamente la responsabilidad ex art. 1113.

En cuanto al criterio de razonabilidad, el art. 33 de la ley 24.441 resulta pasible de las mismas críticas realizadas en relación al art. 14 de la misma ley.

EL FIDEICOMISO

Regulación en el Derecho Argentino

por GUILLERMO PEDRO BERNARDO TINTI

SUMARIO: Presentación.— La ley 24.441 y las modificaciones al Derecho Privado argentino.— 1. Noción del fideicomiso y negocio fiduciario.— 2. Concepto y notas características.— 3. La definición legal.— 4. Constitución por contrato o por acto de última voluntad.— 5. Elementos esenciales y requisitos.— 6. Caracteres del contrato.— 7. El fiduciario. Obligaciones.— 8. El fiduciario. Derechos y facultades.— 9. Cese del fiduciario.— 10. Reemplazo del fiduciario.— 11. Los bienes fideicomitados.— 12. Los efectos respecto de terceros.— 13. La situación de los bienes fideicomitados y la separación de patrimonios.— 14. Límites a la responsabilidad objetiva.— 15. Liquidación del fideicomiso.— Bibliografía.

Presentación

La finalidad de este trabajo es considerar el moderno ordenamiento que regula el fideicomiso, la ley 24.441, priorizando el estudio de su constitución por vía del contrato.

No significa esto en modo alguno, que se reste importancia a otras implicancias que derivan de la norma mencionada y que sin duda revisten gran interés —como lo referente al dominio, o el régimen registral— sino que pretendemos acentuar el estudio sobre el acto jurídico bilateral que surge de la nueva regulación por la novedad que la misma presenta, y también, justo es reconocerlo, por seguir cierta vocación personal que nos empuja hacia esa temática.

Para ello recurrimos al propio texto legal, y tratamos de analizar con sencillez sus enunciados, orientándonos, como arriba hemos reconocido, como quien estudia una figura contractual, teniendo en cuenta las partes involucradas, y los derechos y obligaciones que nacen del negocio jurídico.

La ley resultará, en muchos casos, insuficiente para contemplar toda la problemática a plantearse con motivo del fideicomiso que ella ha creado. Prestigiosos juristas han denunciado ya omisiones, o fallas de técnica legislativa en el texto sancionado. Pero nuestro objetivo será de momento, tratar de comprender y de explicar este cuerpo de derecho positivo; en el convencimiento que como toda obra humana resulta perfectible; y que ahora el perfeccionamiento del "Derecho del Fideicomiso" se traslada a los doctrinarios y a los tribunales, a quienes les toque analizar y aplicar la obra dada por el legislador.

La ley 24.441 y las modificaciones al Derecho Privado argentino

Si bien el fideicomiso es una institución que no ha resultado extraña en la vida jurídica nacional, es con la reciente entrada en vigencia de la ley 24.441 (publicada el 16 de enero de 1995) cuando se recepta esta modalidad contractual en el ordenamiento legislativo argentino, pues la mencionada norma lo regula de manera expresa —arts. 1 a 26— dotándolo de un régimen propio.

La redacción original del Código Civil Argentino trata en el artículo 2662 el dominio fiduciario —como una especie del dominio imperfecto— explicando que es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo, y para el efecto de restituir la cosa a un tercero. Es decir que el codificador se ocupó de la cuestión al momento de tratar los derechos reales (Libro Tercero), pero omitió considerar su constitución por contrato.

El proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la comisión creada por el Poder Ejecutivo (decreto 468, año 1992), previó la incorporación del fideicomiso en el título de los contratos, regulándolo en los artículos 1296 a 1314 de una manera idéntica a como lo hace la presente ley 24.441; en sus dieciocho primeros artículos. Dicho proyecto debe reconocerse como fuente del actual ordenamiento.

Es probable que ante la demora en la discusión de los proyectos de reforma al Código, el legislador haya optado por recurrir a una ley de contenido múltiple, que regula distintos instrumentos de inversión; y procura ciertamente dar repuesta a la larga espera de implementación de un régimen amplio del fideicomiso, y también del *leasing*, como contratos típicos y nominados en el derecho argentino¹.

Corresponde también hacer presente previo ingresar a su análisis, que la ley 24.441 posee como objetivo general el que enuncia su titulación, es decir, el financiamiento y construcción de viviendas; habiéndose puesto de resalto que «la 24.441 es, típicamente, una ley macroeconómica. Su metodología no oculta que se trata de alimentar la financiación —el crédito destinado a esos fines— de la construcción de viviendas y asegurar a ese crédito garantías suficientemente eficaces y efectivas»². Pero independientemente de ese objetivo la norma ha incorporado en nuestro régimen la regulación de un importante contrato, que debemos estudiar más allá de que aquellas aspiraciones del legislador se vean concretadas.

1. Noción del fideicomiso. Fideicomiso y negocio fiduciario

Trazando gruesas líneas podríamos decir que, en una primera aproximación, por fideicomiso entendemos un negocio en el que hay una transferencia de propiedad (*provisoria, relativa, condicionada*) a una persona de confianza que la ejercerá durante un tiempo, pero con la reconocida intención de luego transferir esa propiedad a otra persona que ya estaba predeterminada desde el inicio de la relación.

¹ Cfr. GUASTAVINO, Elías P.; "Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias y Otros Aspectos de la Ley 24.441"; *J.A.*, 1995-B, pág. 1061.

² MORELLO, Augusto Mario; "Aspectos Procesales de la Ley 24.441 de Financiamiento y Construcción de Vivienda", *J.A.*, 1995-II, 765. Agrega además, como intencionalidad de la norma: «...busca tutelar al acreedor en su manifestación de los grandes grupos financieros que a través del crédito hipotecario son los que deben costear la construcción de viviendas y la provisión de créditos hipotecarios para esa finalidad» (pág. 767).

La misma etimología de la palabra lo va indicando; ya que la raíz *fides* significa fe, confianza; y el compuesto *commito*, encargado, mandatario, lo que en resumidas cuentas muestra una persona en la que se deposita confianza, un delegado. Así en el sistema jurídico anglosajón se emplea para designar el instituto la denominación "*trust*", que precisamente quiere decir fe³. Más aún, se llega a afirmar que «el fideicomiso que hoy se incorpora a nuestra legislación es una figura inspirada en el *trust* anglosajón»⁴, más que en la figuras del fideicomiso del derecho romano; pero no hay dudas que de ambas toma e incorpora el elemento confianza-fidelidad como integrante indispensable de la relación.

Es decir, es una figura jurídica donde intervienen la transferencia de propiedad y la confianza, como los trazos más gruesos que vamos detectando en el entramado. Si quisiéramos hacer una rápida composición mental; por fideicomiso debemos pensar: *Lo que le doy a uno para que le entregue a otro*.

Así, en la concepción clásica de la institución se entendía el fideicomiso como una disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador dejan sus bienes o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo en que se le haya previamente indicado.

También suele rápidamente asociarse el fideicomiso con esa categoría denominada "negocios fiduciarios". Un "negocio fiduciario" sería en términos generales el que se ubica en aquella hipótesis en la cual existe una finalidad seriamente querida por las partes, pero para la cual se emplea un medio jurídico excesivo en el sentido de que produce mayores efectos de aquellos que serían necesarios para obtener tal finalidad. Desde ya que el fideicomiso no es un negocio fiduciario puro, con el contenido y el alcance propios de esta figura⁵.

³ Cfr. GUELPERÍN, Ernesto; en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XII, Bibliográfica Argentina, 1966, pág. 192.

⁴ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Contrato de Fideicomiso", *Revista del Notariado 1995* - Número Extraordinario, Buenos Aires, mayo de 1995, pág. 61.

⁵ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; *Contratos Bancarios*; Bogotá, Felaban, 1979, pág. 598.

Hay precedentes jurisprudenciales que se ocuparon de definir el negocio fiduciario, en la forma que hoy describiríamos al fideicomiso previsto por la ley: «En sustancia, el negocio fiduciario (...) es el que produce el traspaso efectivo (no hay mera apariencia como en la simulación propiamente) de un derecho que debe ser determinado del fiduciante al fiduciario, quien a su vez se obliga a transmitirlo a un tercero o a restituirlo al fideicomitente (el pacto de fiducia limita la facultad de disposición del fiduciario pese a la transmisión real del derecho a su favor), por lo que el negocio descansa en la confianza que el transmitente reposa en el adquirente...»⁶.

De cualquier manera, pensamos que para comprender acabadamente la naturaleza del fideicomiso receptado en la ley 24.441, no resulta ocioso tener presente la consideración de lo que constituye un negocio fiduciario, tomando sin embargo como nota distintiva que éste constituye una categoría autónoma en la cual la "fiducia" es un elemento substancial, y que puede perseguir una finalidad ajustada al orden jurídico, o violatoria de dicho orden»⁷.

2. Concepto y notas características

Tratando ahora de precisar más las definiciones, por fideicomiso, en general, puede entenderse un negocio jurídico por el cual una parte recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé un destino previamente convenido⁸.

⁶ CNCiv., Sala D, 21.9.83. E.D., 108, pág. 124.

⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge; *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*; Bs. As., Ediar, 1975, t. II, pág. 211.

⁸ Véase: CARREGAL, Mario A.; *El Fideicomiso*, Bs. As., Edit. Universidad, 1982, p. 47. En sentido similar FARINA define: «El contrato de fideicomiso (o simplemente fideicomiso) es aquel por el cual una parte (fiduciario) recibe de la otra (fideicomitente) un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad este último se obliga a transferirle a título de confianza, para que el fiduciario, sujeto a un plazo o condición, le dé el destino convenido». *Contratos Comerciales Modernos*; Bs. As., Astrea, 1993, pág. 361.

Se caracteriza el negocio en primer término por originar desplazamiento de propiedad de bienes combinado, es decir que hay primero enajenación de bienes de una parte hacia otra, y luego un nuevo movimiento por el cual se vuelven a enajenar los bienes en favor del sujeto designado desde un principio como destinatario.

Se habla de la transferencia de la *propiedad "fiduciaria"* lo que sugiere la idea de una limitación en la propiedad, que concretamente es estar sujeta a la carga de que pasará a otra persona no bien se cumpla un plazo o se verifique una condición. Es decir que todo fideicomiso se halla limitado en el tiempo, y finalizará normalmente al advenimiento de una de esas circunstancias previstas.

La "*fiducia*", el "*pactum fiduciae*", también es nota característica del instituto, y revela que se trata de un negocio basado en confianza, en fe, de una parte respecto de la otra, lo que cobra importancia para considerar que se trata de un negocio *intuitu personae*.

También en este punto resulta conveniente destacar que en el fideicomiso la propiedad se ejerce en beneficio de un tercero, aunque los bienes que lo constituyen no pasan a formar parte de su patrimonio.

Sintetizando, el objeto del contrato es la transferencia de la propiedad de bienes de una persona a otra, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla la finalidad establecida por el instituyente, en beneficio de un tercero⁹.

3. La definición legal

La ley 24.441 establece en su primer artículo la definición legal del fideicomiso, expresando que habrá fideicomiso cuando una persona —llamada fiduciante— le transmita la propiedad fiduciaria de unos bienes determinados a otra persona —designada como fiduciario— que se obliga a ejercerla en beneficio de quien se desig-

⁹ Véase en tal sentido: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; *Contratos Bancarios*; Bogotá, Felaban, 1979, pág. 617.

ne en el contrato —denominado el beneficiario— y a transmitir los bienes al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario, o al fideicomisario.

La ley describe la situación, el instituto mismo del fideicomiso, pero sin referirse todavía a sus fuentes. Como más adelante se verá, el fideicomiso puede tener origen en un contrato, o constituirse por testamento; es decir, y he aquí una peculiaridad, puede nacer de un acto jurídico bilateral (contrato) o de uno unilateral (testamento).

Como en este trabajo nos proponemos analizar esta moderna legislación referida al fideicomiso principalmente en cuanto a su constitución *mediante contrato*, digamos que será de su esencia que dos partes se pongan de acuerdo para definir una situación jurídica por la que se transfiera la propiedad a título fiduciario de un bien o de un conjunto de bienes, sujeta a los límites dados en la presente ley, y dentro de los plazos que ella admite, y que esa propiedad se ejerza en interés de un tercero. Por último, la propiedad deberá ser transferida al advenimiento de un plazo o condición, que operará la extinción del negocio.

Los protagonistas de la operación, indispensables, son:

A) el llamado *fiduciante*, que es titular del dominio de una cosa, y que se la transfiere a otro;

B) el que llamamos *fiduciario*, que adquirirá la propiedad de la cosa al solo efecto de ejercerla en beneficio de otro sujeto designado ¹⁰;

C) el que se denomina *beneficiario* y es quien aprovechará o disfrutará por el ejercicio que en su beneficio se haga de la propiedad transmitida; y,

¹⁰ La situación especial en que se encuentra el fiduciario como titular de bienes es certeramente diagnosticada por MOISSET DE ESPANÉS, quien a partir de ella advierte: «Lo que la ley denomina “fideicomiso”, en un ejemplo aún más claro de “difusión” de una figura jurídica propia del common law, hacia los países de sistema romanista, como el nuestro. Se trata en realidad del “trust” anglosajón, donde el fiduciario sólo tiene el manejo de los bienes para administrarlos —incluso con algún poder de disposición— pero al solo efecto de cumplir más adecuadamente con los fines del fideicomiso; en consecuencia no es un verdadero propietario de esos bienes. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS; *Ley N° 24.441, Financiamiento de la Vivienda y la Construcción*; Córdoba, Alveroni, 1995, Prólogo, pág. 11.

D) el *fideicomisario*, quien una vez cumplido el plazo o verificada la condición recibirá la propiedad definitiva de los bienes. Este papel puede ser ocupado por el fiduciante, por el beneficiario, o por un tercero.

4. Constitución por contrato o por acto de última voluntad

El fideicomiso como acto jurídico puede constituirse mediante un contrato, lo cual parece la modalidad más natural para su nacimiento¹¹. Para ello se exigirán que concurren los elementos constitutivos de todo contrato¹² —consentimiento, objeto y causa— y los requisitos de validez referidos al contrato específico: capacidad de las partes, forma¹³.

La ley 24.441 ha creado en el fideicomiso un nuevo contrato nominado, o mejor será decir, típico (entendiendo la tipicidad como la «acogida y regulación de una serie de supuestos de hecho concretos, por un ordenamiento jurídico determinado»¹⁴), pues encuentra en la norma además de su denominación, una regulación específica, diferente de las otras modalidades contractuales previstas¹⁵.

¹¹ Así el artículo 2º de la ley comienza expresando «El contrato deberá individualizar al beneficiario...»; lo que indica que este acto jurídico es el que el legislador ha presumido será el modo más habitual para instituir fideicomiso.

¹² Cfr. BOFFI BOGGERO, Luis M.; *Tratado de las Obligaciones*, Bs. As., Omeba, 1958, t. I, pág. 118 y ss. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 55.

¹³ Adviértase que la transmisión de la propiedad fiduciaria, puede hacerse gratuitamente —por donación por ejemplo— o no; y dependerá de qué acto jurídico se trate para establecer a qué formas estará sujeto.

¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1971, pág. 202.

¹⁵ Así opina Fernando López de Zavalía: «Nos inclinamos a pensar que estamos ante un nuevo contrato típico. ...la asignación de un título especial implica la intención de separarlo de los contratos clásicos, cada uno de los cuales tiene su título especial. Estamos ante un nuevo contrato típico que no es subsumible en ninguno de los otros contratos típicos existentes y que recibe una regulación específica por obra de la ley 24.441». *Teoría de los Contratos*, Bs. As., Zavalía, 1995, tomo 5, Parte Especial (4), pág. 777.

Y no solamente por acto jurídico bilateral puede originarse el fideicomiso. La legislación vigente autoriza también que sea constituido por testamento (artículo 3º) en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil. De acuerdo con ello entonces, podrá constituirse bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legado (artículo 3606 C. Civil); y mediante testamento ológrafo, testamento por acto público, o testamento cerrado¹⁶.

5. Elementos esenciales y requisitos

Como elemento esencial, y además peculiarísimo, razonamos nosotros que para la existencia del fideicomiso, tendrá que haber una doble, disociada y sucesiva transferencia de la propiedad de un bien o un conjunto de bienes. En efecto, en un primer momento la transferencia de la propiedad fiduciaria de la persona del fiduciante a la persona del fiduciario. Y en un segundo momento, final del fideicomiso, la transferencia de bienes de parte del fiduciario, al fideicomisario, o al fiduciante, o al beneficiario.

Un segundo elemento esencial será el plazo o condición a que se supedita esa segunda transferencia.

Y también resulta esencial a nuestro juicio, que la primera transferencia de propiedad sea a título fiduciario, entendiéndose con ello que no se incorpora al patrimonio del sujeto designado como fiduciario, sino como patrimonio separado y afectado a una finalidad prevista.

Los requisitos del acto jurídico están contenidos en la propia ley 24.441 (artículos 3 y 4); y pueden enunciarse de la siguiente manera:

1º) La individualización del beneficiario: impuesta por el artículo 2º de la ley, y que podrá ser una persona de existencia vi-

¹⁶ Téngase en cuenta que «el fideicomiso testamentario, empero, no altera la prohibición de las sustituciones fideicomisarias en las que el traspaso de bienes está supeditado a la muerte del heredero (art. 3723 y sgtes. C. Civil y sus notas); ni modifica la intangibilidad de la porción legítima de los herederos forzosos (art. 3591 y sgtes.)». GUASTAVINO, Elías P.; "Fideicomiso, Leasings, Letras Hipotecarias y otros aspectos de la Ley 24.441". *J.A.*, 1995-B, pág. 1064.

sible, o de existencia ideal (art. 32 del Código Civil), y que será el sujeto que aprovechará el ejercicio de la propiedad que haga el fiduciario. La ley prevé que puede haber pluralidad de beneficiarios; o sustitutos en caso que alguno no aceptase. Por defecto, a falta de aceptación de beneficiario, o en el supuesto que no llegue a existir¹⁷, los beneficios alcanzarán primero al fideicomisario, y por defecto de éste, al fiduciante. Resaltemos que en cuanto el fideicomiso se instituya mediante contrato, será requisito no sólo la individualización, sino también la aceptación por parte de éste pues «Para que pueda recibir el beneficio es menester que lo acepte. Aunque haya habido una estipulación en favor de un tercero, si éste no la acepta, no será el destinatario de los beneficios»¹⁸.

2º) La individualización de los bienes: Pueden ser de cualquier tipo, abarcando inclusive objetos incorpóreos que sean susceptibles de tener valor (artículo 2312 del C. Civil). Sin embargo, de no ser posible la individualización a la fecha de constitución del fideicomiso, bastará la descripción de los requisitos y características que habrán de reunir los bienes (artículo 4, inciso "b").

3º) El modo de incorporar nuevos bienes: El contrato determinará la manera en que otros bienes pasen a integrar el patrimonio fideicomitido; por ejemplo a través de agregados que transmita el fiduciante, a los fines del artículo 16, 3º párrafo, de la ley 24.441.

4º) El plazo o condición: Corresponde que el contrato disponga cual habrá de ser el plazo durante el cual se mantendrá el fideicomiso, que no podrá exceder de 30 años; o la condición a que está sometida la transmisión de propiedad fiduciaria¹⁹.

¹⁷ De allí también colegimos la posibilidad que el beneficiario (y aún el fideicomisario) puedan ser una persona por nacer; ya que su existencia como personas físicas, comienza desde su concepción en el seno materno (artículo 70 C. Civil).

¹⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Contrato de Fideicomiso"; *Revista del Notariado*, 1995 (Número Extraordinario), Bs. As., mayo de 1995, pág. 67.

¹⁹ El plazo fijado en treinta años, se ha dicho que «Es una cuestión de política legislativa, de criterios o puntos de vista. ...A favor de un plazo más breve al recogido en la norma puede invocarse la expectativa del beneficiario o del fideico-

5º) El destino final de los bienes: El contrato debe designar quien será en definitiva, y cumplido el plazo u ocurrida la condición, el destinatario final de los bienes. Si está contenida la estipulación en favor de un tercero —fideicomisario o beneficiario— para que sea finalmente propietario de los bienes, tendrá que surgir expresamente del instrumento contractual.

6º) Los Derechos y obligaciones del fiduciario: Si bien sus principales deberes están descriptos en la ley (artículos 6 y sgtes., ley 24.441), será menester que el contrato especifique sus obligaciones, estableciendo también con claridad sus derechos, como la retribución que corresponderá a su tarea.

7º) El modo de sustitución del fiduciario: El contrato tiene que prever de qué manera se reemplazará al fiduciario en caso de ocurrir que el designado caiga en imposibilidad, o sea removido, o renuncie. Si la previsión no resulta del contrato, se recurre a la solución que la ley ha dado por defecto, en el artículo 10, confiriendo al juez la facultad de designar fiduciario a una entidad financiera o sociedad autorizada al efecto conforme el artículo 19 de la ley 24.441.

6. Caracteres del contrato

Podemos señalar los siguientes caracteres constantes en el contrato para constituir un fideicomiso:

a) Es consensual, y se concluye con el consentimiento de las partes. Si bien es cierto que el fiduciario debe entregar la cosa objeto del contrato, no es esto un requisito para que quede concluido, sino que hace ya al cumplimiento específico de las obligaciones derivadas de este contrato²⁰.

misario, la seguridad jurídica, la circulación de las riquezas. A favor de una extensión como la acordada —amplia—, la necesidad de posibilitar los emprendimientos relevantes o de jerarquía que necesitan ser amortizados a través del tiempo». HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; *Reformas al Derecho Privado*, Ley 24.441, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 25.

²⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA opina en igual sentido (*Teoría de los Contratos*, cit., pág. 781), y expresa: «Un contrato real requiere la tradición de la cosa, lo que por hipótesis supone que la cosa ya está perfectamente individualizada, por lo que hasta las cantidades quedan individualizadas (doc. art. 609 C. Civ.) y el artículo 4 inc.

b) Es bilateral, ya que las partes quedan recíprocamente obligadas con prestaciones a su cargo.

c) Es oneroso, a consecuencia de lo dicho en el punto anterior; y porque las ventajas que se procura a una de las partes le es concedida por la prestación que la otra ha comprometido;

d) Es no formal; sin embargo a los fines de su oponibilidad frente a terceros se requiere la inscripción prevista por el artículo 13 de la ley 24.441.

e) Es conmutativo, en tanto que es dado a las partes conocer las ventajas y pérdidas que el contrato les significará, al momento de su celebración

f) Es de tracto sucesivo, o de cumplimiento continuado, pues sus efectos se prolongan en el tiempo.

7. El fiduciario. Obligaciones

La ley autoriza para actuar como fiduciario, a cualquier persona física o jurídica (artículo 5). Para ofrecerse públicamente a actuar como fiduciario, sólo se autoriza a entidades financieras que hayan cubierto los requisitos establecidos en la ley y autorizadas a la vez por la Comisión Nacional de Valores.

Fiduciario es el sujeto que interviene como parte en el negocio de fideicomiso, y que adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes que le transmite el fiduciante; con la misión ordenada de ejercer esa propiedad en beneficio de otro sujeto; y la obligación de transmitir los bienes al advenimiento de un plazo o condición.

Dada la importancia de la prestación a cargo del fiduciario, algunas de sus obligaciones han sido objeto de especial regulación en la ley; como vemos seguidamente:

a) Deberes de prudencia y diligencia

La normativa impone (artículo 6°; ley 24.441) que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones que le impone la ley o la con-

A, no lo exige, pues se coloca en la posibilidad de que no sea posible la individualización "a la fecha de celebración del fideicomiso"».

vención, con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Digamos antes que nada que la obligación principal del fiduciario es ejercer la propiedad fiduciaria de los bienes transmitidos, en interés de la persona designada como beneficiario. Lógicamente, y teniendo en cuenta que la confianza es un elemento imbrincado en esta relación, habrá que suponer que la elección del fiduciario recaerá sobre alguien que además de presentar aptitud para el cargo, le genere personal confianza.

La ley se refiere al modo en que debe el fiduciario dar cumplimiento a sus obligaciones en cuanto a tal. En ese sentido le manda obrar munido de la "*prudencia y diligencia del buen hombre de negocios*" y consciente de estar actuando "*sobre la base de la confianza depositada en él*".

Por tanto antes que nada el fiduciario está obligado a ser prudente, esto es, a obrar de manera cuidada y previsora, evitando riesgos innecesarios, razonando de antemano acerca de lo que es bueno y lo que es malo para su cometido²¹.

Se exige además al fiduciario que opere con *diligencia*, y esto es que en el cumplimiento de su cometido ponga cuidado, prontitud, desvelo, y realice todo lo que sea conducente para una gestión exitosa, como lo pondría un buen hombre de negocios. En este sentido creemos que debe aplicarse analógicamente la regla del artículo 1907 del Código Civil y abstenerse el fiduciario de realizar actos que sean manifiestamente dañosos para el beneficiario o para el fiduciante²².

²¹ Que la ley obligue a ser prudente, importa toda una situación para el fiduciario. Ciertamente es que prudentes debemos ser en todos los negocios, propios y ajenos; pero en esta norma el legislador establece que no tolera la imprudencia: la imprevisión, la ligereza, el descuido. Siendo más precisos definamos: *«La obra de la prudencia es la de deliberar bien. Ahora bien, la deliberación es una búsqueda en la cual, partiendo de ciertos supuestos, nos orientamos hacia una conclusión. Y esto es obra de la razón. Por lo tanto la prudencia requiere que el hombre sepa razonar bien»*. (SANTO TOMÁS DE AQUINO, S.T., II-II, 49, 5). De allí es fácil concluir que el fiduciario debe ser una persona *razonable*.

²² Esta parece ser una de las más elementales normas de prudencia, y consisten en no obrar con notorio perjuicio de los intereses de las otras partes, por más que lo haga sin exceder los límites de sus poderes, sin traicionar esa confianza. (Cfr. BORDA, Guillermo; *Tratado de Derecho Civil Argentino; Contratos, II*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1974, pág. 435).

b) Rendición de cuentas

Otro de los deberes que pesa sobre la persona del fiduciario es el de rendir cuentas²³. La ley impone este deber específico al ordenar (artículo 7) que obligación esta que no puede ser dispensada por el contrato. Es por tanto, de orden público la disposición, y tutelada con lo ordenado en el artículo 21 del C. Civil, no pudiendo ser dejada sin efecto por convención de los particulares.

En el fideicomiso está confiada la administración (en amplio sentido) de un bien, de un patrimonio, de una universalidad jurídica de bienes. De allí que la obligación de rendir cuentas surja como inseparable del fideicomiso. Al no dar la ley un régimen propio y determinado sobre el modo de cumplir esta obligación, es menester recurrir a la regulación que en el Código Civil se proporciona para el mandato, artículos 1909 a 1911; entendiéndose por lo tanto que debe el fiduciario «dar cuenta de sus operaciones»²⁴ en los términos que el contrato se lo haya impuesto, o cuando se lo solicite el beneficiario, con periodicidad no mayor de un año (cfr. último párrafo del artículo 7).

Esta obligación importa el deber de formular una relación integral y detallada de ingresos y egresos relacionados con el ejercicio de la propiedad fiduciaria, que en forma explicativa y documentada muestren el estado de la actividad encomendada y los resultados exactos de sus gestión²⁵.

²³ «La obligación de rendir cuentas en el Derecho Civil, por nacer exclusivamente del contrato o del cuasicontrato, sólo afecta al interés privado y, por lo tanto, permite dispensar su cumplimiento; en el derecho comercial es una obligación inherente al ejercicio del comercio, de naturaleza contractual y legal, que no admite su dispensa». S.C.B.A.; 30.4.54; L.L., 75-491; y en idéntico sentido: J.A., 1946-II-607; L.L., 93-207.

²⁴ Si bien como llevamos dicho, el fideicomiso tiene naturaleza de un contrato civil, y por ende la regulación supletorio de la ley 24.441 ha de ser el Código Civil; es válido tener presente las disposiciones que en cuanto a rendición de cuentas están contenidas en los artículos 68 a 72, 229 y 277 del Código de Comercio, en especial esta última cuando indica que se debe dar «cuenta detallada y justificada de todas las operaciones y cantidades entregadas o percibidas».

²⁵ Se ha entendido que no sustituyen a la rendición de cuentas: Los balances, las planillas que resumen operaciones, las facturas que contienen el estado del

El incumplimiento, o cumplimiento defectuoso de la obligación de rendir cuentas, dará derecho a pedir la remoción judicial del fiduciario, a instancia del fiduciante, o del beneficiario, según admite el primer inciso del artículo 9 de la ley.

c) Responder por los daños causados por dolo o culpa

El mismo artículo 7 de la ley 24.441 impide que por el contrato se dispense al fiduciario «**de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes**». Está consagrada de suyo la obligación de responder por daños que se ocasionen al beneficiario, al fiduciante, o al fideicomisario por una conducta culposa o dolosa de parte del fiduciario.

Esta obligación tiene fundamento en las normas generales que consagran la responsabilidad civil contractual (artículos 1137 y 1197 del C. Civil) y extracontractual (artículos 1077, 1078, 1109 del C. Civil). Es que a nuestro juicio la naturaleza de la responsabilidad que cabe al fiduciario frente a las otras partes es obviamente contractual si el fideicomiso encuentra su origen en un contrato, en tanto que será extracontractual si se instituyó por acto de última voluntad.

Digamos también que no era necesario que la ley expresamente estableciera la imposibilidad de dispensar el dolo por anticipado; estando ya suficientemente ordenado en el artículo 507 del Código Civil.

Agréguese que la extensión de la reparación debida comprenderá los perjuicios efectivamente sufridos y las ganancias dejadas de percibir ya por el beneficiario, ya por aquel a quien debía entregarse la cosa al finalizar el fideicomiso, pudiendo añadirse también la reparación al daño moral, en caso de haberse producido (artículos 522 y 1078 del Código Civil).

debe y del haber; las liquidaciones que no contienen la explicación de las partidas que la integran ni hacen referencia concreta a los documentos que respaldan las distintas partidas, la transcripción de libros o de pericias contables, la simple puesta a disposición de libros y papeles para ser examinados; la simple remisión a piezas del expediente. Cfr. jurisprudencia citada por ALCONADA ARAMBURU, Carlos R.; *Código de Comercio y Leyes Complementarias Anotados*; Bs. As., Depalma, 1968.

d) No adquirir para sí los bienes fideicomisados

La ley no admite la posibilidad de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitidos, prohibición que no puede dispensarse por el contrato.

Por cierto que ha de entenderse no puede hacerlo por sí, ni por persona interpuesta, tal como ocurre con la prohibición que el Código Civil impone al mandante de comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender (artículo 1918). Estimamos que la prohibición se mantiene en tanto dure el fideicomiso, pues por ser equiparable a una incapacidad de derecho que impide contratar con cosas especiales (artículo 1160 del C. Civil), dada en atención a la calidad que ostenta la persona del fiduciario respecto de los bienes, para impedir o prevenir abusos, e igual que en otras situaciones, la ley por razones de orden público, de moral, de buena costumbre, establece que ciertas personas no pueden contratar con otras; o que no pueden hacerlo con cosas determinadas²⁶.

La contravención de esta prohibición configura una infidelidad por parte del fiduciario, y en nuestro criterio autoriza su remoción según lo estipulado en el artículo 9 de la ley.

e) Transmitir el bien fideicomitado

Tiene el fiduciario la obligación impuesta en el artículo 1 de la ley, y que es de la naturaleza misma de la institución, de que una vez cumplido el plazo o la condición por la que se constituyó el fideicomiso, le transmita la propiedad de la cosa a aquél que se designó en el acto jurídico originario. Ello ha de ser conjuntamente con la entrega de los títulos, documentos y papeles que en su momento le hubiese dado el fiduciario, o que hubiese recibido durante el giro de su actividad.

La ley de todos modos ha dispuesto expresamente el deber imponiendo —artículo 26— que producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los ins-

²⁶ Cfr. PIANTONI, Mario A.; *Contratos Civiles*; Marcos Lerner Editora Córdoba, 1978, pág. 90.

trumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan²⁷.

8. El fiduciario. Derechos y facultades

a) Reembolso de gastos y retribución

La ley dispone el derecho del fiduciario a que se le reembolsen los gastos ocasionados con motivo de su gestión; y también le establece el derecho a percibir retribución por la actividad, salvo estipulación en contrario (artículo 8).

El reembolso corresponderá cuando el fiduciario haya abonado gastos relativos a los bienes de la propiedad fiduciaria, extrayendo fondos de su propio patrimonio.

Aunque la ley no lo menciona expresamente, el obligado a reembolsar será el beneficiario, no habiendo disposición en el contrato, si los gastos se realizaron a los fines de asegurar el giro normal o la finalidad natural de los bienes fideicomitidos²⁸.

Por otro lado la ley ha entendido que la labor del fiduciario se presume onerosa. La retribución que se le debe tiene a nuestro criterio la naturaleza jurídica de gaje, estipendio, contraprestación en definitiva por el servicio que ciertamente presta el fiduciario, y que bien puede ser para él un medio legítimo de obtener sustento. La excepción será la gratuidad del trabajo del fiduciario, que deberá estar expresamente pactada; y en este caso

²⁷ La cuestión relativa a la inscripción reviste importancia. MOISSET DE ESPANÉS ha señalado que «Extinguido el dominio fiduciario, sea por vencimiento del plazo, sea por cumplimiento de la condición, sea por revocación, resulta indispensable que este hecho se refleje en un cambio de la titularidad registral». «Modificaciones al Régimen Registral y al Código Civil»; en: *Ley 24.441...*, cit., pág. 132.

²⁸ En tal sentido LÓPEZ DE ZAVALÍA explica: «Si se trata de gastos para la producción de los frutos y el contrato no lo ha previsto de otro modo, pensamos que —interpretando de buena fe— los gastos son carga de los frutos (doct. arts. 2438/9 C. Civ.) y deducibles de ellos, por lo que ante la falta de disponibilidades, deberá ejercerse contra el beneficiario, quien, por lo demás, es quien tiene derecho a la rendición de cuentas». *Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumo*; Bs. As., Zavallia, 1996, pág. 128.

la carga de la prueba estará en cabeza del obligado al pago, o del beneficiario.

Si las partes no hubiesen fijado el monto de lo que debe pagarse al fiduciario, la ley dispone que lo fije el Juez, determinando que el criterio para establecer la cuantía de la retribución será la "índole de la encomienda" y "la importancia de los deberes a cumplir"; para lo cual ha de tener presente el juzgador principalmente la cantidad de esfuerzo que necesariamente debe poner el fiduciario para cumplir su cometido; y considerar también el valor de los bienes objeto del fideicomiso, para con esas pautas justipreciar el estipendio.

b) Disponer o gravar los bienes fideicomitidos

En lo inherente a las funciones que cumple, el fiduciario está facultado en primer lugar a disponer, o a gravar los bienes fideicomitidos, cuando así lo requieran los fines del fideicomiso (artículo 17, ley 24.441).

La norma le confiere una amplia autorización sobre los bienes, no sólo de administración, sino también de disposición, en tanto sea conducente a la finalidad que se ha tenido en miras al constituir el fideicomiso. En consecuencia, el límite al ejercicio de estos poderes del fiduciario, está dado por la conveniencia que representen para obtener la finalidad a la que apunta el negocio jurídico²⁹.

Para el ejercicio de esas facultades, no es necesario que el fiduciario requiera consentimiento al fiduciante o al beneficiario, a menos que así se hubiese pactado.

c) Legitimación para ejercer acciones

El fiduciario puede ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto en contra de

²⁹ «Tales fines son interpretados a su manera, puesto que es su aptitud negocial la que al menos en principio debe primar». HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; *Reformas al Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 56.

terceros, como en contra del beneficiario (artículo 18). Esta legitimación reconocida por la ley lo faculta ya a iniciar procesos tendientes a la protección del patrimonio, ya a comparecer en defensa del mismo en procesos que de algún modo lo involucren. Aquellas inclusive, pueden dirigirse contra el mismo beneficiario, cuando de cualquier modo agreda o ponga en peligro los bienes dados en fideicomiso.

Por su parte el fiduciante o el beneficiario, pueden solicitar autorización judicial, para que se les permita ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste sin motivo suficiente no lo hiciera.

9. Cese del fiduciario

La ley se ha ocupado de establecer una serie de causas, que sin constituir a nuestro juicio tipología en estricto sentido, han de presentarse para que pueda operar la cesación en el cargo del fiduciario; sin perjuicio de lo cual, subsistirá el fideicomiso con otro fiduciario designado en reemplazo.

Tales causas son enumeradas en cuatro incisos del artículo 9, y se explican de la siguiente manera:

1º) Remoción judicial a solicitud de parte: Ante el incumplimiento de obligaciones impuestas al fiduciario en la ley, o en el acto jurídico que origina el fideicomiso, se autoriza al fiduciante o al beneficiario a solicitar judicialmente la remoción. De ser el beneficiario quien solicita la medida, se debe dar audiencia al fiduciante³⁰. Para dar lugar al pedido de remoción, entendemos nosotros que han de configurarse conductas del fiduciario que seriamente lo justifiquen, como bien puede ser la violación de alguna de las prohibiciones enunciadas en el artículo 7; o una actuación imprudente que suponga el riesgo de comprometer los bienes fideicomitados.

³⁰ Ello no significa, enseña LÓPEZ DE ZAVALÍA, que se requiera conformidad al fiduciante, sino simplemente que debe ser oído en sus razones, valoradas luego por el juez, quien tiene el poder de remover. *Teoría de los Contratos*; Zavalía, 1995, t. 5, Parte Especial, pág. 809.

2°) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada, si fuera una persona física; motivo que guarda correlato con los dispositivos de los artículos 103, y 54 y ss. del C. Civil; y que obviamente hacen necesaria la designación de un nuevo sujeto para que actúe en papel de fiduciario.

3°) Por disolución, si fuere una persona jurídica, lo que motiva que deje de existir —artículo 48 del Código Civil— y por ende imposibilita continuidad en la gestión fiduciaria.

4°) Por quiebra o liquidación; dispone el artículo, y pensamos nosotros que la cesación operará desde que la quiebra es declarada por sentencia, arts. 77 y 88 de la ley 24.522; o desde que es declarada la liquidación por autoridad competente para aquellas personas jurídicas que tienen ese trámite autorizado.

6°) Por renuncia: La ley dispone que será válida la renuncia del fiduciario, sólo si el contrato hubiese expresamente autorizado tal causa. De lo cual se colige que a falta de disposición expresa, la ley ha querido que el cargo de fiduciario sea irrenunciable. Creemos por nuestra parte que debe entenderse no se admite renuncia **sin justa causa**, y que ya por incumplimiento de deberes del fiduciante, ya por algún motivo de orden personal de suficiente gravedad, podrá recibirse la renuncia del fiduciario sin penalidades a su cargo ³¹.

Ahora bien, la renuncia, según lo señala la parte final del artículo, debe necesariamente estar precedida de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso a quien le ha de sustituir o al destinatario. Caso contrario hay que entender que no producirá efectos, y que el fiduciario renunciante seguirá sujeto a todas las obligaciones que le imponen la ley y el acto jurídico creador del fideicomiso. Es razonable la disposición de la norma toda vez que tiende a evitar efectos dañosos que pueden acaecer en el interregno que transcurre entre la renuncia del fiduciario y la asunción del nuevo responsable.

³¹ Se ha señalado con acierto que la renuncia de quien ha sido designado por su profesionalidad, aptitudes, experiencia, no es un hecho normal ni común; de ahí que deban evitarse situaciones caprichosas, infundadas, mezquinas, en perjuicio del fideicomitente o del beneficiario. (HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; *Reformas al Derecho Privado*; Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 43.

10. Reemplazo del fiduciario

A los fines de proveer el reemplazo del fiduciario cesante o renunciante, la ley dispone (artículo 10) la designación del sustituto designado en el contrato³²; o que se lleve a cabo el procedimiento previsto en el acto jurídico para proveer la sustitución.

La primera hipótesis es entonces que el acto que dio nacimiento al fideicomiso, habiendo previsto la posibilidad de cese o de renuncia, tenga designado ya al sustituto; y en este caso creemos que la asunción de sus funciones debería operar de modo automático, una vez que se haya verificado el supuesto legal. A guisa de ejemplo, existiendo una resolución judicial que disponga el cese del fiduciario designado, desde el momento mismo que quede firme entrará en funciones el sustituto previsto.

Existe también la posibilidad de que en lugar de designar a un sustituto, el acto jurídico disponga un procedimiento para la provisión del cargo de fiduciario. Disponer, por ejemplo, que el mismo será designado por el fiduciante.

Si el acto jurídico no ha previsto la vicisitud, o si el reemplazante designado no acepta; la ley ordena que el Juez designe como fiduciario a una entidad financiera o a una sociedad, de las que especialmente autorice la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero; conforme lo que dispone el artículo 19 de la ley.

11. Los bienes fideicomitidos

Sobre los bienes que son objeto del negocio de fideicomiso, la ley ordena (artículo 11) que se constituye una propiedad fiduciaria, regida de acuerdo con el Título VII del Libro III del Código Civil y con la propia ley 24.441, cuando se trate de cosas; previendo se rijan por las disposiciones que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

³² La norma dice "contrato", pero corresponde entender que se refiere al acto jurídico creador del fideicomiso, que como hemos visto, puede ser un acto de última voluntad (cfr. art. 3).

La ley entonces remite a los dispositivos relativos al dominio imperfecto, fiduciario y revocable —artículos 2661 y siguientes del Código Civil— que supletoriamente se aplicarán para dar marco jurídico al instituto del fideicomiso.

Téngase presente que el efecto principal del fideicomiso surge del primer artículo de la ley, y es transferir un bien o conjunto de bienes a un titular fiduciario que a la vez tendrá la obligación de transmitir esos bienes al cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria prevista; ejerciendo mientras tanto la propiedad en beneficio de una persona predeterminada.

En la práctica, la situación jurídica real que detenta el fiduciario respecto de los bienes objeto del fideicomiso, “no es más que un administrador”, como bien lo explica BONO, agregando que «tampoco tiene un verdadero *animus domini* sobre las cosas fideicomitidas (no las posee para sí)»³³. El aserto se comprueba sencillamente a nuestro juicio, si repasamos los deberes del fiduciario explicados en el capítulo anterior, que muestran notable analogía con la situación que ocupa el mandatario.

Maguer lo antedicho, nos parece razonable el criterio expuesto por LÓPEZ DE ZAVALÍA, quien refiriéndose al artículo 11 de la ley sostiene: «Leído, no según la redacción gramatical, sino según su espíritu, se concluye que el modelo del cual se parte es el de una transmisión del dominio pleno que queda modalizada en fiduciario, aplicándose las disposiciones del Título VII del Libro III del Código Civil»³⁴.

Esa opinión del jurista tucumano es corroborada por la reforma introducida al Código Civil por la misma ley, que deja actualmente redactado el artículo 2662 en los siguientes términos: «*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento, o la ley*»³⁵.

³³ BONO, Gustavo Alejandro; “Fideicomiso”; en *Ley 24.441. Financiamiento de la vivienda y de la construcción*, Córdoba, Alveroni, 1995, pág. 40.

³⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando; *Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición*, cit., pág. 75.

³⁵ El nuevo texto está introducido por el artículo 73 de la ley 24.441. La anterior redacción disponía: «Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fidei-

De ello entonces que en nuestra opinión el fideicomiso hace nacer un derecho real de dominio, considerado en su encuadre normativo como dominio fiduciario, y circunscrito a las disposiciones especiales previstas por del Título VII del Código Civil, "Del Dominio Imperfecto"³⁶.

Corresponde añadir que según el artículo 14 —segunda parte— de la ley, también corresponden al fiduciario los frutos de los bienes fideicomitidos; o los productos de los mismos con que se adquieran otros bienes.

12. Los efectos respecto de terceros

La legislación ha ordenado que el carácter fiduciario del dominio transmitido, surtirá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo con la naturaleza de los bienes (artículo 12). A esta norma debe otorgársele correlato con el artículo 1184 del Código Civil.

La principal finalidad del dispositivo contenido en el artículo 12 de la ley 24.441 es la seguridad para los terceros —acreedores del fiduciante por ejemplo— que puedan tener interés en que no se altere la titularidad del bien; toda vez que transmitido el objeto y constituida la propiedad fiduciaria, se habrá separado del patrimonio del fiduciante. A falta de alguna de las formas impuestas por la ley para la transmisión, no será oponible a terceros el negocio de fideicomiso.

Por ello en el dispositivo siguiente (artículo 13) la ley se ocupa de establecer que tratándose de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. En ese orden de ideas ha

comiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero».

³⁶ Sin embargo, una de las más inteligentes propuestas que se hacen en doctrina es la de BONO, quien califica primero «este nuevo derecho como **dominio menos que imperfecto**», categorizando en definitiva el instituto como un «**cuasi dominio menos que imperfecto**». (Véase Gustavo Alejandro BONO, *Fideicomiso*; *op. cit.*, págs. 41 y 42).

señalado LÓPEZ DE ZAVALÍA que «lo que preocupa a la ley 24.441 es la oponibilidad contra terceros y le preocupa en el aspecto muy particular de que los bienes fideicomitidos van a formar un patrimonio separado. Para la oponibilidad de ese patrimonio separado es preciso que el carácter de fiduciario (y no solamente la traslación del dominio inmobiliario) sea publicitado»³⁷. Por ello entendemos nosotros que constituyéndose el fideicomiso sobre bienes registrables, podrá el negocio jurídico surtir efectos entre partes desde que exista consentimiento y tradición; pero respecto de terceros será imprescindible para la oponibilidad que se verifique las formas impuestas; y que se tome razón en el registro que corresponda. Y no se pierda de vista, como enseña MOISSET DE ESPANÉS que «la norma comprende a todo tipo de bienes registrables, tanto inmuebles como muebles; el fiduciante, propietario original del bien y —como tal— su titular registral, transfiere esa propiedad al fiduciario, que deberá ser inscripto como nuevo titular registral»³⁸; y que habrá de verificarse en consecuencia la correspondiente anotación para la plena oponibilidad del negocio.

13. La situación de los bienes fideicomitidos y la separación de patrimonios

La ley 24.441 ha establecido como regla general que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario. Tal lo que expresamente se legisla en el artículo 14.

Se consagra con esto la creación de lo que se da en llamar “patrimonio de afectación”, a los fines de mantenerlo aislado de la suerte que puedan tener los patrimonios “propios” o “particulares”

³⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando; *Fideicomiso...*, citado, pág. 79. Destaca este autor que «El dominio fiduciario *ex contractu* de cosas muebles no registrables se adquirirá con título y tradición. Cuestión distinta será, para éstos, el de la prueba del “carácter” fiduciario, cuando se lo pretenda esgrimir contra terceros» (pág. 80).

³⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Modificaciones al Régimen Registral y al Código Civil”; en *Ley 24.441 - Financiamiento de la Vivienda y la Construcción*; Córdoba, Alveroni, 1995, pág. 126.

—si se nos permite la licencia— del fiduciante o del fiduciario. Se introduce, como se ha enseñado, «la idea de un patrimonio que se aparte del principio de “unidad patrimonial”, que no se integre a la universalidad de los bienes del fiduciario, en apartamiento de lo dispuesto en el artículo 2312 del Código Civil y su nota, un patrimonio sobre el cual pueda ejercerse un cierto “derecho de separación”, para evitar la transgresión de los acreedores del fiduciante o, con mucha mayor razón, del fiduciario...»³⁹.

En nuestro criterio acierta la norma con la especial ubicación jurídica que otorga a los bienes motivo del fideicomiso, pues no debe olvidarse que el objeto del negocio jurídico es afectar esos bienes a una finalidad determinada, que por cierto tendrá que ser lícita, y que por lo demás el negocio tendrá que realizarse de buena fe —artículo 1198 del C. Civil—, sin perjudicar a terceros —art. 1195 *in fine*—, y no tendrá valor si se realiza simuladamente o en fraude de derechos de terceros —artículos 955, 961 y 1044 C. Civil— con lo cual quedan suficientemente a salvo de intenciones ilícitas.

Agreguemos que en consonancia con esta consideración separada que se hace del patrimonio fideicomitado, la ley ha dispuesto expresamente (artículo 15) que los bienes quedarán exentos de toda acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, y que tampoco podrán agredir esos bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, dejando por cierto a salvo, como antes hemos expresado, la acción por fraude. Si en cambio, están autorizados los acreedores del beneficiario para ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados, y subrogarse en sus derechos.

Del mismo modo se reafirma la separación patrimonial en el artículo 16 —primera parte— de la ley 24.441 al expresamente disponer que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán

³⁹ HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; *op. cit.*, pág. 49. Se explica allí mismo que el sistema reconoce antecedentes en el derecho comparado: Del patrimonio autónomo hablan los Códigos de Colombia (art. 1233); de Comercio de Costa Rica (art. 634); y del patrimonio de afectación —sujeto a una finalidad prevista— la ley de México (art. 351) y de Honduras (art. 1048, Cód. de Comercio).

satisfechas con los bienes fideicomitidos. Ello indica a las claras que los acreedores cuyos créditos estén originados por la actividad propia del fideicomiso tendrán como prenda común para satisfacer su interés la totalidad de los bienes que integran el negocio fiduciario, pero no podrán extenderse hasta el patrimonio del fiduciario. Ello origina de suyo el deber del fiduciario de llevar cuentas claras de la administración, y con una honesta separación en la práctica de sus negocios propios, so pena de poder ubicarse en situación que ante la duda, se entienda que un negocio o un bien propio, pertenezca al fideicomiso. Se ha destacado sobre ello que «es importante que los terceros puedan conocer en todo momento cuales bienes pertenecen al patrimonio propio del fiduciario y cuales al patrimonio fideicomitado ... por razones de seguridad jurídica en caso de duda, frente a terceros, se presumirá que el bien pertenece al patrimonio propio del fiduciario»⁴⁰. Por nuestra parte pensamos que la duda debe resolverse a favor de la pertenencia al fideicomiso, como modo de acentuar la responsabilidad del fiduciario.

14. Límites a la responsabilidad objetiva

La ley 24.441 ha incorporado una cláusula (artículo 14, segunda parte) por la que establece un límite a la responsabilidad objetiva del fiduciario, emergente del artículo 1113 del Código Civil. Esta se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, siempre que el fiduciario no haya podido razonablemente haberse asegurado.

La cláusula parece que dudosamente aprobaría un examen de constitucionalidad; aunque el motivo de esta disposición ha sido fundado por autorizada doctrina en la defensa del patrimonio fideicomitado: Así como se lo separa para evitar las agresiones de los acreedores, se pone este tope para eludir las condenas que bien pudiera arrastrar buena parte del mismo⁴¹.

⁴⁰ MANTILLA, Fernando R.; "Una Introducción al Fideicomiso"; *J.A.*, 1995-B, pág. 791.

⁴¹ HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; *op. cit.*, pág. 51. Se añade en esa obra que la salvedad del texto parece necesaria, pues si bien los

Veamos bien pues esta segunda parte del artículo 14 que introduce toda una novedad en el sistema nacional de la responsabilidad civil. Reza su texto: «*La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado*».

Digamos que está claro, el precepto sólo se refiere a la responsabilidad objetiva, y que ninguna limitación habrá para el caso de que la responsabilidad se deba a culpa o dolo.

Además, el tope con el que se responde no es *todo lo que constituye el patrimonio fideicomitado*; sino *sólo la cosa* que originó el daño.

Ahora bien, a tenor de lo ordenado en la última parte del artículo, hay que decir que el tope a la responsabilidad no funcionará si el fiduciario podía haber razonablemente contratado seguro. De allí surge inmediatamente la siguiente cuestión: ¿En qué casos no es razonablemente posible contratar seguro? Sobre el punto se ha señalado certeramente que «Este criterio de razonabilidad es fundamental a la hora de determinar si la víctima del daño tendrá como respaldo de su indemnización todo el patrimonio fideicomitado y hasta cubrir la totalidad de su crédito por daños o si, contrariamente, tendrá derecho a resarcirse sólo hasta el valor de la cosa que le causó el perjuicio»⁴².

Nosotros creemos que es “razonable” una conducta que cualquier persona de buen sentido hubiese adoptado; y nos pronunciamos además por un criterio sumamente restrictivo para interpretar el artículo, casi hasta afirmar que si se puede asegurar, se debe asegurar.

También opinamos que la disposición resulta inaplicable por inconstitucional, ya que genera manifiesta desigualdad —contra lo preceptuado en el artículo 16 de la Constitución Nacional— y pue-

acreedores del fiduciario —como reza el texto siguiente— no pueden atacar los bienes fideicomitados, cuando sus créditos nazcan de otras relaciones extrañas a ellos, no parece razonable que el principio se mantenga cuando esas deudas tenga origen “en esos mismos bienes”, en su índole, carácter o estado.

⁴² BONO, Gustavo Alejandro; *Fideicomiso...*, op. cit., pág. 30. El autor criteriosamente señala también la obligada distinción entre “imposibilidad de asegurar”, caso que las compañías de seguro no cubran ese riesgo; e “irrazonabilidad de asegurar” un riesgo que en principio aparece como asegurable.

de en su caso vulnerar el derecho de propiedad de la víctima a quien el valor de la cosa no alcance a repararle el daño ocasionado, contra lo garantizado por el artículo 17 de la carta magna.

15. Liquidación del fideicomiso

El modo normal y natural por el cual se extingue el fideicomiso, ocurre con el advenimiento del plazo o condición al que se lo sujeta en su comienzo, y culmina en la transmisión de los bienes al sujeto designado como destinatario final (fiduciante, beneficiario, fideicomisario, art. 1).

Pero entre las vicisitudes que pueden acaecer en la vida de este negocio jurídico, existe la posibilidad que el ejercicio de la propiedad fiduciaria genere tal pasivo, que no alcance el valor de los bienes dados para cubrirlo.

El texto legal que regula la institución se ha ocupado de señalar que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender las obligaciones que de él surjan, no dará lugar a la declaración de su quiebra (artículo 16, segunda parte). La solución traída por la ley 24.441 en el mencionado artículo es que a falta de otros recursos, provistos por el fiduciante o el beneficiario según lo dispuesto en el contrato⁴³, el fiduciario debe proceder a la liquidación, enajenando los bienes y entregando el producido a los acreedores, según el orden de privilegios previsto para la quiebra.

Vemos que la normativa prevé un primer supuesto, que sería una especie de "salvataje" con fondos que aportase el fiduciante o el beneficiario, a fin de hacer sobrevivir al negocio de fideicomiso.

Pero si se descarta esa posibilidad, se procede a una liquidación extrajudicial sin quiebra, donde el fiduciario toma el papel de síndico y juez del concurso, efectuando en primer término las operaciones para reducir a dinero los bienes existentes en el fideicomiso, para luego realizar la distribución, tomando en cuenta los privilegios legales.

⁴³ Vuelve la ley a referirse aquí a "previsiones contractuales", cuando debió aludir al "acto jurídico creador", ya que como lo llevamos dicho, éste puede ser un testamento.

A tal fin deberá tener presente el orden que se establece en los artículos 240 y siguientes de la ley de concursos N° 24.522, recurriendo en su caso a las preferencias que son legisladas en el Título I de la Sección Segunda del Libro IV del Código Civil.

Estimamos que las decisiones del *fiduciario-liquidador* podrán ser impugnadas ante el Juez, quien deberá cuanto menos escuchar al acreedor inconforme; y finalmente discernirá como corresponde realizar la distribución⁴⁴.

Bibliografía

- ALTERINI, Jorge; "Resolución de Contratos y Dominio Revocable"; *E.D.*, t. 50, pág. 639.
- BONO, Gustavo Alejandro; "Fideicomiso"; en *Ley 24.441. Financiamiento de la Vivienda y la Construcción*; Córdoba, Alveroni, 1995.
- CARREGAL, Mario Alberto; *El Fideicomiso*; Bs. As., Universidad, 1982.
- FARINA, Juan M.; *Contratos Comerciales Modernos*; Bs. As., Astrea, 1993.
- HIGHTON, Elena I.; MOSSET ITURRASPE, Jorge; PAOLANTONIO, Martín E.; RIVERA, Julio César; *Reformas al Derecho Privado - Ley 24.441*; Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando; *Teoría de los Contratos*, Tomo 5, Bs. As., Zavalía, 1995.
- . *Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria; Contratos de Consumición*; Bs. As., Zavalía, 1996.
- MANTILLA, Fernando R.; "Una Introducción al Fideicomiso", *J.A.*, 1995-B, 789.

⁴⁴ No pocos problemas son los que puede suscitar este procedimiento. BONO ejemplifica: ¿Cómo se tramitarán las verificaciones de crédito? ¿Cuál será el efecto de una presentación tardía? ¿Qué ocurrirá con los juicios pendientes iniciados antes de la liquidación?, etc. (*op. cit.*, págs. 36 y 37).

MOISSET DE ESPANÉS; Luis, "Aspectos Registrales del Fideicomiso", *J.A.*, 1995-III, 725.

———. "Contrato de Fideicomiso", en *Revista del Notariado*; 1995 - Número Extraordinario; págs. 61 y sgtes., Bs. As., 1995.

———. "Modificaciones al Código Civil y al Régimen Registral"; en *Ley 24.441. Financiamiento de la Vivienda y la Construcción*, Córdoba, Alveroni, 1995.

MOSSET DE ITURRASPE, Jorge; *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*; Bs. As., Ediar, 1975.

Contratos; Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

MORELLO, Augusto Mario; "Aspectos Procesales de la Ley 24.441 de Financiamiento y Construcción de Vivienda"; *J.A.*, 1995-II, 765.

MUSTO, Néstor Jorge; *Derechos Reales*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

PORTILLO, Gloria Yolanda; *Modernos Contratos del Derecho*; Rosario, Juris, 1993.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; *Contratos Bancarios. Su Significación en América Latina*; Bogotá, Biblioteca Felaban; 2ª edición corregida, 1979.

PREMIO A LOS EGRESADOS SOBRESALIENTES 1995

En un acto, realizado el 1° de octubre de 1996 en la sede de la Academia, y presidido por su presidente, Dr. Luis Moisset de Espanés, fueron distinguidos con este premio los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica, abogadas Julieta Gallino y Marisa Andrea Jäggli.

Se publican a continuación las palabras pronunciadas en esa ocasión por el académico de número, Dr. Fernando Martínez Paz y la abogada Julieta Gallino.

EGRESADOS SOBRESALIENTES

Acto del 1° de octubre de 1996.

Palabras pronunciadas por el Dr. Fernando Martínez Paz

La Academia de Derecho, con su premio “Egresados Sobresalientes” reconoce esta tarde a dos egresadas de excelencia, a dos trayectorias académicas que testimonian el esfuerzo, la vocación y la fe en el derecho de las abogadas Julieta Gallino y Marisa Andrea Jäggli, de la Facultad de Derecho de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba.

Acredita, además, que este elevado rendimiento en el desempeño de sus tareas académicas es la mejor respuesta, la respuesta responsable de una generación de abogados y juristas, en momentos en que la crisis de la educación se identifica con una crisis de la calidad y cuando todas las transformaciones educativas se centran en promover e impulsar la calidad.

Esta nueva generación que ve amenazados muchos de los grandes principios y valores humanos y jurídicos, está llamada a la tarea de construir un mundo jurídico que responda a los reclamos de libertad y de justicia del hombre contemporáneo.

Esta tarea requiere, en primer lugar, revisar las actitudes frente a la sociedad y a la cultura de ese tiempo y analizar la situación del derecho y de su ciencia, en esa sociedad y en esa cultura.

Y requiere también profundizar el análisis de los grandes procesos de cambio, para descubrir las tensiones producidas por la ruptura de una concepción unitaria de la cultura, en la que las humanidades y las ciencias —entre ellas el derecho— constituían un mismo universo. Y analizar cómo se vive la transición hacia

un concepto abierto de cultura, en el que el derecho aparece como una de las dimensiones de la realidad social y cultural, y no afirmando su identidad desde la soledad y el aislamiento.

Por otra parte es preciso investigar las previsibles incompatibilidades entre una sociedad abierta —tal como se incorpora hoy a las constituciones y a las leyes— sostenida sobre valores como la libertad, la racionalidad, el antidogmatismo, el consenso, el diálogo, la tolerancia, el pluralismo, con los sistemas jurídicos cerrados e interpretados desde una dogmática tradicional. Y al mismo tiempo, establecer los límites de la apertura, porque ninguna sociedad ni ningún sistema jurídico pueden ser totalmente abiertos. Esto exige identificar los valores no negociables que garantizan la unidad, la integración y los contenidos necesarios para la existencia de la sociedad y del orden jurídico.

Esta nueva generación debe pensar si será posible mantener por mucho tiempo los paradigmas propios de una ciencia jurídica normal —en la terminología de Thomas Kuhn— en los que una comunidad científica comparte un mismo paradigma, cuando están surgiendo enigmas y anomalías que quedan sin resolver. Asimismo debe considerar si el paradigma jurídico que hasta ayer garantizaba seguridad, hoy puede abrir un ancho campo a la incertidumbre y a la arbitrariedad. Y si acaso, estos desencuentros no tienen algo que ver con la pérdida de la importancia del derecho en la resolución de los conflictos, o con el desplazamiento de sus funciones tradicionales a otros sectores del poder, como la economía o la administración.

Esta nueva generación, después de haber realizado la tarea de revisar la situación del derecho y de su ciencia en la sociedad contemporánea, tiene que trabajar en un programa perentorio: construir el mundo jurídico enfrentando distintos desafíos en escenarios, actores y concepciones del derecho que requieren definir nuevas y complejas relaciones humanas, sociales y jurídicas.

Así tendrá que buscar nuevas respuestas a las relaciones entre globalización y derecho, región y derecho y Nación, Estado y derecho, lo que sin duda obligará a replantear las funciones sociales del derecho y a revisar sus necesarios presupuestos antropológicos, sociales y económicos. También obligará a rever los

enfoques de las actividades cotidianas y de los roles profesionales que exigen otros modos de enfrentar los problemas jurídicos, individuales y colectivos, y nuevos estilos de pensamiento, de razonamiento, de argumentación y de gestión.

Tal programa requiere, sin duda, además de una gran fe en el derecho, dos actitudes fundamentales: creatividad y compromiso con una ética de la responsabilidad. Sabemos que los estilos de la enseñanza del derecho no siempre estimulan u ofrecen oportunidades para el ejercicio de la capacidad de creación y que la práctica especializada del derecho, a veces obliga a ir cerrando el círculo de posibilidades creadoras.

Un proyecto de construcción ambicioso como el de esta nueva generación, no le temerá, sin duda, a los riesgos, a las experiencias que exigen enfrentar situaciones problemáticas ni a los procesos múltiples implicados en toda innovación.

Proyecto que con respecto a una ética de la responsabilidad supone enfrentar toda tentación, teórica o práctica, que proponga un vaciamiento ético del derecho y exige recrear la cuestión del "sentido" del "para qué", estrechamente vinculada a la realización de valores. Es decir, no puede olvidarse la importancia de los principios y de los valores éticos-jurídicos, que desempeñan un papel central en el sistema de valores de una cultura, porque son los que orientan las acciones, determinan los modelos de comportamiento y los criterios de apreciación.

Y por último, con relación a los tiempos de este programa, cabe afirmar que toda propuesta creativa lleva implícita una consigna: no es fácil establecer para qué tiempo se trabaja.

Pero cuando Francisco Geny propuso genialmente la distinción entre "lo dado" y "lo construido" en el derecho, dejó abierta la posibilidad de incorporar "lo a construir". Un proyecto de futuro incluye hoy la función prospectiva del derecho, que no es adivinar un porvenir probable, sino trabajar para convertir en realidad un porvenir previsto y deseado.

Hay hechos portadores de ese porvenir: la excelencia, real y viva, representada por estas dos jóvenes, que justamente premia la Academia.

Palabras de Julieta Gallino

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés, Sres. Honorables Miembros de la misma, Autoridades presentes, Señores, Señoras, Amigos:

Es para mí un verdadero honor haber sido distinguida por la prestigiosa institución que ustedes integran.

El premio por ustedes otorgado, desde hace ya varios años constituye un verdadero aliento y estímulo para el perfeccionamiento y la excelencia.

Es éste un nuevo paso, pero muy significativo en nuestra corta vida, que mucho valoramos y que nos servirá para abordar nuevas metas y horizontes.

Distinciones como ésta, nos motivan para seguir profundizando en el apasionante mundo del Derecho, en sus múltiples manifestaciones, que como sabemos ha sido creado por y para los hombres, haciendo posible una pacífica convivencia.

La idea de justicia, causa intrínseca del Derecho, ha sido motivo desde siempre de una apasionada polémica pero lo que no podemos negar, es que es el valor propio del mundo jurídico, y que como todo lo humano es un bien deseable, perfectible y realizable.

En estos momentos de desaliento y de cierto escepticismo, no debemos perder los rumbos, las metas, los objetivos, que como el valor justicia nos orientan y señalan el camino.

Por otra parte, somos concientes que el presente es crítico, pero toda crisis supone además una oportunidad y un desafío.

Oportunidad para superarnos y un desafío que debemos afrontar con coraje y optimismo.

No hay dudas que sin dedicación, voluntad y claros objetivos nada es posible y que al esfuerzo individual debe sumarse el contexto social e institucional que lo contiene y reconoce.

Vivimos en comunidad y en la permanente tensión entre la realización del interés individual y el social se juega el destino de todo grupo social.

De la inteligencia y sabiduría con que gobernantes y gobernados conjuguen estos extremos resultará el bien común por todos nosotros deseado.

No quiero dejar pasar la oportunidad para rendir un justo homenaje a nuestras autoridades, profesores y maestros de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba que han sido para nosotros no sólo un ejemplo de ciencia sino también de conciencia.

Gracias también a mi familia por todo el apoyo desde siempre recibido, ya que en su seno aprendí a cultivar el diálogo, la tolerancia y el espíritu de superación, que sumado a una actitud amorosa me permitieron comprender la verdad de la frase bíblica que dice «que al árbol se lo conoce por sus frutos».

Tampoco quiero olvidarme de mis compañeros y amigos que con sus palabras de aliento y sana camaradería, han constituido un estímulo permanente para el aprendizaje compartido y la superación.

Queremos expresar además, con toda sinceridad que en el fondo, profundamente, nunca buscamos un reconocimiento material, sino que siempre supimos que pura y sencillamente en el mismo conocimiento estaba nuestra recompensa y satisfacción.

Finalmente con la guía y ejemplo que nos han sabido dar, ustedes Sres. Académicos, estamos seguros que no perderemos el rumbo y podremos colaborar con nuestro pequeño aporte en el destino de grandeza que sin ninguna duda aguarda a nuestra comunidad cordobesa y a nuestra Patria.

Muchas Gracias.

TESTIMONIOS

MIGUEL HERRERA FIGUEROA

por OLSEN A. GHIRARDI

Fue Manuel Gonzalo Casas quien me puso en contacto con él. Recuerdo especialmente una conversación que mantuvimos, hace ya varios años, en presencia de alguna otra persona en un recinto amplio y acogedor. Herrera Figueroa lucía su figura alta, robusta y saludable. Pero la memoria tiene cosas extrañas. Por más esfuerzos que hoy haga, no logro traer a mi presente, el lugar o la ciudad. No estoy seguro, incluso del país. ¿Fue, acaso, Brasil? ¿La ciudad de Brasilia? ¿Seguramente el *lobby* del hotel donde nos albergábamos? Sólo se me aparece muy clara una pregunta que me arrojó a boca de jarro.

—«¿Por qué usted, que ha estudiado filosofía y derecho, se dedica más bien a temas que tienen por objeto el mundo de la naturaleza?».

Confieso que el interrogante me llegó profundamente. Quizá fue esa la causa de que se me borrara todo lo demás. La circunstancia sirvió para reflexionar y dialogar sobre el tema del conocimiento. Al fin y al cabo, la naturaleza siempre es un buen pretexto para hablar del hombre. Siempre es el hombre el que conoce y, de una u otra manera, el hombre ocupa un lugar fundamental. Como parte de ese mundo natural, mi actividad cognoscitiva señala mi presencia humana, sin la cual nada tendría sentido. La naturaleza sólo puede pensarse a sí misma, a través del hombre, quien es el que tiene la palabra.

Hoy, llega a mis manos un pequeño gran libro. A veces, los pequeños son los mejores porque nos traen ráfagas de fresca y sana inteligencia, de la cual estamos tan necesitados. No son como esos mamotretos interminables, que dan la impresión de que el autor se

ha metido en la gran biblioteca y no ha cejado en su tarea de citarlo todo hasta haber agotado el catálogo. Gran acopio de citas y fuga —fuga no, porque nunca existieron— ...y ausencia de ideas.

Ha sido realmente feliz la ocurrencia de Francisco García Bazán al publicar *Tres estudios sobre la filosofía de Herrera Figueroa* (Buenos Aires, Almagesto, 1996). Dice haber obrado como prologuista y compilador, pero es demasiada modestia. En verdad, el prólogo adelanta un cuarto estudio. La concepción intrivital de Herrera Figueroa es interpretada por García Bazán desde el ángulo del modelo empírico del hombre justo, del *homo iuridicus*, y ello le permite bucear en el arcano del persa antiguo, y de los pensadores griegos, para descender por los tiempos hacia el occidente. La justicia y la política son así analizadas a través del pensamiento de Herrera Figueroa para culminar en la fe del filósofo.

Los tres estudios han sido escritos en diferentes momentos de la azarosa historia del país, que nos tocó vivir. Diego Pró lo hizo en 1980, Manuel Gonzalo Casas en 1956, y Alberto Caturelli, el más reciente, en 1995.

Cada trabajo revela la personalidad y las inclinaciones de su autor.

Diego Pró titula el suyo "Filosofía, Derecho e Interciencias en Miguel Herrera Figueroa". Nos acerca a su biografía y nos hace conocer su bibliografía. A través de ésta la incursión se prolonga hacia todo el plexo del pensamiento herrero: sus estudios interdisciplinarios, la teoría de la estimativa iuspolítica y un resumen final de las tesis del creador del intrivitalismo jurídico.

Por su parte, Manuel Gonzalo Casas, escoge el tema de "El saber existencial de Herrera Figueroa". Su punto central fue una de las preocupaciones constantes de ambos: el tema del tiempo en la filosofía contemporánea y la coincidencia de esta idea con la de la existencia humana.

Pero esto le permite asomarse a uno de los núcleos preferidos por las reflexiones de Herrera: la concepción del derecho como conducta y la de que toda conducta es, siempre, existencia, tiempo y sentido. Existencia, tiempo y sentido como totalidad fundamental y fundante del ser hombre. Recoge, en ese aspecto, la tradición pensante de una vigorosa corriente del pensamiento argentino, al proclamar que derecho es conducta, como lo expresaron Carlos

Cossio y Alfredo Fraguero. Es apasionante el recorrido de todas esas instancias a la luz de la propuesta herreriana y del discurrir de Gonzalo Casas.

Finalmente, Alberto Caturelli, avanza en su comentario sobre "El trialismo de Herrera Figueroa y el realismo interiorista" a partir del punto inicial del pensar reflexivo. Al hacerlo, señala la actitud del iusfilósofo y la compara con la propia. Así, advierte que, «mientras en Herrera Figueroa, es menester esperar al nivel teórico cognoscente, en nuestro planteo, el orden del ser trascendental y el orden eidético —si bien no se confunden— *aparecen simultáneamente* con el mismo aparecer del acto del ser del ente». Caturelli despliega los tres momentos del indagar de Herrera: la búsqueda del sentido integrativo de todas las dimensiones del hombre, el acceso al nivel espiritual valorativo y el alcance del nivel teórico cognoscitivo. "Así —concluye— comprendemos lo *uno* (el fenómeno hombre en proceso) que excluye toda implicación individualista "racional", que se despliega como *trino* (hecho-valor-norma o, si se prefiere, el siendo-la valoración, el momento teórico) todo lo cual (el *intrivirio* hombre) puede ser denominado *intrivirialismo*".

Para Caturelli el planteo básico del realismo interiorista pasa por la presencia originaria del ser al ente autoconsciente como *contemplación inicial* supuesta a todo; y «el proceso de filosofar en el tiempo es *progreso* interior contemplativo como tensión hacia el Ser inagotable y subsistente, objeto de la contemplación *final*».

Después de los tres estudios, se añade a la edición un apéndice titulada "Para la historia epistemológica argentina (1905-1970)" debido a la pluma de Diego Pró. Por último se agregan un *curriculum vitae* de Miguel Herrera Figueroa y una referencia bibliográfica.

HONRAS FÚNEBRES

Durante el año 1996 la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba sufrió la dolorosa pérdida de los miembros de número, Dres. Lisardo Novillo y Saravia y Enrique Carlos Banchio, y del antiguo y fiel colaborador Juan Carlos Maldonado.

DUELO DE LA ACADEMIA POR EL FALLECIMIENTO
DE SU MIEMBRO DE NÚMERO,
DOCTOR LISARDO NOVILLO SARAVIA

Córdoba, 7 de noviembre de 1996

Señora

Da. Susana Beltrán de Novillo Saravia

Presente

Distinguida Señora:

Cumplimos en dirigirnos a Ud. a los efectos de hacerle llegar con estas líneas las expresiones de vivo pesar que ha provocado en esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba la noticia del fallecimiento de su esposo, el académico doctor Lisardo Novillo Saravia.

Le acompañamos copia del decreto de duelo dictado en la fecha, en el que hemos querido poner de resalto las altas calidades humanas y científicas del doctor Novillo Saravia.

Le rogamos, estimada Señora, quiera recibir nuestro pésame y transmitirlo a sus hijos y resto de los familiares.

Saludámosla con atenta consideración.

Ricardo Haro
Secretario

Luis Moisset de Espanés
Presidente

Córdoba, 7 de noviembre de 1996

VISTO: El fallecimiento del Dr. Lisardo Novillo Saravia, acaecido el día de la fecha.

ATENTO: El carácter de miembro de número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, del que era titular el extinto desde el 31 de agosto de 1984 y en donde ocupaba el sitial "Lisandro Segovia".

La permanente e importante contribución que el Dr. Lisardo Novillo Saravia ha proporcionado a la Corporación a través de su reconocida capacidad científica e intelectual.

La trayectoria cumplida por el extinto en los diversos campos de su quehacer, entre los que cabe destacarse la labor docente en el ámbito de la enseñanza secundaria y universitaria, tanto en la Universidad Nacional como en la Universidad Católica de Córdoba.

La distinguida actuación que le cupo al Dr. Novillo Saravia en el ámbito de la actividad diplomática en oportunidad de su desempeño como embajador ante el Reino de Bélgica entre los años 1955 y 1957.

Es más que destacable desempeño del extinto como juez de cámara civil en la Justicia Ordinaria de la Provincia desde el año 1977, y su actuación como investigador, particularmente en el campo del Derecho Civil.

La hombría de bien y la rectitud de principios que fueron guía permanente en su vida pública y privada.

Por lo dicho y en atención al profundo pesar que la infortunada circunstancia provoca en este Cuerpo;

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, en uso de sus atribuciones,

RESUELVE:

Art. 1º) Disponer el duelo de la Institución por el fallecimiento de su miembro de número doctor Lisardo Novillo Saravia.

Art. 2º) Hacer presente el pésame a la señora esposa y demás deudos, acompañando copia de la presente Resolución.

Art. 3º) Rendir homenaje al extinto en oportunidad de la próxima sesión de la Academia.

Art. 4º) Designar al académico doctor Juan Manuel Aparicio para que hable en el acto del sepelio, invitando al mismo a los miembros de la Corporación.

Art. 5º) Enviar ofrenda floral al velatorio de los restos y ofrecer la sede académica a estos efectos.

Ricardo Haro
Secretario

Luis Moisset de Espanés
Presidente

*

*Palabras del doctor Juan Manuel Aparicio
en el acto del sepelio del académico de número,
doctor Lisardo Novillo Saravia*

El Dr. Lisardo Novillo Saravia fue académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ocupando el sillón correspondiente al Dr. Lisandro Segovia. Su incorporación a la Academia fue una justa distinción a méritos acumulados por un jurista cabal, un hombre de derecho de profunda vocación, con lucida trayectoria en los distintos campos que configuran el ciclo integral del quehacer jurídico: la investigación, el estudio y la docencia; el ejercicio profesional y el desempeño de la magistratura judicial.

Joven abogado a los veintidós años obtuvo poco después su doctorado en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional. Fue Profesor Titular y Profesor Emérito en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional y Catedrático de Derecho Civil III de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

Sus inquietudes culturales lo hicieron preocuparse por la educación pública: enseñó Historia en la Escuela Normal de Profesores Alejandro Carbó y también tuvo a su cargo la asignatura Legislación Escolar y Política Educacional perteneciente al curso de profesorado de ese prestigioso Instituto. Como testimonio de esta pre-

ocupación publicó en el año 1970 su estudio *La organización constitucional de la educación* que constituye un aporte de indudable valía sobre el tema y mereció el *accesit* al premio "Saavedra Lamas", instituido por la Academia Nacional de Buenos Aires en el año 1968.

Sus trabajos jurídicos evidencian las dotes de notable jurista: Son de recordar, especialmente, entre otros, los que versaron sobre la causa de las obligaciones, los vicios de los actos jurídicos, la irretroactividad de la ley, la responsabilidad civil por los dependientes y la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad.

Presidente del Consejo de Educación en el orden provincial y servidor de la República como Embajador acreditado ante el reino de Bélgica, fueron funciones que desempeñó con su proverbial idoneidad y conducta integérrima.

Su actuación en la justicia como Camarista civil fue destacable y es aún recordada con vivo encomio. Se distinguieron tanto su versación jurídica, como su independencia, capacidad de trabajo y sentido común, que representan las virtudes paradigmáticas de un juez.

He de obviar más detalles de lo que fue un jerarquizado currículum, para evocar al hombre íntegro y probo que estimamos profundamente. Impactaba su señorío y no pasaba inadvertida una invariable elegancia. Poco afecto a los rodeos y eufemismos, expresaba su pensamiento en forma precisa, directa y leal. En la serena mirada de sus claros ojos azules, trasparecía la sinceridad que siempre evidenciaba. Firme en sus convicciones, hizo de la corrección una norma de vida.

En este instante supremo que nos congrega, nos damos inevitablemente cuenta de la fragilidad corporal que representa el lampo fugaz de la existencia humana. Pero para un hombre del linaje moral de Lisardo Novillo Saravia, fue una arraigada certeza la trascendencia del espíritu. Sus firmes convicciones cristianas los han debido preparar para este momento. Conmovidos y acongojados por su desaparición física, nos reconforta ese pensamiento.

Nuestra vida está asociada a un patrimonio de sentimientos y evocaciones que nos acompaña permanentemente. Lisardo Novillo Saravia permanecerá en el recuerdo de sus seres queridos, en espe-

cial, su esposa, hijos y nietos que rememorarán permanentemente al jefe de familia ejemplar.

También entre sus amigos y colegas de la Academia de Derecho, siempre estará presente en la estima y reconocimiento de sus pares. Su formación e inteligencia le han granjeado un lugar de privilegio en el respeto de todos nosotros. Y, primordialmente, su memoria ha de pervivir intensamente en nuestro recuerdo, por el afecto que han cosechado sus atributos de hombre de bien.

Nos queda el consuelo que, al fin y al cabo, vivir en el corazón de quienes se deja, es otra suerte de victoria sobre este sino inevitable de la muerte física.

DUELO DE LA ACADEMIA POR EL FALLECIMIENTO
DE SU MIEMBRO DE NÚMERO,
DOCTOR ENRIQUE CARLOS BANCHIO

Córdoba, 16 de diciembre de 1996

Señora

Da. Antonia Beuck de Banchio y familia

Presente

De mi consideración:

Cumplo en dirigirme a Ud. a los efectos de hacerle llegar por medio de estas líneas las expresiones de vivo pesar que ha provocado en esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba la noticia del fallecimiento de su esposo, el académico de número doctor Enrique Carlos Banchio.

Le acompaño copia del decreto de duelo dictado en la fecha, en el que se ha querido poner de resalto la calidad personal y científica del doctor Banchio, así como el relevante lugar que ocupara en nuestra Corporación.

Le ruego, distinguida Señora, quiera recibir nuestro pésame, el que se hace extensivo a sus hijos y resto de los familiares.

Salúdola con atenta y distinguida consideración.

Luis Moisset de Espanés
Presidente

Córdoba, 16 de diciembre de 1996

VISTO: El fallecimiento del doctor Enrique Carlos Banchio, acaecido en fecha de ayer.

ATENTO: El carácter de miembro de número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, del que era titular el extinto desde el 11 de agosto de 1989, ocupando el sillón "José Olegario Machado".

La valiosa y constante colaboración que el doctor Enrique Carlos Banchio ha brindado a la Academia a través de su reconocida capacidad intelectual y científica.

La trayectoria cumplida por el extinto en los diversos campos de su quehacer, entre los que cabe ser destacada la labor docente y universitaria, ámbito de este último en el que ocupó hasta el momento de su deceso la función de Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba.

La ponderable actuación del doctor Banchio como investigador, particularmente en el ámbito del Derecho Privado.

La rectitud de principios y la hombría de bien que constituyeron guía permanente tanto en su vida pública como en la privada.

Por todo ello y en atención al profundo pesar que la infortunada circunstancia ocasiona en este Cuerpo,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, en uso de sus atribuciones,

RESUELVE:

Art. 1º) Disponer el duelo de la Institución por el fallecimiento de su miembro de número doctor Enrique Carlos Banchio.

Art. 2º) Hacer presente el pésame a la señora esposa y demás deudos, acompañando copia de la presente Resolución.

Art. 3º) Rendir homenaje al extinto en oportunidad de la próxima sesión de la Academia.

Art. 4º) Hacer uso de la palabra el infrascripto Presidente, en nombre de la Corporación, en el acto del sepelio.

Art. 5º) Efectuar un donativo a Cáritas Arquidiocesana a la memoria del extinto.

Ricardo Haro
Secretario

Luis Moisset de Espanés
Presidente

*

*Palabras del doctor Luis Moisset de Espanés
en el acto del sepelio del académico de número,
doctor Enrique Carlos Banchio*

Estamos reunidos aquí, familiares, amigos y tus compañeros de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, para despedirte.

Pareciera que fue ayer y han pasado cuatro décadas desde que nos conocimos en el Instituto de Derecho Civil, que dirigía Dn. Pedro León, impulsados por el deseo de aprender e investigar.

Pareciera que fue ayer y han transcurrido treinta y cinco años desde que, jóvenes profesores adjuntos por concurso, nos reunimos con Alfredo Rossetti y Guillermo Becerra Ferrer para formar un grupo de trabajo que, desde el Consejo Directivo de la Facultad luchase por lograr niveles de excelencia y reimplantar la exigencia de la tesis doctoral para quienes desempeñasen la cátedra en nuestra Facultad.

Pareciera que fue ayer cuando contrajiste enlace con "Tucha" Beuck, aquél día 3 de abril de 1963, convulsionado por una revuelta militar, y superando —todavía no sé cómo— el obstáculo de una ciudad en pie de guerra, logré atravesar todas las barreras, y llegar a la vieja confitería Oriental en calle 9 de Julio, retornando con la torta de bodas, como un trofeo, a la casa de calle San Lorenzo.

Pareciera que fue ayer cuando en un acto cargado de emotividad y regocijo, debí pronunciar las palabras de bienvenida el día de tu incorporación a la Academia Nacional de Derecho.

Era Enrique Carlos Banchio un jurista de sólida formación clásica. Luchó siempre porque nuestra Facultad cordobesa mantuviese en sus planes de estudio esa impronta humanista que la ha

caracterizado. Hace apenas veinte días, en la última conversación telefónica que sostuvimos, se ufanaba al destacar que es la única que mantiene dos cursos de Derecho Romano, indispensables para que nuestros futuros abogados conozcan las bases sobre las que asienta nuestro sistema jurídico.

Sentía Enrique un respeto casi sagrado por la ley y proclamaba la necesidad de que se la cumpliera a rajatabla, sin distorsiones “interpretativas” creadoras de un nuevo derecho, que muchas veces, más que la necesidad social pretende reflejar la subjetiva posición de los intérpretes. Entendía que ese “derecho libre” atentaba contra el valor “seguridad” que es uno de los sostenes más firmes del orden jurídico y que, cuando no se respeta la ley, peligran todas las instituciones.

Hoy que con tanta frecuencia advertimos el descaro con que nuestros administradores violan la Constitución y la ley, es conveniente que reflexionemos nuevamente sobre esos conceptos que Banchio defendía con tanta firmeza.

Pero Enrique no era un crudo normativista que pretendiese mantener un sistema jurídico rígido e inmutable. Prestaba permanente atención a las necesidades de transformación legislativa que impone el constante e incontenible cambio social.

Cuando debí presentarlo en la Academia recordé su tesis doctoral, sobre obligaciones de valor y su monografía sobre las “nuevas categorías de cosas”.

En el Instituto de Derecho Civil de nuestra Academia, que dirigía entonces con gran dedicación y singular éxito nuestro recordado compañero Dn. Lisardo Novillo Saravia, integró un equipo de trabajo que indagó en profundidad sobre los problemas éticos y jurídicos que generan los avances de la técnica en el terreno de la biogenética, con manipulaciones que pueden llegar a afectar incluso el futuro de la especie humana.

Y en los últimos años fue notoria la actividad que desplegó como integrante de la Comisión designada por la H. Cámara de Diputados de la Nación para elaborar un proyecto de Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, que superase las objeciones que provocaron el veto del anterior proyecto. Y menciono este hecho porque el mes pasado, pese a su salud ya minada por la implacable enfermedad que se lo ha llevado, Enrique —que era un

hombre puntilloso, y cumplía todas las obligaciones que asumía—sacando fuerzas de flaqueza y robando horas al sueño, compiló las notas dispersas que tenía sobre el tema de la “Responsabilidad en el Proyecto”, para elaborar un trabajo de colaboración para un libro Homenaje.

Fue éste uno de sus últimos esfuerzos, que ponen de relieve el temple, y la cristiana resignación con que sobrellevó los últimos y dolorosos tramos de su camino por este mundo.

Y ya que en un recuerdo nostálgico mencioné su boda, no puedo silenciar que fue un esposo amante y ejemplarmente fiel, un padre rígido, severo, pero hondamente cariñoso. Quedan, para acompañar y consolar a Tucha, sus seis hijos, sus nueras y sus nietos, que han de conservar el recuerdo de alguien que mereció siempre el respeto y afecto de quienes lo tratamos.

¡Dios Todopoderoso: recibe el alma de tu hijo, Enrique Carlos Banchio, y dános fuerza para soportar el dolor que nos causa su partida!

DUELO DE LA ACADEMIA POR EL FALLECIMIENTO
DE SU EMPLEADO, SEÑOR JUAN CARLOS MALDONADO

Córdoba, 23 de octubre de 1996

Señora
Josefina de Maldonado
Presente

De nuestra consideración:

Cumplimos en dirigirnos a Ud. a los efectos de hacerle llegar por medio de estas líneas las expresiones de vivo pesar que ha provocado en esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba la noticia del fallecimiento de su esposo, don Juan Carlos Maldonado.

Le acompaño copia del decreto de duelo dictado en la fecha, en el que hemos querido poner de resalto la eficiencia y la fidelidad demostradas por el extinto a lo largo de los dieciséis años durante los cuales colaboró en esta Institución.

Le rogamos, estimada Señora, quiera recibir nuestro pésame y transmitirlo a sus hijos y resto de los familiares.

Saludámosla con atenta consideración.

Gastón Urrets Zavalía
Secretario Técnico

Ricardo Haro
Secretario

Ernesto Rey Caro
Tesorero

Córdoba, 23 de octubre de 1996

VISTO: El fallecimiento del señor Juan Carlos Maldonado acaecido en esta ciudad en el día de la fecha,

CONSIDERANDO: que el señor Maldonado se ha desempeñado como empleado de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en forma ininterrumpida, desde el primero de abril de mil novecientos ochenta.

Que a lo largo de su desempeño el nombrado ha acreditado no sólo un gran señorío y aplicación en el cumplimiento de sus tareas, sino también, y muy especialmente, la mayor corrección personal y funcional.

Por lo dicho, y en atención al pesar que la infortunada circunstancia provoca en la Corporación,

EL SECRETARIO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, en ausencia de los señores Presidente y Vicepresidente, y uso de sus atribuciones,

RESUELVE:

Art. 1º) Disponer el duelo de la Institución por el fallecimiento de su fiel colaborador señor Juan Carlos Maldonado.

Art. 2º) Hacer presente el pésame a la señora esposa y demás familiares, acompañando copia de la presente Resolución.

Art. 3º) Invitar a los señores Académicos a participar del velatorio y del sepelio de los restos, sin perjuicio de hacer conocer oficialmente a la Corporación el deceso del señor Maldonado, en la próxima sesión de la misma.

Art. 4º) Enviar ofrenda floral en nombre de la Corporación.

Gastón Urrets Zavalía
Secretario Técnico

Ricardo Haro
Secretario

Ernesto Rey Caro
Tesorero

NUEVOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

En la sesión del día 17 de diciembre de 1996 fueron designados nuevos académicos de número los Dres. EDUARDO FANZOLATO, MARIO MARTÍNEZ CRESPO, RAMÓN DANIEL PIZARRO y HORACIO ROITMAN. Los mencionados académicos electos se incorporarán en el próximo año académico de 1997.

ESTATUTOS DE LA ACADEMIA

ESTATUTOS *

FINALIDADES ¹

Art. 1º – La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tiene las siguientes finalidades:

- Iº) Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales, que fueren propuestas en su seno.
- IIº) Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales.
- IIIº) Propender al perfeccionamiento de la legislación del país, por medio de proposiciones de reforma o de la crítica de las iniciativas que le fueren sometidas.

ATRIBUCIONES

Art. 2º – Son atribuciones de la Academia:

- Iº) Elegir sus miembros de número, honorarios y correspondientes.
- IIº) Realizar los actos conducentes a las finalidades establecidas.
- IIIº) Evacuar las consultas que sobre las materias de su especialización le fueren formuladas por los poderes públicos o propuestas por los institutos científicos, docentes y técnicos oficiales.
- IVº) Formar parte de tribunales encargados de dictaminar sobre el mérito de un trabajo intelectual.

(*) Con sus reformas de 1965 y 1995.

¹ Ver decreto-ley 4362/55.

Vº) Otorgar premios a trabajos de derecho y ciencias sociales.

VIº) Disponer las publicaciones de sus sesiones, de trabajos, comunicaciones, conferencias y memorias que le fueren presentadas.

VIIº) Dictar un reglamento interno.

COMPOSICIÓN

Art. 3º – La Academia se compondrá hasta de treinta y cinco académicos de número y de los honorarios y correspondientes que designe. Todos estos cargos serán gratuitos y vitalicios².

Art. 4º – Los académicos de número, honorarios y correspondientes serán personas calificadas en las disciplinas jurídica y sociales, por el ejercicio de la docencia con antigüedad no inferior a diez años o el desempeño de cargos en la magistratura o por la realización de trabajos que definan claramente una capacidad superior.

(Art. 3º del decreto 1113/925).

a) De los Académicos de Número

Art. 5º – Los académicos de número serán designados en una sesión especial que se convocará al efecto con diez días de anticipación, previa propuesta firmada por cuatro académicos, por lo menos, en la que se especificarán los antecedentes y títulos de los propuestos, la cédula de citación deberá contener el nombre de los citados.

Art. 6º – La elección de los académicos de número se hará en sesión con quorum ordinario y por mayoría de los miembros presentes en sesión.

Art. 7º – En el acto de la incorporación, los académicos de número leerán un trabajo científico que contendrá además, un recuerdo de la obra realizada por su antecesor. La Academia designa-

² Modificado por decr.-ley 4362/55 - Art. 3.

rá de su seno uno de sus miembros para que salude en su nombre al nuevo académico.

Art. 8° – Los cargos de académicos serán numerados y los sillones llevarán el nombre de un jurista argentino vinculado a la cultura jurídica de Córdoba. El sillón del Presidente llevará el nombre de Dalmacio Vélez Sársfield, pero el académico que lo ocupe conservará con carácter permanente el sillón que originariamente le fue adjudicado, el cual no se reputará vacante. Los académicos de número que sin estar impedidos, no asistieren habitualmente a la actividad de la Academia, serán invitados por el Presidente a integrarse a ella. De persistir la inasistencia a las sesiones realizadas durante el año académico se suspenderá el derecho a voto. Dicho derecho se recuperará, a solicitud del interesado, después de asistir regularmente durante un año académico, y por el voto de la mayoría de los miembros presentes³.

b) De los Académicos Honorarios

Art. 9° – Los académicos de número impedidos de manera permanente de asistir a las sesiones públicas y privadas, podrán pasar a revestir en la categoría de académicos honorarios. Esta designación deberá resolverse en sesión especial y por mayoría de los miembros presentes⁴.

Art. 10° – Los académicos honorarios tendrán el mismo rango que los de número, pero sólo tendrán voto en las cuestiones puramente científicas.

c) De los Académicos Correspondientes

Art. 11° – Los académicos correspondientes serán elegidos de la manera establecida para los académicos de número, podrán participar en los actos y deliberaciones de la Academia, pero sin derecho a voto.

³ Modificados en Sesión Especial del 7/8/95 (Acta N° 9/95).

⁴ Modificados en Sesión Especial del 7/8/95 (Acta N° 9/95).

DE LAS AUTORIDADES

Art. 12° – La Academia elegirá por el término de tres años, de entre los académicos de número, con derecho a voto, un presidente, un vicepresidente, un secretario y un tesorero, en quorum ordinario y a mayoría absoluta de los miembros presentes en sesión⁵.

Art. 13° – Las autoridades de la Academia podrán ser reelegidas en sus respectivos cargos, solamente por un período consecutivo y continuarán en el ejercicio de sus funciones mientras no asuman quienes deben reemplazarlas⁶.

Art. 14° – En caso de renuncia, muerte o impedimento permanente de alguna de las autoridades, se procederá dentro de un mes a elegir el reemplazante.

a) Del Académico Presidente

Art. 15° – El académico presidente ejerce la representación de la Academia, convoca y preside las sesiones, nombra el personal administrativo, toma las medidas necesarias para el cumplimiento de las disposiciones pertinentes y resuelve los asuntos urgentes. De esto último dará cuenta a la Academia en la sesión siguiente. En caso de ausencia o impedimento, será reemplazado por el académico vicepresidente y a falta de ambos ejercerá la presidencia el académico de mayor edad. Al finalizar su mandato, el académico presidente se incorporará a la Presidencia de Honor⁷.

Art. 16° – En la primera sesión ordinaria de cada año el académico presidente presentará una memoria de la marcha y situación de la Academia con indicación de las actividades desarrolladas y el estado de las cuentas del ejercicio.

⁵ Modificados en Sesión Especial del 7/8/95 (Acta N° 9/95).

⁶ Modificados en Sesión Especial del 7/8/95 (Acta N° 9/95).

⁷ Modificados en Sesión Especial del 7/8/95 (Acta N° 9/95).

b) Del Académico Vicepresidente

Art. 17° – El académico vicepresidente desempeñará las funciones del presidente en los casos previstos en el artículo quince.

c) Del Académico Secretario

Art. 18° – El académico secretario es el Jefe inmediato del personal administrativo y aparte de las tareas inherentes a su cargo, preparará las sesiones y levantará las actas correspondientes. En caso de impedimento del titular el presidente podrá encargar interinamente la secretaría de la Academia a otro académico de número.

DE LAS SECCIONES

Art. 19° – La Academia, sin perjuicio de la designación de comisiones especiales, determinará el objetivo y el número de las secciones permanentes de que se compondrá.

Art. 20° – Cada sección nombrará anualmente un presidente de entre sus miembros y organizará sus trabajos. El académico presidente lo será, igualmente, de las secciones de que forma parte.

DE LAS SESIONES

Art. 21° – Las sesiones serán ordinarias o extraordinarias. Las ordinarias se realizarán una vez al mes, desde el quince de abril hasta el quince de diciembre. Las extraordinarias, cuando el presidente lo considere conveniente o lo pidieran tres miembros.

Art. 22° – En las sesiones se considerarán y discutirán los trabajos que presenten las secciones o los académicos, y los estudios de personas que no pertenezcan a la institución, de reconocida especialización científica, siempre que sean propuestos por el académico presidente o dos académicos, y medie dictamen favorable de la sección respectiva.

Art. 23° – Excepto los casos especiales previstos, la Academia funcionará, tanto en las sesiones ordinarias como en las extraordinarias, con la presencia de ocho miembros, por lo menos, mientras el número de los académicos titulares no exceda de veinte; excediendo de este número el quórum ordinario será de diez. Sin embargo, si pasados treinta minutos desde la hora prevista para la sesión no se lograre el quórum establecido, aquélla podrá celebrarse con un mínimo de seis académicos. Las decisiones serán tomadas por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes en la sesión. El Académico Presidente decide en caso de empate además de emitir su voto como académico⁸.

Art. 24° – Toda convocatoria se hará por comunicación escrita, dirigida a cada uno de los académicos, en la que se especificará los puntos a considerarse. Para el orden de las sesiones se aplicarán las normas del derecho parlamentario.

Art. 25° – Las sesiones serán públicas o privadas, según lo determine la Academia.

DE LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS

Art. 26° – Los presentes estatutos podrán ser reformados por iniciativa del Académico presidente o a pedido de tres académicos.

Las reformas deberán considerarse en una sesión especial cuyo quorum esté constituido por los dos tercios del total de los miembros de número. La reforma sólo podrá sancionarse por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes en sesión.

⁸ Modificado en Sesión Especial del 26/11/65.

REGLAMENTACIÓN PARA
LA DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES

REGLAMENTACIÓN PARA LA DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES

- Art. 1.- La Dirección de Publicaciones será ejercida por un Director que designará la Academia y que durará tres años en su cargo. Este será compatible con cualquier otro cargo que ejerza en la Academia.
- Art. 2.- Serán obligaciones y atribuciones del Director:
- a) Tener a su cuidado todas las publicaciones de la Academia, entre las cuales se cuentan especialmente los *Anales* y los *Cuadernos* de los Institutos. Para este fin, tanto los Directores de los Institutos, como el Secretario Técnico de la Academia, presentarán al Director el material destinado a su examen y publicación, en tiempo oportuno.
 - b) Llamar a concurso de precios, por lo menos bianualmente, con el objeto de asignar la edición de las publicaciones. Dará cuenta de su resultado al señor Presidente de la Academia.
- Art. 3.- La relación de la Academia con los editores será ejercida exclusivamente y de manera inmediata por el Director, sin perjuicio de las facultades del Presidente y de la propia Academia.
- Art. 4.- Los pagos que la Academia deba efectuar a los editores y/o los gastos que se efectuaren con motivo de las publicaciones, serán visados previamente por el Director.
- Art. 5.- Los Anales de la Academia tendrán una dimensión de hasta trescientas páginas, siempre que circunstancias ex-

traordinarias no aconsejaren otro temperamento, en cuyo caso el Director, con acuerdo del Presidente de la Academia resolverá en consecuencia.

- Art. 6.- Los Cuadernos de los Institutos podrán tener anualmente una dimensión de hasta doscientas páginas, si los fondos de la Academia así lo permitieren, de acuerdo a los estudios presupuestarios que la Presidencia determine.
- Los Directores de los Institutos podrán aportar fondos para sus respectivas publicaciones, informando en cada caso al Director de Publicaciones.
- En caso de que un Instituto cuente con fondos suficientes logrados por sus propias gestiones podría exceder proporcionalmente las doscientas páginas.

Texto aprobado con reforma del art. 6, en sesión del 3/12/96 (acta N° 19/1996).

ÍNDICE DE TRABAJOS Y CONFERENCIAS
PUBLICADAS EN *ANALES*

ÍNDICE DE TRABAJOS Y CONFERENCIAS PUBLICADAS EN ANALES

Tomos XXI al XXXIII. Años 1982 - 1994

• TOMOS XIX Y XX (NÚMERO ESPECIAL), AÑOS 1979 Y 1980.

Creación y reglamentaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [pág. 19]

Una fecha memorable para la historia de la cultura de Córdoba. La jornada intelectual del 24 de mayo de 1979, *por don Francisco Jurado Padilla*. [pág. 53]

• TOMO XXI (AÑO 1982).

Sociedad y conocimiento, *por el Dr. Alfredo E. Ves Losada*. [pág. 23]

La Corte Suprema de Justicia: órgano político y constituyente, *por el Dr. Dardo Pérez Guilhou*. [pág. 37]

Jurisdicción y proceso, *por el Dr. Fernando de la Rúa*. [pág. 57]

El centenario de Félix Frías, *por el Dr. Pedro J. Frías*. [pág. 69]

Consideraciones sobre el municipio en la Argentina, *por el Dr. Alberto A. Natale*. [pág. 83]

La "administración fraudulenta" en el pensamiento legislativo de Sebastián Soler, *por el Dr. Daniel P. Carrera*. [pág. 95]

El dominio minero, *por el Dr. Víctor Martínez*. [pág. 103]

Fundamento jurídico de Mayo, *por el Dr. Carlos Luque Colombres*. [pág. 115]

Aspectos de la autonomía doctrinaria del derecho agrario, *por el Dr. Fernando P. Brebbia*. [pág. 123]

Dalmacio Vélez Sársfield coautor del Código de Comercio, *por el Dr. Héctor R. Cámara.* [pág. 143]

Dos juristas ilustres: Friedrich Carl von Savigny y Rodolfo von Ihering, *por el Dr. Edgard A. Ferreyra.* [pág. 159]

Los fundamentos ontológicos del Derecho Penal castellano-indiano, *por el Dr. Roberto I. Peña.* [pág. 169]

Derecho, biología, persona humana, *por el Dr. Pedro León Feit.* [pág. 177]

Homenaje al Doctor Sofanor Novillo Corvalán. Discurso del Dr. José Ignacio Cafferata. [pág. 197]

Homenaje al Dr. Donato Latella Frías. Discurso del Dr. Alfredo Poviña. [pág. 204]

Iª Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba. [pág. 205]

Tema: Inflación económica y relaciones jurídicas, *por el Dr. José Severo Caballero.* [pág. 217]

Intervención del Dr. Edgard A. Ferreyra. [pág. 226]

Exposición del Dr. Francisco Quintana Ferreyra. [pág. 227]

Homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sársfield.

Discurso del Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Dr. Marcelo J. Espinosa. [pág. 231]

Discurso del Dr. José Manuel Saravia. [pág. 234]

• TOMO XXII (AÑO 1983).

Reflexiones para una reforma del art. 14 de la ley 48, *por el Dr. Guillermo Berra Ferrer.* [pág. 17]

Los regímenes electorales y su legitimación en un sistema democrático, *por el Dr. Néstor Pedro Sagüés.* [pág. 31]

El derecho y los recursos naturales, *por el Dr. Antonio C. Vivanco.* [pág. 49]

Ortega y Gasset sociólogo y su sociología como sistema, *por el Dr. Alfredo Poviña.* [pág. 63]

Reflexiones sobre la institución presidencial en Estados Unidos y en la Argentina, *por el Dr. Rodolfo P. Martínez.* [pág. 87]

Mayorías y minorías políticas en la praxis institucional argentina, *por el Dr. Juan Ramón Guevara*. [pág. 111]

Un momento de federalismo estadounidense: entra en escena el *new deal*, *por el Dr. Antonio La Pergola*. [pág. 133]

La ley 22.903 reformatoria del estatuto legal de las sociedades comerciales en la República Argentina, *por el Dr. Héctor R. Cámara*. [pág. 149]

Algunas consideraciones sobre la reforma a la ley de concursos, *por el Dr. Francisco Quintana Ferreyra*. [pág. 161]

IIª Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba. [pág. 169]

La sociología de base del federalismo como sistema, *por el Dr. Alfredo Poviña*. [pág. 172]

Reunión de Academias Nacionales en Ushuaia. [pág. 179]

Vivir del confin, *por el Dr. Pedro J. Frías*. [pág. 179]

Homenaje al Dr. Miguel Angel Cárcano. [pág. 203]

Miguel Angel Cárcano, *por el Dr. Pedro J. Frías*. [pág. 203]

• TOMO XXIII (AÑO 1984).

Hacia un derecho de la crisis económica, *por el Dr. Alejandro Guillermo Baro*. [pág. 21]

Ensayo de una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho positivo argentino, *por el Dr. Roberto H. Brebbia*. [pág. 55]

La democracia constitucional como cultura, *por el Dr. René H. Balestra* [pág. 83]

Los derechos difusos, *por el Dr. Gustavo Adolfo Revidatti*. [pág. 93]

El aprovechamiento del talento nacional en la política pública, *por el Dr. Adolfo A. Critto*. [pág. 117]

IIIª Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba. [pág. 129]

La interpretación sociológica de las funciones del derecho como control social en la sentencia arbitraria, *por el Dr. Alfredo Poviña*. [pág. 137]

Interpretación en derecho público provincial, *por el Dr. Pedro J. Frías* [pág. 151]

- La interpretación en el derecho administrativo, *por el Dr. Miguel S. Marienhoff*. [pág. 153]
- Distintas corrientes en la interpretación jurídica, *por el Dr. José Domingo Ray*. [pág. 163]
- La interpretación en el derecho procesal, *por el Dr. Jorge Clariá Olmedo*. [pág. 173]
- La interpretación de los actos jurídicos privados y su impugnación por arbitrariedad en la instancia extraordinaria (art. 14 de la ley 48), *por el Dr. Marco Aurelio Risolia*. [pág. 179]
- Calificación e interpretación de los actos jurídicos: aproximación y diferencias en cuanto a su aptitud como fundamentos del recurso extraordinario por arbitrariedad, *por el Dr. Federico Videla Escalada*. [pág. 187]
- La interpretación en el derecho tributario, *por el Dr. Horacio García Bel-sunce*. [pág. 193]
- Acerca de la interpretación y las tendencias actuales, *por el Dr. Olsen A. Ghirardi*. [pág. 203]
- Consideraciones actuales sobre el problema de la interpretación del derecho, *por el Dr. Edgard A. Ferreyra*. [pág. 207]
- Interpretación del derecho, *por el Dr. Luis Moisset de Espanés*. [pág. 217]

• TOMO XXIV (AÑO 1985).

- Estado y sociedad: nuevo trato, *por el Dr. Pedro J. Frías*. [pág. 11]
- Consecuencias de la limitación convencional de los efectos del matrimonio en el derecho argentino, *por la Dra. María Josefa Méndez Costa*. [pág. 57]
- Justino César, *por el Dr. Efraín Hugo Richard*. [pág. 95]
- El posible futuro del Derecho Comercial, *por el Dr. Efraín Hugo Richard*. [pág. 97]
- La filosofía juvenil de Alberdi, *por el Dr. Olsen A. Ghirardi*. [pág. 117]
- Lisandro Segovia, *por el Dr. Lisardo Novillo Saravia*. [pág. 131]
- Alfredo Orgaz, *por el Dr. Lisardo Novillo Saravia*. [pág. 133]
- Consecuencias anómalas de los actos jurídicos: inoponibilidad y apariencia, *por el Dr. Lisardo Novillo Saravia*. [pág. 135]

La eficiencia congresional y las comisiones legislativas, *por el Dr. Ricardo Haro*. [pág. 163]

Los requisitos funcionales de la democracia constitucional, *por el Dr. Mario Justo López* [pág. 181]

Trayectoria y probidad de Alberdi, *por el Dr. Abraham Valdez* [pág. 205]

Alberdi ayer y hoy, *por el Dr. Horacio Sanguinetti*. [pág. 212]

• TOMO XXV (AÑO 1986).

Vª REUNIÓN CONJUNTA DE ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO:

Tema: Persona y Derecho. [pág. 1]

El concepto "persona" en el Derecho (análisis epistemológico), *por el Dr. Olsen A. Ghirardi*. [pág. 9]

Persona y derechos personalísimos. Protección jurídica de la intimidad y derecho de réplica, *por el Dr. Marco Aurelio Risolía*. [pág. 21]

Comienzo, vicisitudes y fin de la persona humana, *por el Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. [pág. 45]

Horizontes filosóficos, sociológicos y culturales de la persona en el Derecho Constitucional, *por el Dr. Germán Bidart Campos*. [pág. 57]

Persona jurídica y realidad económica, *por el Dr. José Domingo Ray*. [pág. 65]

La persona jurídica en la evolución contemporánea, *por el Dr. Efraín Hugo Richard*. [pág. 81]

La informática y la protección del secreto de la vida privada, *por el Dr. Jorge Bustamante Alsina*. [pág. 89]

La persona jurídica en el derecho penal, *por el Dr. Julio Cueto Rúa*. [pág. 102]

La conservación de la empresa, *por el Dr. Efraín Hugo Richard*. [pág. 107]

Santiago Derqui, *por el Dr. Jorge de la Rúa*. [pág. 125]

José León Schwartz, *por el Dr. Jorge de la Rúa*. [pág. 126]

Algunas reflexiones sobre la necesidad de la reforma penal en la República Argentina, *por el Dr. Jorge de la Rúa*. [pág. 126]

La nominalidad obligatoria de las acciones de sociedades anónimas y el asentimiento conyugal para su transferencia, *por el Dr. Efraín Hugo Richard*. [pág. 135]

Juicios de declaración de nulidad de matrimonio en Córdoba del Tucumán (siglo XVIII): Un caso jurisprudencial, *por el Dr. Roberto I. Peña*. [pág. 141]

Acerca de una ley lógica que rige la evolución de los conceptos jurídicos fundamentales, *por el Dr. Olsen A. Ghirardi*. [pág. 141]

La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional, *por el Dr. Manuel Aragón*. [pág. 177]

Evolución de la noción de contrato agrario y las clasificaciones propuestas, *por el Dr. Fernando P. Brebbia*. [pág. 207]

El acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina, *por el Dr. Pedro J. Frías*. [pág. 223]

La reparación del daño moral, *por el Dr. Luis Orlando Andorno*. [pág. 269]

• TOMO XXVI (AÑO 1987).

El derecho de aguas en la Legislación Federal Argentina, *por el Dr. Joaquín M. López*. [pág. 25]

La política ambiental y el papel en la Legislación, *por el Prof. Lynton Keith Caldwell*. [pág. 75]

Presidencialismo y parlamentarismo, *por el Prof. Pier Luigi Zampetti*. [pág. 89]

Fuentes del Derecho Canónico Indiano: los autores Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum Universum, *por el Dr. Roberto I. Peña*. [pág. 111]

Efectos societarios de la insolvencia, *por el Dr. Efraín Hugo Richard*. [pág. 161]

Estructura económica del orden social, *por el Dr. Alfredo Ves Losada*. [pág. 183]

Grocio y la igualdad de los contratos onerosos, *por el Dr. Manuel Río*. [pág. 197]

Proyecto de ley de unificación de la legislación de fondo civil y comercial. [pág. 245]

Una aproximación al proyecto de unificación legislativa civil y comercial, *por el Dr. Héctor R. Cámara*. [pág. 253]

Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, *por el Dr. Luis Moisset de Espanés*. [pág. 289]

Unificación de la legislación civil y comercial - Opiniones complementarias, *por el Dr. Luis Moisset de Espanés*. [pág. 303]

En torno al proyecto de unificación del derecho privado. Empresa y sociedad como base del nuevo derecho mercantil, *por el Dr. Efraín Hugo Richard*. [pág. 311]

Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, *por el Dr. Jorge A. Carranza*. [pág. 343]

Sobre el proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial, *por el Dr. Lisardo Novillo Saravia*. [pág. 361]

Unificación de la legislación civil y comercial, *por el Dr. Emilio Cornejo Costas*. [pág. 369]

El plazo normativo: el finalismo de las leyes. Los usos y costumbres, *por el Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. [pág. 373]

Protección legal al derecho de la intimidad, *por el Dr. Edgard A. Ferreyra*. [pág. 379]

VIª Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales. [pág. 391]

El régimen concursal en el proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial, *por el Dr. Héctor Cámara*. [pág. 397]

Prescripción, *por el Dr. Luis Moisset de Espanés*. [pág. 433]

Contratos asociativos, *por el Dr. Efraín H. Richard*. [pág. 453]

Fuentes del Derecho en el Proyecto de Unificación (art. 16), *por el Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. [pág. 495]

Personas jurídicas, *por el Dr. Emilio Cornejo Costas*. [pág. 501]

Sobre el Art. 1151 (2º Apartado) del Proyecto de Unificación, *por el Dr. Roberto H. Brebbia*. [pág. 509]

• TOMO XXVII (AÑO 1988).

Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, *por François Chabas*. [pág. 35]

Consejero de la Magistratura, *por el Dr. Florentino V. Izquierdo*. [pág. 47]

- Derecho y Violencia, *por el Dr. Jorge O. Benchetrit Medina*. [pág. 69]
- La censura previa judicial a la prensa. Problemática constitucional, *por el Dr. Néstor Pedro Sagüés*. [pág. 99]
- Coloquio argentino-chileno de Derecho Público. [pág. 121]
- Influencia del Tribunal Constitucional en la creación de conciencia constitucional, *por el Dr. José Luis Cea Egaña*. [pág. 135]
- Más allá de la teoría de las clases sociales, *por el Dr. Juan Carlos Agulla*. [pág. 165]
- El derecho bancario y la Constitución Nacional, *por el Dr. Héctor Angel Benébaz*. [pág. 191]
- La sociedad anónima como problema, *por el Dr. Angel Rojo Fernández-Río*. [pág. 273]
- Desigualdad del varón y la mujer, *por el Dr. Pablo A. Ramella*. [pág. 311]
- Federalismo, medio ambiente y recursos naturales, *por el Dr. William Futrell*. [pág. 343]
- VIIª Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales. [pág. 359]
- La interpretación económica del Derecho, *por el Dr. José M. Iturraspe*. [pág. 371]
- Derecho económico y economía dirigida, *por el Dr. Lisardo Novillo Saravia*. [pág. 391]
- Economía y Derecho Público, *por el Dr. Pedro J. Frías*. [pág. 403]
- Economía y Derecho, *por el Dr. Alfredo E. Ves Losada*. [pág. 409]
- El Derecho, la economía y el hombre, *por el Dr. Emilio Cornejo Costas*. [pág. 435]
- Facultades normativas del Banco Central de la República Argentina, *por el Dr. Jesús L. Abad*. [pág. 445]
- Reflexiones sobre inflación, economía y derecho, *por el Dr. Florentino V. Izquierdo*. [pág. 469]
- Derecho de excepción para economía de excepción, *por el Dr. Alejandro Guillermo Baro*. [pág. 495]
- Economía y Derecho, *por el Dr. Efraín H. Richard*. [pág. 525]
- Vigencia de las instituciones penales argentinas, *por el Dr. Justo Laje Anaya*. [pág. 547]

• TOMO XXVIII (AÑO 1989).

Breve reseña del Pensamiento Jusfilosófico Argentino, *por el Dr. Juan Carlos Smith*. [pág. 27]

Proyecciones en Derecho Internacional Público de la cooperación de los estados para la prevención y represión de la delincuencia internacional, *por el Dr. Horacio Daniel Piombo*. [pág. 57]

La situación espiritual del tiempo presente, *por el Dr. Winfried Bohm*. [pág. 75]

Análisis y proyección del fallo de la Corte de la Nación sobre las aguas del Atuel, *por el Dr. Aldo Guarino Arias*. [pág. 91]

El contencioso administrativo. Ayer, hoy y mañana, *por el Dr. Julio Isidro Altamira Gigena*. [pág. 111]

Reflexiones en torno a la patentabilidad de los medicamentos, *por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci*. [pág. 121]

• TOMO XXIX (AÑO 1990).

El federalismo y la Europa Contemporánea, *por Pedro J. Frías*. [pág. 3]

Las autonomías regionales y la Comunidad Europea, *por Antonio La Pergola*. [pág. 23]

La Corte Suprema de los Estados Unidos: cambios recientes y tendencias futuras, *por Bernard Schwartz*. [pág. 33]

Integración Ambiental Internacional: perspectivas de la Comunidad Europea, *por Eckard Reh binder*. [pág. 45]

Respuesta internacional a los problemas del medio ambiente: retrospectiva y prospectiva, *por el Lynton K. Caldwell*. [pág. 59]

Descentralización y Autonomía en la Constitución, *por Eduardo Roca Roca*. [pág. 71]

De la Social-democracia al Social-liberalismo, *por Juan Ferrando Badía*. [pág. 90]

Régimen jurídico de los Reglamentos: prelación normativa en el Derecho Positivo, *por Jesús L. Abad Hernando*. [pág. 111]

Constitucionalidad de las privatizaciones, *por Néstor Pedro Sagüés*. [pág. 127]

- Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?, *por Ricardo Haro*. [pág. 140]
- La responsabilidad civil por el daño ambiental, *por Aída Kemelmajer de Carlucci*. [pág. 169]
- Procreación asistida, *por Lisardo Novillo Saravia*. [pág. 197]
- La transferencia de condenados: nuevo instituto de la cooperación penal internacional, *por Horacio Daniel Piombo*. [pág. 213]
- Desarrollo económico y formas jurídicas para el desenvolvimiento empresario, *por Efraín H. Richard*. [pág. 235]
- La interpretación de la ley y su aplicación, *por Emilio Cornejo Costas*. [pág. 255]
- Conversación con Fray Francisco de Vitoria, *por Manuel A. Vieira*. [pág. 263]
- La enseñanza del Derecho: presupuestos y opiniones, *por Fernando Martínez Paz*. [pág. 278]
- El profesor de Derecho, *por Juan Carlos Agulla*. [pág. 295]
- El tiempo y el Derecho contemporáneo, *por Gustavo A. Revidatti*. [pág. 311]
- Un antiguo problema siempre actual. "Common Law", Derecho Continental y el problema de los Universales, *por Olsen A. Ghirardi*. [pág. 315]
- La Personalidad en el Código Penal argentino y sus problemas actuales, *por Daniel P. Carrera*. [pág. 357]
- Tendencias actuales del Contrato, *por Juan Manuel Aparicio*. [pág. 365]
- El Derecho Internacional en las últimas décadas, *por Ernesto Rey Caro*. [pág. 397]
- Status jurídico del *nasciturus* en la procreación asistida, *por Enrique C. Banchio*. [pág. 431]
- El Derecho Tributario dentro de las Ciencias Jurídicas, *por Héctor Belisario Villegas*. [pág. 483]
- Reflexión sobre Principios y Espíritu del Derecho Público y del Derecho Civil Argentino, *por Agustín Díaz Bialet*. [pág. 505]

• TOMO XXX (AÑO 1991) (VOL. 1).

- Lo esencial en la supremacía de la Constitución, *por Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato*. [pág. 27]

El parlamentarismo hiper-racionalizado en la Constitución española de 1978, *por Francisco Fernández Segado*. [pág. 49]

Reflexiones sobre la llamada Escuela de Exégesis, *por Luis Moisset de Espanés*. [pág. 77]

La persona humana antes del nacimiento, *por Olsen A. Ghirardi*. [pág. 93]

Derecho y nuevas tecnologías, *por Antonio A. Martino*. [pág. 129]

• TOMO XXX (AÑO 1991) (VOL. 2).

La Facultad de Derecho ante la situación actual del abogado, *por Luis Enrique Pereira*. [pág. 29]

IX ENCUENTRO DE ACADEMIAS DE DERECHO

La Legislación aeronáutica argentina: 1940/1990, *por Federico M. Videla Escalada*. [pág. 45]

Cincuenta años de lecturas jurídico-políticas, *por Pedro J. Frías*. [pág. 81]

La jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de obligaciones dinerarias en los últimos cincuenta años, *por Félix Alberto Trigo Represas*. [pág. 161]

Convenciones internacionales suscriptas por la República Argentina con incidencia en el régimen de capacidad de las personas y Derecho de Familia (1940-1990), *por Roberto Martínez Ruiz*. [pág. 181]

El Derecho Penal Argentino de 1940 a 1990, *por Enrique Ramos Mejía*. [pág. 193]

El Derecho de la Navegación en la Argentina de 1940 a 1990, *por José D. Ray*. [pág. 205]

Los últimos cincuenta años del Derecho Civil Argentino, *por Luis Moisset de Espanés*. [pág. 223]

El Derecho Civil ante las nuevas exigencias en la tutela jurídica de la persona humana, *por Enrique Carlos Banchio*. [pág. 251]

Cincuenta años en la evolución del Derecho del Trabajo argentino, *por Antonio Vázquez Vialard*. [pág. 267]

Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia, *por Juan Carlos Cassagne*. [pág. 329]

El Derecho Argentino 1941-1991 - "Derecho Falencial", *por Alejandro Guillermo Baro*. [pág. 341]

El constitucionalismo argentino en el último medio siglo, *por Ricardo Haro*. [pág. 365]

La Filosofía del Derecho y el cambio, *por Olsen A. Ghirardi*. [pág. 387]

Tratados internacionales y legislaciones procesales (Observaciones), *por Luis Moisset de Espanés*. [pág. 433]

La equidad en la jurisprudencia de la Corte nacional, *por Aída Kemelmajer de Carlucci*. [pág. 435]

Justicia y opinión pública (1941-1991), *por Alfredo E. Ves Losada*. [pág. 449]

• TOMO XXXI (AÑO 1992).

El referéndum no vinculante y el procedimiento de reforma de la Constitución Nacional, *por Guillermo Becerra Ferrer*. [pág. 27]

El principio prosopológico: presuponer en cada uno de nosotros el ser integral, *por Jean-Marc Trigeaud*. [pág. 39]

Jurisdicción y doctrina, *por Carlos Creus*. [pág. 93]

Ectogénesis. Consideraciones civiles y penales, *por Justo Laje Anaya*. [pág. 125]

El concepto de persona humana en el Código Civil argentino frente a la fecundación *in vitro*, *por Christian Alejandro Schulthess*. [pág. 187]

• TOMO XXXII (AÑO 1993).

El Estado y las comunidades autónomas ante las relaciones internacionales en la Constitución española de 1978, *por Francisco Fernández Sego*. [pág. 27]

Aproximación a la Epistemología del Derecho - Un problema epistemológico: la distinción entre Derecho y Ciencia del Derecho, *por Olsen A. Ghirardi*. [pág. 91]

Aspectos del estado de necesidad, *por Justo Laje Anaya*. [pág. 121]

El Derecho en un período de transición entre dos épocas, *por Carlos Fernández Sessarego*. [pág. 129]

Malvinas Año 2000, *por Enrique Ferrer Vieyra*. [pág. 161]

Planificación, Economía y Derecho, *por Jorge A. Carranza*. [pág. 189]

- Problemas y Teorías actuales de la interpretación jurídica, *por Rodolfo Luis Vigo*. [pág. 205]
- La responsabilidad civil como deuda, como crédito y como relación jurídica, *por Ricardo Luis Lorenzetti*. [pág. 239]
- Xª Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales. [pág. 252]
- Lo que el Derecho no puede, *por Pedro J. Frías*. [pág. 253]
- La Codificación del Derecho Canónico, *por Sergio Dubrowsky*. [pág. 257]
- La aplicación del Derecho Canónico en la Argentina, *por Pedro J. Frías*. [pág. 265]
- Legislación societaria y de Negocios de Participación, *por Efraín Hugo Richard*. [pág. 273]
- Política minera y leyes recientes (Nº 24.196, 24.224 y 24.228), *por Víctor Martínez*.
- Sentencia arbitraria por subjetivismo judicial, *por Néstor Pedro Sagüés*. [pág. 285]

• TOMO XXXIII (AÑO 1994).

- Las Naciones Unidas en un nuevo aniversario de su creación, *por Ernesto J. Rey Caro*. [pág. 29]
- Observaciones sobre la "persona" del concebido a la luz del derecho romano (de Juliano a Teixeira de Freitas), *por Pierangelo Catalano*. [pág. 41]
- Reforma Constitucional y ambiente, *por Víctor H. Martínez*. [pág. 69]
- Las ideologías en el pensamiento social argentino (1943-1994), *por Juan Carlos Agulla*. [pág. 81]
- Naciones Unidas, 1946. Un recuerdo y un tema jurídico. Notas sobre la costumbre ante la dinámica del nuevo derecho internacional, *por Enrique Ferrer Vieyra*. [pág. 89]
- Revisión crítica de los principios hipotecarios, *por José María Chico y Ortíz*. [pág. 115]
- Hacia dónde va el derecho agrario argentino, *por Francisco I. Giletta*. [pág. 183]

El significado actual del control parlamentario, *por Manuel Aragón Reyes.*
[pág. 213]

Los postulados y valores del Estado de Derecho en la problemática tributaria, *por Víctor Uckmar.* [pág. 229]

Hacia un nuevo Derecho, *por Fernando Hinestrosa.* [pág. 245]

• TOMO XXXIV (AÑO 1995).

El derecho natural y las variaciones axiológicas, *por Juan Carlos Smith.*
[pág. 33]

Los orígenes de la noción de acto jurídico a través de la construcción de un sistema jurídico, *por Alejandro Guzmán Brito.* [pág. 41]

Supuestos antropoteológicos en la teoría de la Constitución, *por Pablo Lucas Verdú.* [pág. 61]

Derecho y cultura, *por Miguel Ángel Ciuro Caldani.* [pág. 101]

El derecho al proceso penal, *por Pedro Juan Bertolino.* [pág. 117]

La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil, *por Jorge W. Peyrano.* [pág. 131]

La Reforma del Estado y las privatizaciones en la Argentina, *por Julio Isidro Altamira Gigena.* [pág. 209]

ACTIVIDAD INTERNA

MEMORIA DE LA ACADEMIA. AÑO 1995

Honorable Academia:

Los Estatutos de la Corporación disponen que la Presidencia debe presentar anualmente una memoria de las actividades cumplidas en el período anterior. Así pues, y con la síntesis propia del caso, vengo a presentar la memoria del ejercicio 1995.

Iniciación del Año Académico - Memoria y Balance

Las actividades del citado ejercicio se iniciaron con la Asamblea anual realizada el 15 de marzo, oportunidad en la que se leyeron, trataron y aprobaron la Memoria y Balance de Rendición de Cuentas del período 1994. Dichos instrumentos, conformados por la Corporación fueron remitidos al Tribunal de Cuentas de la Nación para su aprobación

Conferencias y Exposiciones

Fueron las que aquí se enumeran:

– Dr. Pablo Lucas Verdú, sobre “Supuestos teológicos y antropológicos de la teoría de la Constitución Nacional”; en sesión especial y pública del 27 de marzo, fijada para la incorporación como académico correspondiente en España.

– Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, sobre el tema “Derecho y Cultura”; en sesión especial y pública del 8 de junio, oportunidad en la que se incorporó como académico correspondiente en Rosario (Pvcia. de Santa Fe).

– Dr. Pedro Juan Bertolino, sobre “El derecho al proceso penal”; en sesión especial y pública de fecha 4 de agosto, fijada para su incorporación oficial como académico correspondiente en Mercedes (Pvcia. de Buenos Aires).

– Dr. Alejandro Guzmán Brito, sobre “La formación de la moderna teoría general del acto jurídico y del contrato”. La conferencia fue pronuncia en sesión especial y pública de fecha 15 de septiembre, oportunidad en la que el disertante fue incorporado oficialmente como miembro correspondiente de la Academia en Chile.

– Académico de Número Dr. Jorge de la Rúa. Relación presentada en sesión ordinaria de fecha 17 de septiembre sobre “El Ministerio Público relacionado con la Constitución Nacional de 1994”.

– Académico de Número Dr. Enrique Ferrer Vieyra. Relación expuesta en sesión ordinaria de fecha 3 de octubre sobre “Las Naciones Unidas en su cincuentenario”.

– Dr. José Miguel Embid Irujo, sobre el tema “Tendencias modernas en el Derecho Societario”, en sesión especial y pública de 20 de octubre, fijada para su incorporación como académico correspondiente en España.

– Académico de número Dr. Ricardo Haro. Relación presentada en sesión ordinaria de fecha 7 de noviembre, su tema “Consejo de la Magistratura”.

– Académico de número Dr. Julio I. Altamira Gigena. Relación propuesta en sesión ordinaria del 21 de noviembre sobre “La reforma del Estado y las privatizaciones”.

Mesa Directiva de la Academia

En fecha 20 de abril tuvo lugar la Asamblea fijada para la renovación de la Mesa Directiva atento el vencimiento de su mandato. La nueva mesa, para el trienio marzo 1995 - marzo 1998, quedó constituida de la siguiente manera: Dr. Luis Moisset de Espanés como Presidente; Dr. Olsen A. Ghirardi como Vicepresidente; Dr. Ricardo Haro como Secretario.

Posteriormente, en sesión especial del 5 de septiembre fue designado el académico Dr. Ernesto Rey Caro como Tesorero de la Corporación para completar el período arriba indicado. Ello luego de que fuera creado el cargo al reformarse los Estatutos, como recordaré a renglón seguido.

Estatutos de la Academia

A mérito de una moción existente sobre el particular, en sesión de fecha 16 de mayo se designó una Comisión Especial integrada por los Académicos Dres. Héctor Belisario Villegas, Efraín Hugo Richard y Ricardo Haro, la que tendría a su cargo analizar y dictaminar sobre la reforma de nuestros Estatutos. Los puntos a tocarse serían: límites a la reelección de la Mesa Directiva; crear la Presidencia de Honor y el cargo de Tesorero; asistencia de académicos de números a sesiones y actos. Luego de tratarse el tema en sesiones posteriores se realizó por fin una sesión especial el día 7 de agosto, oportunidad en la que la Comisión rindió su dictamen final, el que fue aprobado por los presentes. Quedaron así reformados nuestros Estatutos en los términos que constan a fojas 115/118 del Libro de Actas N° 5 (Acta N° 9/1995). A dichas constancias me remito en honor a la síntesis.

Duelo de la Academia

En los meses de enero y de febrero del año 1995 fallecieron, respectivamente, los académicos de número Dres. Héctor R. Cámara y José Antonio Buteler Cáceres, se dictaron sendos decretos de duelo y la Corporación estuvo presente en los velatorios y sepelios, hablando los Dres. Juan Carlos Palmero y Luis Moisset de Espanés.

En sesión del 3 de octubre se tributó homenaje a la memoria del académico correspondiente Dr. Eduardo Ortiz Ortiz de Costa Rica, recientemente fallecido.

Premios y Concursos

— “Premio Provincias Unidas”: A propuesta del Instituto de Federalismo, en sesión del 15 de marzo se otorgó este Premio, en

su edición de 1995, al Derecho Público de la Patagonia en la persona de sus principales mentores. Dra Silvia Cohn (de Tierra del Fuego), Dr. José Raúl Heredia (Chubut), y Dres. Ezequiel y Martín Lozada (Río Negro).

– “*Premio ECO-CÓRDOBA*”: Conforme a lo sugerido por la Sección Interna de Recursos Naturales, en sesión de fecha 20 de abril se instituyó este Premio. Su reglamento consta en el Acta N° 4 de 1995, obrante a la página 104 del Libro de Actas N° 5. Así mismo en la mencionada sesión se adjudicó este Premio, en su edición 1995, a la Fundación Miguel Lillo de San Miguel de Tucumán.

– “*Premio Egresados Sobresalientes*”: El día 4 de agosto se realizó una sesión especial en la que se entregó este Premio a sus titulares de la edición 1994, es decir a los abogados María Josefina Matus y Víctor Gustavo Parodi, egresados respectivamente de las Universidades Católica y Nacional.

– “*Premio Joven Jurista*”: Conforme al dictamen emitido por el Jurado respectivo (integrado por los Dres. Enrique Carlos Banchio, Ernesto Rey Caro y Juan Carlos Palmero), este Premio, edición 1995, fue acordado al Dr. Mario Claudio Perracchione. Se adjudicaron también sendas menciones a los Dres. José Fernando Márquez y Guillermo P. Tinti. La entrega de Premios se hizo en sesión especial del 5 de diciembre.

– “*Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*”, año 1995: El Jurado estuvo integrado por los Dres. Lisardo Novillo Saravia, Ernesto Rey Caro, Héctor Belisario Villegas y Justo Laje Anaya, y conforme a su dictamen se otorgó el Premio al Jurista de la provincia de Santa Fe, doctor Jorge Walter Peyrano. La entrega del diploma y del medallón se hizo en sesión especial y pública del 27 de octubre, oportunidad en la que el jurista galardonado pronunció una conferencia sobre “La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil”.

– “*Concurso para publicación de monografías jurídicas (1994)*”: En sesión especial del 15 de septiembre se entregó esta distinción al Dr. Fernando José Cafferata por su trabajo sobre

“Nuevas instituciones incorporadas a la Constitución Nacional de 1994”. Tal como lo establece el Reglamento respectivo el Dr. Fernando José Cafferata recibió de mano de esta Presidencia el diploma y el medallón de la Academia, así como cien ejemplares impresos de su monografía. También se hizo entrega de las menciones especiales a que se hicieron acreedores los Dres. Adela Lucía Juárez Aldezábal (de Salta) y Oscar Pedro Guillén (Tartagal, provincia de Salta).

Nuevos Académicos correspondientes

La Academia resolvió en sesión especial del 15 de marzo designar miembro correspondiente en España al Prof. Pablo Lucas Verdú.

Asimismo el 5 de setiembre fueron nombrados en el mismo carácter los Juristas Dres. José Miguel Embid Irujo (Valencia, España), Francisco Orrego Vicuña (Chile), José Luis de los Mozos (España) y José Raúl Heredia (Chubut, Argentina).

Finalmente, y en sesión especial de fecha 21 de noviembre, se nombró académico correspondiente en Santiago del Estero al Dr. Julio César Castiglione.

XIª Reunión Conjunta de Academias de Derecho

Esta Reunión Conjunta tuvo lugar los días 12 y 13 de octubre en nuestra sede, teniendo como tema central el siguiente: “Unificación Civil y Comercial: lo posible y lo conveniente”.

Sobre los académicos intervinientes, tanto locales como visitantes, temas tratados y conclusiones nuestra Academia ha sido cumplidamente informada a lo largo de nuestras sesiones ordinarias. Por otra parte el texto de las exposiciones y de las intervenciones habidas podrá leerse en el ejemplar de anales XXXIV a imprimirse próximamente. Me remito a ello haciendo honor a la brevedad arriba anunciada.

Destaco, eso sí el ponderable valor científico de las intervenciones habidas y la colaboración de que hicieron gala los señores colegas.

Publicaciones de la Academia

A lo largo del año que nos ocupa se editó y distribuyó el tomo XXXIII de nuestros *Anales*, correspondiente al ejercicio 1994.

También fueron editados y distribuidos el *Cuaderno* n° VIII del Instituto de Federalismo (con especial inclusión de su separata sobre la "Memoria Federal 1994"), y el *Cuaderno* n° V del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas.

Debo mencionar muy especialmente el libro *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos)*, del que es autor el Dr. Fernando Martínez Paz. El mismo fue objeto de una especial distribución selectiva atento a su tema.

Biblioteca "Alfredo Poviña"

Nuestra Biblioteca ha continuado engrosando y enriqueciendo su material mediante la compra y la donación de libros. Así mismo, y especialmente, por el sistema de canje. Se mantiene al día el fichaje y la catalogación de las obras.

Finalmente, y tal como ya se ha hecho antes por esta Presidencia, destaco muy especialmente el incremento del caudal bibliográfico resultado del operativo de canje llevado a la práctica y mantenido por el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas.

Homenajes

– El 24 de mayo se tributó un homenaje público al extinto académico Dr. Carlos Luque Colombres con motivo del aniversario de su deceso. Luego de una Misa celebrada en el templo del Cementerio San Jerónimo se concretó el acto ante el panteón familiar. Se colocó una ofrenda floral, se descubrió una placa recordatoria de esta Academia y de la Academia Nacional de la Historia, y hablaron el Dr. Olsen Ghirardi por nuestra corporación y el Presidente de la Academia de la Historia, Dr. Victor Tau Anzoátegui.

– Las Academias nacionales tributaron el 27 de julio un homenaje público a la memoria del Dr. Atilio Dell'Oro Maini con

motivo del centenario de su nacimiento. Esta Corporación adhirió expresamente al homenaje, realizado en la Capital Federal.

– En fecha 3 de julio tuvo lugar en la ciudad de Mendoza un acto organizado por nuestros miembros correspondientes allí residentes. En el mismo se homenajeó al Dr. Pedro J. Frías y al suscripto, por haber concluido el primero y haber iniciado el segundo sus períodos a cargo de la Presidencia de esta Academia.

– También participó nuestra Academia de un homenaje público al profesor Dr. Juan Martín Allende con motivo del centenario de su natalicio.

– El 4 de octubre tuvo lugar otro acto público organizado por el conjunto de las Academias Nacionales, siendo esta vez el destinatario del homenaje las Naciones Unidas por el cincuentenario de su creación.

Otras actividades en el aula de la Academia

– Entre los días 28 de abril y 20 de mayo se desarrolló un “Curso de Historia y Evolución de las Ideas Políticas y Filosóficas Argentinas”, organizado por esta Academia conjuntamente con el Colegio de Abogados local y el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza. El Dr. Olsen Ghirardi actuó como coordinador del curso.

– Continuaron realizándose actos y reuniones de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba y del Comité Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), así como de la Editorial Forum, entidades a las que se prestó el Aula previo pedido en forma.

Institutos de la Academia

En sesión realizada el 15 de marzo se actualizó la titularidad de la Dirección de los Institutos. Así fueron ratificados en la función y por tres años los Dres. Efraín Hugo Richard (Instituto de la Empresa), Fernando Martínez Paz (Instituto de Educación), Juan Carlos Palmero (Instituto de Derecho Civil), Roberto I. Peña (Ins-

tituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas). La Dirección del Instituto de Derecho Penal, la que declinó el Dr. Daniel Pablo Carrera por razones particulares, se encomendó al Dr. Justo Laje Anaya. Finalmente, y en cuanto al Instituto de Federalismo continúa en la Dirección el Dr. Pedro J. Frías en atención a que el término de su designación fenece recién en marzo de 1997.

Como una prieta síntesis de la actividad cumplida por los Institutos, transcribo a continuación los informes rendidos por los respectivos Directores. Ruego a los señores académicos sepan disimular alguna repetición que se dé entre los referidos informes y la memoria que hoy presento.

Instituto de Federalismo
(Director: académico Dr. Pedro J. Frías)

I. PUBLICACIONES:

Se editó y distribuyó el *CUADERNO DE FEDERALISMO* VIII, en 300 ejemplares más 200 separatas de la MEMORIA FEDERAL 1994, a los Académicos, Bibliotecas, Universidades, Poderes de la Nación y las Provincias y especialistas.

Se incorporó un aviso comercial autorizado por la Academia, que ayuda al costo.

II. AUSPICIOS: Se brindó auspicio a:

– Jornadas Patagónicas de Derecho Constitucional, Trelew (agosto).

– Congreso sobre la región, Universidad Nacional de Tucumán (setiembre).

– Congreso sobre municipios de Civilidad en Tucumán (14 a 16 de setiembre).

III. DOCUMENTACIÓN:

Se ha repartido mucha documentación del archivo del Instituto y de su Director a investigadores, docentes e Institutos.

IV. CONSULTAS:

El Director ha evacuado numerosas consultas: de legisladores, del Poder Ejecutivo de Corrientes, de la Secretaría de Desarrollo

Social de la Nación, de la federación Argentina del Colegio de Abogados, etc.

V. COMISIÓN DE DERECHO AMBIENTAL:

Fue instituida por la Academia a propuesta del Director. Se nombró coordinador al académico Dr. Víctor H. Martínez. Integran el Consejo Académico los miembros de número y correspondientes con trabajos sobre derecho ambiental. Se otorgó el Premio ECO-CÓRDOBA al Instituto Miguel Lillo de Tucumán.

VI. ASESORAMIENTO:

La Academia autorizó al Director del Instituto a pedido de la Subsecretaría de Gestión Ambiental de la Provincia de Córdoba para realizar la evaluación de calidad *ad honorem* del equipo que debe preparar el Digesto Ambiental.

VII. MIEMBROS ASOCIADOS:

A propuesta del Instituto, la Academia autorizó la designación de miembros asociados y se nombraron los primeros.

Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas (Director: académico Dr. Roberto Peña)

I. El Instituto ha realizado sus sesiones dos veces al mes, de abril a diciembre. En este año académico/1995 se realizó el V Simposio de Historia del derecho Argentino intitulado "Las fuentes del derecho argentino, siglos XIX y XX". Se lleva el correspondiente libro de actas donde se hace constar lo tratado en cada reunión.

II. Los miembros del Instituto han participado con sus respectivas ponencias en el XI Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano realizado en la ciudad de Buenos Aires durante los días 4 a 9 de setiembre de 1995.

III. Organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza y el Colegio de Abogados de Córdoba, y con la dirección de los Dres. Olsen A. Ghirar-

di y Roberto Ignacio Peña se realizó en esta Academia un curso de "Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas".

IV. Se realizó el X Seminario sobre "La protección de las personas en la historia del Derecho". Organizado por el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas con la participación de la Universidad de Cádiz (Prof. Dr. Francisco Carpintero Benítez), la Universidad Católica de Valparaíso (Prof. Dr. Alejandro Guzmán Brito) y la Universidad Nacional de Córdoba (Profesores Dr. Roberto Ignacio Peña y Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira), durante los días 14, 15, 18 y 19 de setiembre de 1995.

V. Publicación del número V de los *Cuadernos de Historia* con el siguiente contenido: Ideología y doctrinas en el siglo XVIII rioplatense vistas desde la Universidad de Córdoba del Tucumán, por Roberto I. Peña; El curso de lógica de Nimio de Anquín de 1945, por Olsen A. Ghirardi; Fuentes escriturísticas, legales y doctrinales en los procesos matrimoniales: Córdoba 1688-1810, por Nelson Dellaferrera; Antecedentes de la inhabilitación civil en la Argentina, por Mario Carlos vivos; El amor, el coraje y el perdón. La regulación jurídica de la vida cotidiana en Indias. Siglo XVIII, por Marcela Aspell de Yanzi Ferreira; El estado de sitio y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1866-1930), por Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

Instituto de Educación

(Director: académico Dr. Fernando Martínez Paz)

Como lo informara oportunamente, en 1994 inició el Dr. Fernando Martínez Paz un Programa de Perfeccionamiento de Investigadores para la Docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, respondiendo a los objetivos de investigar y estudiar los Problemas propios de la enseñanza del Derecho, y como una proyección de las tareas del Instituto.

En la continuidad de dicho Programa dictó en 1995, un Seminario anual interdisciplinario sobre "Los modelos jurídico-didácticos" con la participación de los miembros de número de esta; Aca-

demia, doctores Enrique Banchio, Daniel Pablo Carrera y Efraín Hugo Richard.

Como aporte a la tarea del Seminario, la Academia ha publicado un Documento de Trabajo, del que es autor, sobre "La enseñanza del derecho", que fue ampliamente distribuido.

Cabe señalar también, que el Dr. Fernando Martínez Paz se ha desempeñado como miembro del Consejo Nacional de Educación Superior, organismo del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, tarea que realiza *ad honorem*.

Además ha integrado, en primer lugar, una Comisión Especial, constituida por los Dres. Olsen Ghirardi y Pedro J. Frías, para elaborar un dictamen en respuesta a una consulta formulada por la Academia de Ciencias sobre un documento de esa corporación titulado "Fundamentos y propuestas para una política científica", y que fue considerado y aprobado en una sesión de esta Academia.

En segundo lugar la Academia le encargó preparar una respuesta a lo solicitado por la Secretaría de Programación del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, en relación con los documentos vinculados a la Ley Federal de Educación.

Instituto de Derecho Civil

(Director: académico Dr. Juan Carlos Palmero)

I. El Instituto sesionó regularmente los días martes a las 19 horas, habiendo concurrido, abogados, docentes y estudiantes que desarrollaron diversas actividades de orden universitario y de investigación.

II. También fue sede de reunión de cátedras de Derecho Civil I, habiéndose trabajado en conjunto respecto de la actualización de los programas, como así en lo que hace al material bibliográfico y enfoque técnico de la materia.

III. Se dictó —como todos los años— el curso de Metodología y Técnicas de Investigación, consistente fundamentalmente en una clarificación de las fuentes del Código, estudio de la evolución doctrinaria nacional a partir de su sanción (exégesis), para luego

concluir con un repaso respecto de las tendencias actuales. Igualmente, se les instruye a los participantes, respecto de los grandes lineamientos o cursos de investigación del derecho italiano, francés y español principalmente, todo ello sin dejar de mencionar la vertiente latinoamericana.

IV. Paralelamente, se trabajó sobre el tema: "Contratos asociativos" mediante una disertación introductoria visualizada desde una perspectiva eminentemente civilista por parte del Dr. Juan Manuel Aparicio, para luego hacerlo el suscripto desde una angulación comercialista, habiendo demandado su consideración varias reuniones.

V. Se efectuaron estudios respecto de la temática a tratar por la XI Reunión Conjunta de las Academias de Derecho, especialmente vinculadas con la disyuntiva planteada por la Comisión de la Secretaría de Justicia de la Nación que ha decidido utilizar el método de reforma integral, o sea la sustitución del actual Código Civil.

Instituto de la Empresa
(Director: académico Dr. Efraín Hugo Richard)

El Instituto de la Empresa coorganizó con la Universidad Nacional de Córdoba, Colegio de Abogados y Consejo Profesional, como con la Fundación para Estudios de la Empresa sendas Jornadas de tres días sobre la Nueva Legislación de Cheques y Cuentas Corrientes (mayo), y la Nueva Ley de Concursos (septiembre), se auspiciaron y prepararon académicamente diversos eventos tales como el 2º Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y VI Congreso de Derecho Societario, las 3^{as} Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, las "Jornadas de Actualización Tributaria 1995". Aspectos prácticos y procedimentales realizadas todos cuartos miércoles de cada mes de 18 a 21 hs. Se organizaron y realizaron tres seminarios de trabajo: "Negocios Societarios en el Mercosur" a cargo de Eduardo Fabier Dubois y Ricardo Nissen, 8 de junio, "Derechos Humanos y Derecho Comercial", a cargo de Héctor Angel Benelbaz el 15 de ju-

nio, y "Contratos conexos" con Ricardo Luis Lorenzetti, 31 de agosto. Se auspiciaron y organizaron académicamente dos cursos de posgraduación con la Universidad Nacional de Córdoba: uno sobre "Contratos modernos" y otro sobre "Conflictos asociativos". Además se realizaron periódicas reuniones de tablas tratando temas de actualidad, colaborando en el análisis de anteproyectos y leyes, incluso con otros Institutos de la Academia o de otras Instituciones Académicas del país y del extranjero. Se dio asistencia a investigadores en temas específicos y se enviaron trabajos doctrinarios, como "Deuda externa y mercado" invitados por el Prof. Sandro Schipani de la Università degli Studi di Roma "TOR VERGATA", de su Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos, para el II Seminario Jurídico Internacional "Deuda externa. Principios Generales del Derecho. Corte Internacional de Justicia", realizado en Roma y Santa Agata (mayo). Se organizó la participación del nuevo miembro correspondiente de la Academia Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo en diversos eventos científicos en Rosario, Tucumán y Córdoba. El Instituto continuó bajo la Dirección del académico Efraín Hugo Richard, conforme reelección formalizada por los miembros de número de la Corporación en sesión del 15 de marzo de 1995, con la colaboración en la Secretaría del Miembro del Instituto Ab. Laura Filippi, incorporándose varios nuevos miembros designados por la Corporación.

Instituto de Derecho Penal y Criminología
(Director: académico Dr. Justo Laje Anaya)

El Dr. Laje Anaya ha informado sobre actividades por él cumplidas, a saber:

I. PUBLICACIONES:

Apuntes de Derecho Penal. Parte General. Ed. Lerner, 1995.

"Reflexiones sobre el Aborto". Diario *Los Andes*, Pcia. de Mendoza, diciembre de 1995.

"De nuevo con la pena de la Tentativa". *Semanario Jurídico en Córdoba* (en prensa).

II. CLASES Y CONFERENCIAS:

En el Centro de Estudios Académicos de la ciudad de Buenos Aires, presidido por el profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Eduardo Aguirre Obarrio:

- Relación de Causalidad.
- Estado de Necesidad.
- Legítima Defensa.
- Culpabilidad.
- Delitos relacionados con el narcotráfico.

En el Curso de Derecho Penal Económico organizado por la Cátedra de Derecho Penal I de la Universidad Nacional de Córdoba:

- Quebrados y otros deudores punibles.

En la Universidad Católica de Córdoba:

- El delito de aborto.

Situación económica de la Academia

El tema ha sido objeto de un severo análisis a lo largo del año que nos ocupa. Inclusive el señor Vicepresidente de la Corporación participó el 19 de julio de una reunión de trabajo de las Academias Nacionales con el propio Presidente de la Nación y funcionarios del Ministerio de Economía. Del resultado de las conversaciones, que tuvieron en mira fundamentalmente el presupuesto de 1996 ya en curso, no tengo todavía información cierta que proporcionar a los señores Académicos.

Puedo, sí, garantizar a los señores Académicos que a lo largo del período 1995 se han extremado las medidas tendientes a cuidar los gastos propios del funcionamiento de la Institución.

Así pues, a pesar de no ser buena la situación económica general, se ha podido llevar adelante las actividades básicas de la Academia, entre las que cito especialmente las ya referidas publicaciones y su distribución, así como la XIª Reunión Conjunta de Academias de Derecho.

También se han mantenido los equipamientos e instalaciones de la sede, habiéndose inclusive incorporado equipos acondicionadores de aire en el Aula, en el local de la Presidencia y en la Biblioteca.

Personal de la Academia

Han proseguido en sus funciones el Secretario Técnico Dr. Gastón Urrets Zavalía, el Contador Alejandro César Maraschio, la Licenciada y Bibliotecaria Matilde Tagle de Cuenca y los Ordenanzas Sres. Juan Carlos Maldonado y Juan Carlos Maldonado (h.).

Esta Presidencia agradece especialmente al personal su dedicación y los servicios prestados.

Señores Académicos: Con el detalle de actividades que acabo de exponer dejo cumplimentado el deber que me impone el art. 16 de nuestros Estatutos y pido su aprobación.

En Córdoba, a 12 días de marzo de 1996.

Luis Moisset de Espanés
Presidente

BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1995
(En Pesos)

ACTIVO	PARCIALES	TOTALES
<i>Capítulo I – MUEBLES E INMUEBLES</i>		
1. Inmuebles	4,83	
2. Máquinas	7.574,64	
3. Muebles y Utiles e Inst.	2.949,02	
4. Cuadros	0,000032	
5. Biblioteca	4,26	
6. Equipos Aire acondicionado	<u>9.085,28</u>	19.618,03
<i>Capítulo II – DISPONIBILIDADES</i>		
1. Bco. Nación cta. cte.	1.831,44	
2. Bco. Nación P. Fijo M/E	55.703,00	
3. Bco. Nación Caja Ahorro M/E	<u>1.020,65</u>	58.555,09
TOTAL		<u><u>78.173,12</u></u>

PASIVO	PARCIALES	TOTALES
<i>Capítulo I – FONDOS SOCIALES</i>		
1. Capital Social	<u>78.173,12</u>	78.173,12
TOTAL		<u><u>78.173,12</u></u>

Córdoba, 7 de marzo de 1996.

DETALLE DE LOS MOVIMIENTOS DE INGRESOS Y EGRESOS DE LOS
 APORTES REALIZADOS A LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
 CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA DESDE EL 1º DE ENERO AL 31 DE
 DICIEMBRE DE 1995 POR LA TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

CONCEPTOS A RENDIR	PARCIALES en pesos	TOTALES en pesos
Saldo pendiente de Rendición al 31/12/94		10.082,67
Aportes recibidos de Tes. Gral. de la Nación		
1) 07-01-95	7.860,00	
2) 01-02-95	1.744,00	
3) 10-04-95	7.961,00	
4) 02-05-95	7.961,00	
5) 02-05-95	15.922,00	
6) 07-06-95	7.961,00	
7) 07-07-95	9.711,00	
8) 04-08-95	7.961,00	
9) 18-09-95	7.961,00	
10) 05-10-95	7.961,00	
11) 14-11-95	7.961,00	
12) 06-12-95	7.961,00	98.925,00
Totales a Rendir		109.007,67
<i>Egresos Ejercicio 1995</i>		
Sueldos	14.820,00	
Servicios de Terceros	31.275,00	
Agua cte. y Serv. Cloacas	711,77	
Energía Eléctrica	1.322,20	
Gastos Generales	4.772,60	
Gastos Varios	498,80	
Distribución correspondencia	7.368,23	
Publicaciones	12.167,50	
Impresos y Papelería	971,07	
Gas	174,72	
Gastos Oficina	163,80	
Limpieza	800,00	
Conservación Edificio	490,00	
Gastos Movilidad y Viajes	340,00	
Gastos Funcionam. Fotocop.	772,31	
Teléfono y Fax	1.124,95	
<i>Tpte.</i>	77.772,95	

<i>Tpte.</i>	77.772,95	
Seguros	996,34	
Gastos Actos y Representac.	5.293,77	
Comisiones y débitos bancarios	274,87	
Impuesto Inmobiliario	946,15	
ANSES	6.777,61	
Equipos Aire acondicionado	9.085,28	
Honorarios Arquitecto	500,00	
Reparaciones	305,00	(101.951,97)
Saldo pendiente de rendición al 31/12/95		<u>7.055,70</u>

Córdoba, 7 de marzo de 1996.

Cuentas de Gastos y Recursos

Correspondientes al período que abarca desde el 1° de enero
al 31 de diciembre de 1994

DEBE	GASTOS en pesos	TOTALES en pesos
Sueldos	14.820,00	
Servicios de Terceros	31.275,00	
Agua cte. y Serv. Cloacas	711,77	
Energía Eléctrica	1.322,20	
Gastos Generales	4.772,60	
Gastos Varios	498,80	
Distribución correspondencia	7.368,23	
Publicaciones	12.167,50	
Impresos y Papelería	971,07	
Gas	174,72	
Gastos Oficina	163,80	
Limpieza	800,00	
Conservación Edificio	490,00	
Gastos Movilidad y Viajes	340,00	
Gastos Funcionam. Fotocop.	772,31	
Teléfono y Fax	1.124,95	
Seguros	996,34	
Gastos Actos y Representac.	5.293,77	
Comisiones y débitos bancarios	274,87	
Impuesto Inmobiliario	946,15	
ANSES	6.777,61	
Equipos Aire acondicionado	9.085,28	
Honorarios Arquitecto	500,00	
Reparaciones	305,00	(92.866,69)
Superavit del Ejercicio		9.735,73
		102.602,42
		<u>102.602,42</u>
HABER	RECURSOS en pesos	TOTALES en pesos
1. Intereses Ganados	2.677,42	
2. Aportes Tes. Gral. Nación	98.925,00	
3. Aportes Especial Bco. Suquía	1.000,00	102.602,42
		<u>102.602,42</u>

Córdoba, 7 de marzo de 1996.

INFORME DE AUDITORÍA

A la: HONORABLE COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA.

CERTIFICO haber examinado el Balance General año 1995, practicado el día 31 de diciembre de ese año, y el detalle del movimiento de los ingresos y egresos del Aporte otorgado a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 1º de Enero de 1995, los cuales arrojan las siguientes cifras:

1º) <i>BALANCE GENERAL</i>	<i>En Pesos</i>
ACTIVO	78.173,12
PASIVO	-----
CAPITAL SOCIAL	<u>78.173,12</u>

2º) *DETALLE DEL MOVIMIENTO DE INGRESOS Y EGRESOS*

Saldo pendiente de rendición a Tesorería General de la Nación al 31/12/94	10.082,67
Ingresos: Aportes recibidos durante 1995 de Tesorería Gral. de la Nación	<u>98.925,00</u>
Suma	109.007,67
Egresos	<u>(101.951,97)</u>
Saldo pendiente de rendición a Tesorería General de la Nación al 31/12/95	<u>7.055,70</u>

El análisis se efectuó aplicando Normas de Auditoría, por lo cual considero que los Estados Contables indican la real situación Patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y el detalle de Movimientos de Ingresos y Egresos responde a la suma de operaciones correspondientes.

Expido el presente en la ciudad Córdoba, a siete días del mes de marzo de mil novecientos noventa y seis.

ESTADO DE ORIGEN Y APLICACIÓN DE FONDOS

Por el ejercicio finalizado el 31/12/95 comparativos con el ejercicio anterior.
En Pesos

	EJERCICIO FINALIZADO EL	
	31/12/94	31/12/95
VARIACIÓN DE LOS FONDOS		
Fondos al inicio del ejercicio	80.686,22	57.904,64
Disminución de Fondos	(22.781,58)	
Aumento de Fondos		650,45
Fondos al cierre del ejercicio	57.904,64	58.555,09
CAUSAS DE VARIACIÓN DE FONDOS		
Aportes de Tes. Gral. de la Nación e Intereses ganados	99.541,43	101.602,42
Aporte especial Bco. Suquía		1.000,00
Menos:		
Egresos Ordinarios	(122.3223,11)	(92.866, 69)
Disminución de Fondos	(22.781,58)	
Aumento de Fondos ordinarios		9.735,73
Adquisición Bienes de Uso		(9.085,28)
Aumento de Fondos Ordinarios		650,45

Alejandro César Maraschio
Contador Público U.C.C.
Mat. 10.02337.6 C.P.C.E. - Cba.

Córdoba, 7 de marzo de 1996.

ÍNDICE

	Pág.
Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Período 1995 - 1998)	7
Académicos de Número y distribución de sillones al 31-12-1996	9
Académicos Correspondientes Argentinos al 31-12-1996	11
Académicos Correspondientes Extranjeros al 31-12-1996	13
Institutos de la Academia	15
Premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba"	17
Premio "Provincias Unidas"	18
Premio "Al Joven Jurista"	19
Distinción "Maestro del Derecho"	20
Presidencia	21
Sillones Académicos - Su historia (al 31-12-1996)	21
Autoridades de la Academia desde su fundación	25
Académicos de Número desde su fundación	29

DOCTRINA

Kelsen en la Universidad de California. Un recuerdo y un homenaje.

por Enrique Ferrer Vieyra

33

La Revolución Jurídica Contemporánea

por Julio César Castiglione

51

Los controles para el Consejo de la Magistratura	
<i>por José Raúl Heredia</i>	71
Forma y Documento. Fe Pública.	
<i>por Mario A. Zinny</i>	95
La propiedad agraria, es la propiedad.	
<i>por José Luis de los Mozos</i>	117
Importancia de los antecedentes históricos en el estudio del Derecho	
<i>por Fernando J. López de Zavalía</i>	135

ACTIVIDAD DE LA ACADEMIA

— *DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS EN SESIONES PRIVADAS*

La silogística aristotélica y el silogismo práctico-prudencial	
<i>por Olsen A. Ghirardi</i>	157
Treinta años del acuerdo Argentina-Santa Sede	
<i>por Pedro J. Frías</i>	169
El Jefe de Gabinete en la Reforma Constitucional de 1994	
<i>por Guillermo Becerra Ferrer</i>	173
Ética - Cultura - Derecho (Comentario a un fallo)	
<i>por Daniel P. Carrera</i>	193
Palabras pronunciadas en la presentación del libro <i>Derecho Rural Argentino</i>, del Dr. Guillermo Garbarino Islas.	
<i>por Víctor H. Martínez</i>	205

— <i>DISTINCIONES</i>	219
-----------------------------	-----

— *INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS*

Incorporación del Miembro Correspondiente en Santiago del Estero, Dr. Julio César Castiglione	
Presentación por el Dr. Olsen A. Ghirardi	223
Incorporación del Miembro Correspondiente en Chubut, Dr. José Raúl Heredia	
Presentación por el Dr. Pedro J. Frías	227
Palabras de agradecimiento del Dr. José Raúl Heredia	228
Incorporación del Notario Dr. Mario Zinny, como Miembro Correspondiente en Rosario	231
Incorporación del Dr. José Luis de los Mozos, como Miembro Correspondiente en España	233
Incorporación del Dr. Luis Diez Picazo y Ponce de León, como Miembro Correspondiente en España.	
Presentación por el Dr. Juan Carlos Palmero	235

— *PREMIOS*

Premio Concurso para publicación de Monografías Jurídicas 1996	245
Bases del Concurso	245
Dictamen del Jurado	246
Fideicomiso. Algunos aspectos de la ley 24.441.	
<i>por Gustavo Alejandro Bono</i>	249
El Fideicomiso. Regulación en el Derecho Argentino.	
<i>por Guillermo Pedro Bernardo Tinti</i>	321
Premio a los Egresados Sobresalientes 1995	351
<i>Egresados Sobresalientes</i>	353
<i>Palabras pronunciadas por el Dr. Fernando Martínez Paz.</i>	353
<i>Palabras de Julieta Gallino</i>	355

— *TESTIMONIOS*

Miguel Herrera Figueroa	
<i>por Olsen A. Ghirardi</i>	361

— <i>HONRAS FÚNEBRES</i>	367
Duelo de la Academia por el fallecimiento de su miembro de número, doctor Lisardo Novillo Saravia	369
<i>Palabras del Dr. Juan Manuel Aparicio en el acto del sepelio</i>	371
Duelo de la Academia por el fallecimiento de su miembro de número, doctor Enrique Carlos Banchio	375
<i>Palabras del Dr. Luis Moisset de Espanés en el acto del sepelio</i>	377
Duelo de la Academia por el fallecimiento de su empleado, señor Juan Carlos Maldonado	381
— <i>NUEVOS ACADÉMICOS DE NÚMERO</i>	385
— <i>ESTATUTOS DE LA ACADEMIA</i>	
Estatutos	389
— <i>REGLAMENTACIÓN PARA LA DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES</i>	397
— <i>ÍNDICE DE TRABAJOS Y CONFERENCIAS PUBLICADAS EN ANALES. Tomos XXI al XXXIII. Años 1982 - 1994</i>	
TOMOS XIX Y XX (NÚMERO ESPECIAL), AÑOS 1979-1980.	401
TOMO XXI (AÑO 1982).	401
TOMO XXII (AÑO 1983).	402
TOMO XXIII (AÑO 1984).	403
TOMO XXIV (AÑO 1985).	404
TOMO XXV (AÑO 1986).	405
TOMO XXVI (AÑO 1987).	406
TOMO XXVII (AÑO 1988).	407
TOMO XXVIII (AÑO 1989).	409
TOMO XXIX (AÑO 1990).	409
TOMO XXX (AÑO 1991) (VOL. 1).	410
TOMO XXX (AÑO 1991) (VOL. 2).	411

INDICE

443

TOMO XXXI (AÑO 1992)	412
TOMO XXXII (AÑO 1993)	412
TOMO XXXIII (AÑO 1994)	413
TOMO XXXIV (AÑO 1995)	414

—ACTIVIDAD INTERNA

Memoria de la Academia. Año 1995	417
Balance General al 31 de diciembre de 1995	433
Cuentas de Gastos y Recursos correspondientes al período que abarca desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 1995	436
Informe de Auditoría	437
Estado de Origen y Aplicación de Fondos	438

Se terminó de imprimir durante el mes de
julio de 1997, en Editorial EL COPISTA,
Lavalleja 47, Dpto. 7, (5000) Córdoba,
República Argentina



el copista

Lavalleja 47 - Dpto 7 - Córdoba - Tel. 215249 —

