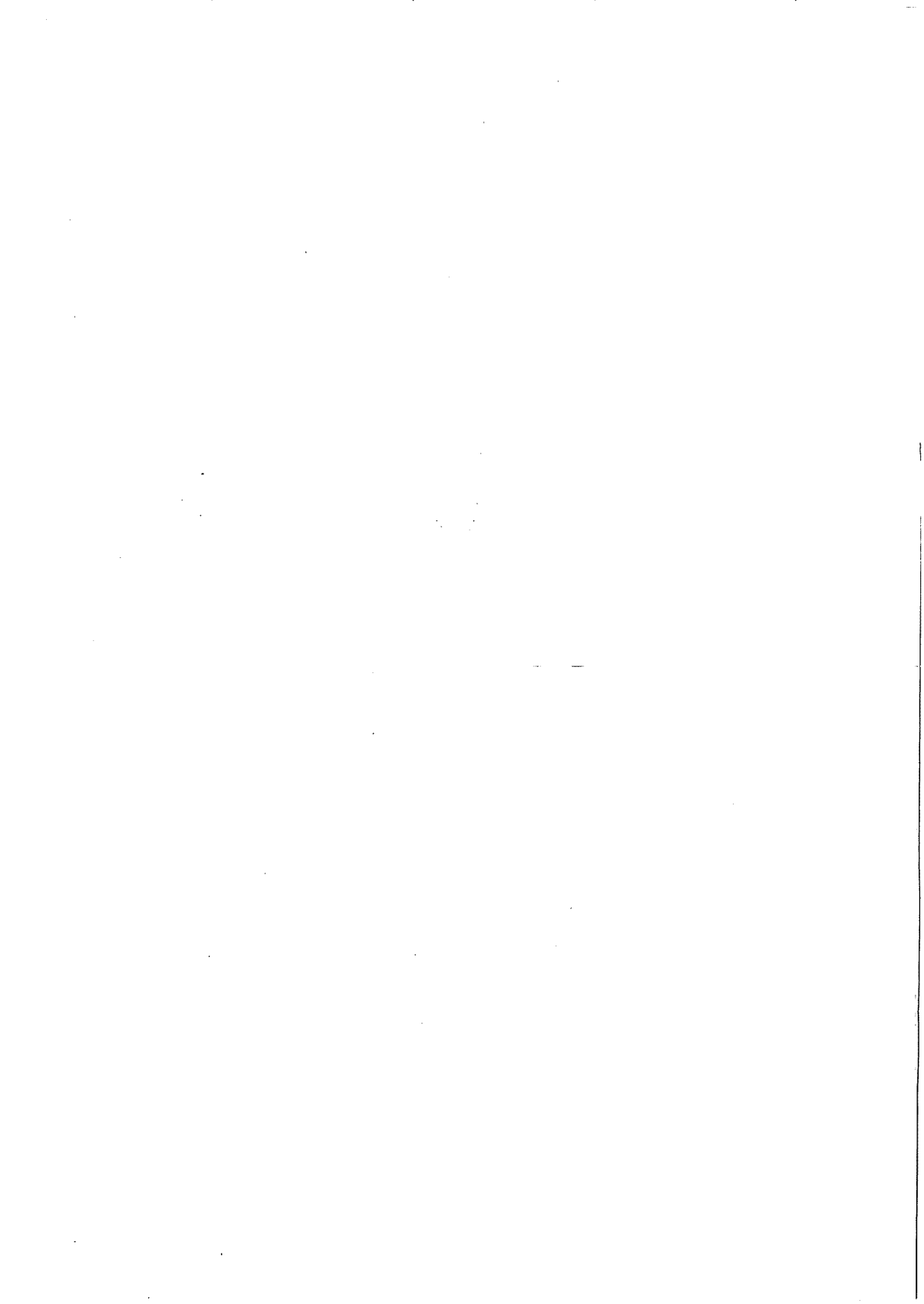


ANALES

*Bicentenario del Natalicio
de Dn. Dalmacio Vélez Sársfield*

*Centenario del natalicio de los
Dres. Alfredo Orgaz
José León Schwartz
Néstor A. Pizarro*



ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XXXIX
AÑO ACADÉMICO 2000 - I

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que marca la ley

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 1998 — 2001)

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. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: acader@arnet.com.ar

Página Web: <http://comunidad.derecho.org/acader>

REPÚBLICA ARGENTINA



ACADÉMICOS DE NÚMERO Y DISTRIBUCIÓN DE SILLONES
al 31-12-2000

Alfredo L. Acuña (11-8-59)	Sillón Nicolás Berrotarán
Pedro J. Frías (16-5-64)	Sillón Juan Bautista Alberdi
Luis Moisset de Espanés (13-12-72) (*)	Sillón Tristán Narvaja
José Severo Caballero (12-10-76)	Sillón Cornelio Moyano Gacitúa
Berta K. de Orchansky (12-10-76)	Sillón Sofanor Novillo Corvalán
Víctor H. Martínez (12-10-76)	Sillón Enrique Rodríguez
Fernando Martínez Paz (15-4-77)	Sillón Jerónimo Cortés
Olsen A. Ghirardi (31-8-84)	Sillón Juan Biolet Massé
Ricardo Haro (31-8-84)	Sillón Ramón Ferreyra
Efraín Hugo Richard (31-8-84)	Sillón Mariano Fraguero
Juan Carlos Palmero (28-9-84)	Sillón Juan Antonio de Saráchaga
Jorge de la Rúa (18-10-85)	Sillón Santiago Derqui
Julio I. Altamira Gigena (11-8-89)	Sillón Deán Gregorio Funes
Juan Manuel Aparicio (11-8-89)	Sillón Rafael García
Daniel Pablo Carrera (11-8-89)	Sillón Julio B. Echegaray
Ernesto Rey Caro (11-8-89)	Sillón Salvador María del Carril
Héctor Belisario Villegas (11-8-89)	Sillón Alejo del Carmen Guzmán
Enrique Ferrer Vieyra (31-5-93)	Sillón Juan M. Garro
Justo Laje Anaya (31-5-93)	Sillón Raúl A. Orgaz
Mario Martínez Crespo (24-6-97)	Sillón Victorino Rodríguez
Horacio Roitman (10-9-97)	Sillón Juan del Campillo
Ramón Daniel Pizarro (2-12-97)	Sillón Manuel D. Pizarro
Humberto Vázquez (24-8-99)	Sillón Lisandro Segovia

(*) 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.

Antonio María Hernández (14-9-99)	Sillón Joaquín V. González
Eduardo Ignacio Fanzolato (6-10-99)	Sillón Henoch D. Aguiar
Manuel Augusto Ferrer (2-11-99)	Sillón Arturo M. Bas
Ramón Pedro Yanzi Ferreira (23-11-99)	Sillón Nicolás Avellaneda

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES ARGENTINOS

al 31-12-2000

- Jorge Mosset Iturraspe - Santa Fe - 12-10-76.
Fernando de la Rúa - Buenos Aires - 15-12-80.
Alberto A. Natale - Rosario - 15-12-80.
Dardo Pérez Guilhou - Mendoza - 15-12-80.
Alfredo Ves Losada - La Plata - 15-12-80.
Roberto José Dromi - Mendoza - 30-7-82.
Rodolfo P. Martínez - Buenos Aires - 15-4-83.
Roberto H. Brebbia - Rosario - 28-10-83.
María Josefa Méndez Costa - Santa Fe - 28-10-83.
Emilio Cornejo Costas - Salta - 28-10-83.
Alejandro G. Baro - Mendoza - 28-10-83.
René H. Balestra - Rosario - 16-4-84.
Adolfo A. Critto - Buenos Aires - 16-4-84.
Joaquín M. P. López - Mendoza - 25-7-86.
Néstor Pedro Sagüés - Rosario - 25-7-86.
Fernando P. Brebbia - Rosario - 25-7-86.
Florentino V. Izquierdo - San Francisco (Córdoba) - 30-10-87.
Juan Carlos Smith - La Plata - 15-4-88.
Aldo Guarino Arias - San Rafael (Mendoza) - 6-5-88.
Héctor Angel Benézbaz - Mendoza - 27-5-88.
Juan Carlos Agulla - Buenos Aires - 27-5-88.
Horacio Daniel Piombo - La Plata - 12-5-89.
Aída Kemelmajer de Carlucci - Mendoza - 14-6-89.
Francisco I. Giletta - San Francisco (Córdoba) - 3-9-93.
Rodolfo L. Vigo - Santa Fe - 3-9-93.

Miguel Ángel Ciuro Caldani - Rosario - 4-7-94.

Luis E. Martínez Golletti - Villa María (Córdoba) - 4-7-94.

Pedro J. Bertolino - Mercedes (Buenos Aires) - 22-8-94.

José Raúl Heredia - Comodoro Rivadavia (Chubut) - 5-9-95.

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

Mario Antonio Zinny - Rosario - 7-5-96.

Horacio A. García Belsunce - Buenos Aires - 6-10-98.

Ariel Alvarez Gardiol - Rosario - 13-4-99.

Luis O. Andorno - Rosario - 27-4-99.

Miguel C. Araya - Rosario - 3-10-2000.

Juan J. Casiello - Rosario - 3-10-2000.

Ricardo Luis Lorenzetti - Rafaela - 3-10-2000

Hernán Racciatti - Rosario - 3-10-2000.

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS
al 31-12-2000

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

- Luis Carlos Sáchica Aponte - Colombia - 18-4-89.
 Diego Valadés - México - 18-4-89.
 Winfried Böhm - Alemania - 12-5-89.
 Eduardo Roca Roca - España - 9-6-89.
 Juan Ferrando Badía - España - 9-6-89.
 Gunmersindo Trujillo Fernández - España - 9-6-89.
 Elio Fazzalari - Italia - 14-6-89.
 Eckard Rehbinder - Alemania - 14-6-89.
 Carlos Fernández Sessarego - Perú - 24-10-89.
 Max Arias Schreiber Pezet - Perú - 24-10-89.
 José María Castán Vázquez - España - 5-10-90.
 Karsten Schmidt - Alemania - 20-12-90.
 Antonio Anselmo Martino - Italia - 14-10-91.
 Celso A. Bandeira de Melo - Brasil - 18-5-92.
 Allan R. Brewer-Carias - Venezuela - 18-5-92.
 Jean-Marc Trigeaud - Francia - 29-6-92.
 Manuel Jiménez de Parga - España - 27-4-94.
 Víctor Uckmar - Italia - 4-7-94.
 Fernando Hinestrosa - Colombia - 22-8-94.
 Pablo Lucas Verdú - España - 15-3-95.
 José Luis de los Mozos - España - 5-9-95.
 José Miguel Embid Irujo - España - 5-9-95.
 Francisco Orrego Vicuña - Chile - 5-9-95.
 Luis Diez Picazo - España - 23-7-96.
 Antonio Manuel Morales - España - 2-9-97.
 Sandro Schipani - Italia - 7-4-98.
 Eusebio González García - España - 30-6-98.
 Efrén Borrajo Dacruz - España - 30-6-98.
 Paolo Grossi - Italia - 30-6-98.
 Héctor Gros Espiell - Uruguay - 4-8-98.
 José Massaguer - España - 4-8-98.
 Manuel Albaladejo - España - 6-10-98.
 Francisco María Baena Bocanegra - España - 6-10-98.
 Miguel Coll Carreras - España - 6-10-98.
 José Antonio García Caridad - España - 6-10-98.

Francisco Javier Gaxiola - México - 6-10-98.
José Guardia Canela - España - 6-10-98.
José Llorca Ortega - España - 6-10-98.
José María Martínez Santiago - España - 6-10-98.
José Luis Merino Hernández - España - 6-10-98.
José María Othon Sidou - Brasil - 6-10-98.
Hildegard Rondón de Sansó - Venezuela - 6-10-98.
Javier Vargas Vargas - Perú - 6-10-98.
Jorge Vélez García - Colombia - 6-10-98.
Sergio Zavala Leiva - Honduras - 6-10-98.
Ricardo Zeledón Zeledón - Costa Rica - 6-10-98.
Domingo García Belaúnde - Perú - 8-6-99.
Santiago Benadava - Chile - 3-8-99.
Fernando Vidal Ramírez - Perú - 18-4-2000.
Carlos Cárdenas Quirós - Perú - 18-4-2000.
Ulises Pittí - Panamá - 24-10-2000.
Pedro Silva Ruiz - Puerto Rico - 24-10-2000.
Gustavo Ordoqui Castilla - Uruguay - 24-10-2000.

INSTITUTOS DE LA ACADEMIA

Instituto de Federalismo

Director: Pedro J. Frías.

Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas “Dr. Roberto I. Peña”

Director: Ramón P. Yanzi Ferreyra.

Instituto de Derecho Civil

Director: Juan Carlos Palmero.

Instituto de Educación

Director: Fernando Martínez Paz.

Instituto de la Empresa

Director: Efraín Hugo Richard.

Instituto de Filosofía del Derecho

Director: Olsen A. Ghirardi.

Instituto de Derecho Comparado

Director: Luis Moisset de Espanés.

Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en Santa Fe

Director: Roberto H. Brebbia.

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
Francisco Junyent Bas (*Derecho Comercial*) - 1997
Colegio de Abogados de Junín (*Pcia. de Buenos Aires*) - 1999
Foro de Córdoba - 2000

PREMIO "PROVINCIAS UNIDAS"

Titulares

- Edición 1987: 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: Silvia Cohn (Tierra del Fuego).
José Raúl Heredia (Chubut).
Ezequiel y Martín Lozada.
- Edición 1996: Profesor Carlos S. A. Segreti.
- Edición 1997: Dr. Guillermo Barrera Buteler.
- Edición 1998: Lic. Raúl Hermida.

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:* Mario Claudio Perrachione
Menciones especiales: José Fernando Márquez
Guillermo P. Tinti
- 1997: *Premio:* Verónica F. Martínez de Petrazzini
Guillermo P. Tinti
Menciones especiales: Fernando J. Cafferata
José Daniel Cesano
- 1999: *Premio:* María Isolina Davone Caramuto
Alfredo Mario Soto
Fabián Ignacio Balcarce

DISTINCIÓN “MAESTRO DEL DERECHO”

Edición 1990: Agustín Díaz Bialet.

Edición 1996: Fernando J. López de Zavalía.

PREMIO PUBLICACIÓN DE TESIS SOBRESALIENTES

Edición 2000: Armando S. Andruet

Mario Carrer

Carlos Egües

Emilio Vázquez Viera

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	(1944 - 1947)
Dr. Enrique MARTÍNEZ PAZ	(1948 - 1952)
Dr. Félix SARRÍA	(1952 - 1954) (1956 - 1967)
Dr. Pedro LEÓN	(1968 - 1974)
Dr. Alfredo POVIÑA	(1974 - 1986)
Dr. Pedro J. FRÍAS	(1986 - 1995)
Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS	(1995 - 2001)

SILLONES ACADÉMICOS - SU HISTORIA (al 31-12-2000)

<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
		Benjamín Cornejo	22-6-59
		Héctor Cámara	8-10-74
		Efraín Hugo Richard	13-3-96
RAMÓN FERREYRA	7-7-42	Félix Sarría	18-8-44
		Pedro J. Frías	26-4-72
		Ricardo Haro	31-8-84

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
ENRIQUE RODRÍGUEZ	7-7-42	Mauricio L. Yadarola Néstor A. Pizarro Víctor H. Martínez	21-12-51 26-9-57 7-12-76
LISANDRO SEGOVIA	7-7-42	Santiago Beltrán Alfredo Orgaz Lisardo Novillo Saravia Humberto Vázquez	18-8-44 21-12-51 31-8-84 24-8-99
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	Sebastián Soler José Severo Caballero	18-8-44 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 Antonio María Hernández	18-8-44 11-8-59 2-7-77 14-9-99
MANUEL D. PIZARRO	9-9-42	Carlos Ernesto Deheza Alfredo Rossetti Ramón Daniel Pizarro	2-9-44 3-9-74 2-12-97
JERÓNIMO CORTÉS	9-9-42	Santiago F. Díaz Pedro León Fernando 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

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
VICTORINO RODRÍGUEZ	9-9-42	Mauricio L. Yadarola	18-8-44
		Santiago F. Díaz	21-12-51
		Carlos Luque Colombres	2-7-77
		Mario Martínez Crespo	24-6-97
RAFAEL GARCÍA	9-9-42	Henoch D. Aguiar	18-8-44
		Benjamín Cornejo	21-12-51
		Enrique Saravia	7-6-61
		Edgard A. Ferreyra	7-12-76
		Juan Manuel Aparicio	11-5-90
TRISTÁN NARVAJA	9-9-42	Angel H. Cabral	21-12-51
		Luis Moisset de Espanés	3-9-74
JUSTINO CÉSAR (*)	6-8-51	Arturo Gallego Sánchez	21-12-51
		Ernesto R. Gavier	22-6-59
		Efraín Hugo Richard	31-8-84
JUAN DEL CAMPILLO	21-12-51	Carlos A. Tagle	21-12-51
		Ricardo C. Núñez	14-10-57
		Horacio Roitman	10-9-97
ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ (*)	7-7-52	Enrique Martínez Paz (h)	26-9-57
		Jorge A. Carranza	3-9-93
RAÚL A. ORGAZ	16-7-52	Alfredo Poviña	14-10-57
		Justo Laje Anaya	30-7-93
JUAN BIALET MASSÉ	15-9-52	Luis A. Despontín	26-9-57
		Olsen A. Ghirardi	31-8-84
NICOLÁS AVELLANEDA	13-8-57	Emilio Baquero Lazcano	14-10-57
		Roberto I. Peña	2-7-77
		Ramón P. Yanzi Ferreira	23-11-99
JUAN BAUTISTA ALBERDI	13-8-57	Carlos A. Tagle	26-9-57
		Pedro J. Frías	7-9-76

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

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
SANTIAGO DERQUI	13-8-57	José León Schwartz Jorge de la Rúa	26-9-57 18-10-95
ALEJO DEL C. GUZMAN	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 Manuel Augusto Ferrer	26-9-57 3-9-74 2-11-99
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 Eduardo I. Fanzolato	13-12-64 6-10-97
SOFANOR NOVILLO CORVALÁN	12-8-64	Berta K. de Orchansky	23-1-76
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
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: Sofanor Novillo Corvalán (por renuncia, completó período el Dr. Félix Sarría).
Vice: Félix Sarría (completó el período el Dr. Julio B. Echegaray).
Secretario: Raúl A. Orgaz
- 1945-1947: Presidente: Julio B. Echegaray
Vice: Henoch D. Aguiar
Secretario: Mauricio L. Yadarola
- 1948-1951: Presidente: Enrique Martínez Paz
Vice: Félix Sarría
Secretario: Pedro León
- 1952-1954: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Benjamín Cornejo
- 1956-1958
- 1958-1961: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Benjamín Cornejo
- 1961-1964: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Benjamín Cornejo (completó el período por licencia Enrique Martínez Paz [h]).
- 1964-1967: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Enrique Martínez Paz (h)

1967-1970

1970-1973: Presidente: Pedro León
Vice: Benjamín Cornejo
Secretario: José A. Buteler

1973-1975: Presidente: Pedro León (completó el período por renuncia, el Dr. Alfredo Poviña, desde 1974).
Vice: Benjamín Cornejo (completó el período por fallecimiento, el Dr. Pedro J. Frías).
Secretario: José A. Buteler

1975-1978: Presidente: Alfredo Poviña
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: José José A. Buteler

1978-1981: Presidente: Alfredo Poviña
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: José Ignacio Cafferata

1981-1984: Presidente: Alfredo Poviña
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: José Ignacio Cafferata (completó el período por renuncia el Dr. Edgard A. Ferreyra).

1984-1986: Presidente: Alfredo Poviña (completó el período por fallecimiento el Dr. Pedro J. Frías).
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: Edgard A. Ferreyra

1986-1989: Presidente: Pedro J. Frías
Vice: Ernesto R. Gavier
Secretario: Edgard A. Ferreyra

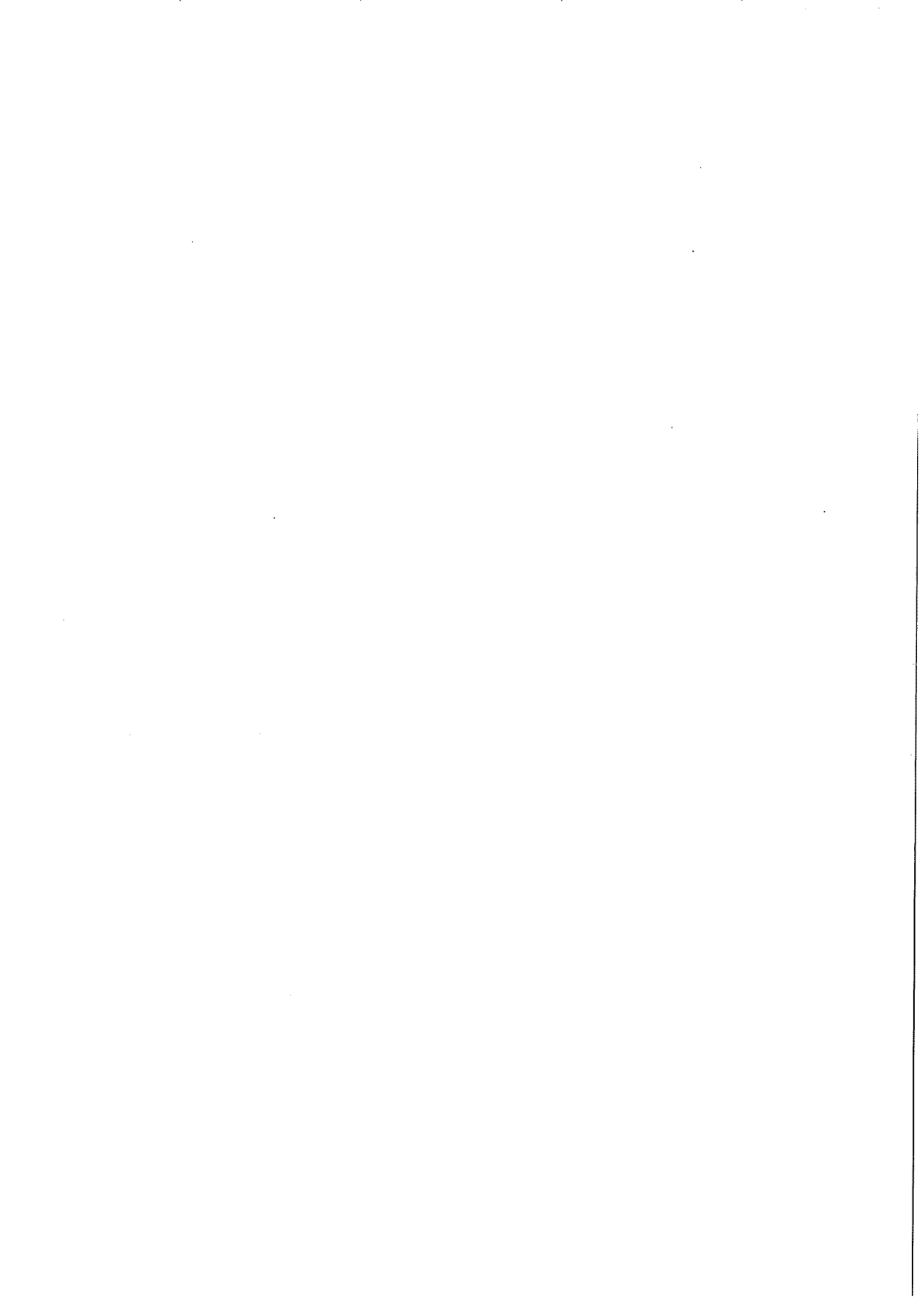
1989-1992: Presidente: Pedro J. Frías
Vice: Luis Moisset de Espanés
Secretario: Lisardo Novillo Saravia (completó el período por renuncia, el Dr. Olsen A. Ghirardi).

1992-1995: Presidente: Pedro J. Frías
Vice: Luis Moisset de Espanés
Secretario: Olsen A. Ghirardi

1995-1998

1998-2001: Presidente: Luis Moisset de Espanés
Vice: Olsen A. Ghirardi
Secretario: Ricardo Haro
Tesorero: Ernesto Rey Caro

Presidente: Luis Moisset de Espanés
Vice: Olsen A. Ghirardi
Secretario: Ricardo Haro
Tesorero: 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 Fragueiro
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	(*)
MARTINEZ 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
ROTHE 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 Fragueiro
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

(†) Fallecido.

(*) No tuvo sillón adjudicado.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
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
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 Fragueiro
SARAVIA Enrique (†)	8-5-61	Rafael García
BUTELER José A. (†)	16-5-64	Henoch D. Aguiar
CLARIÁ 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

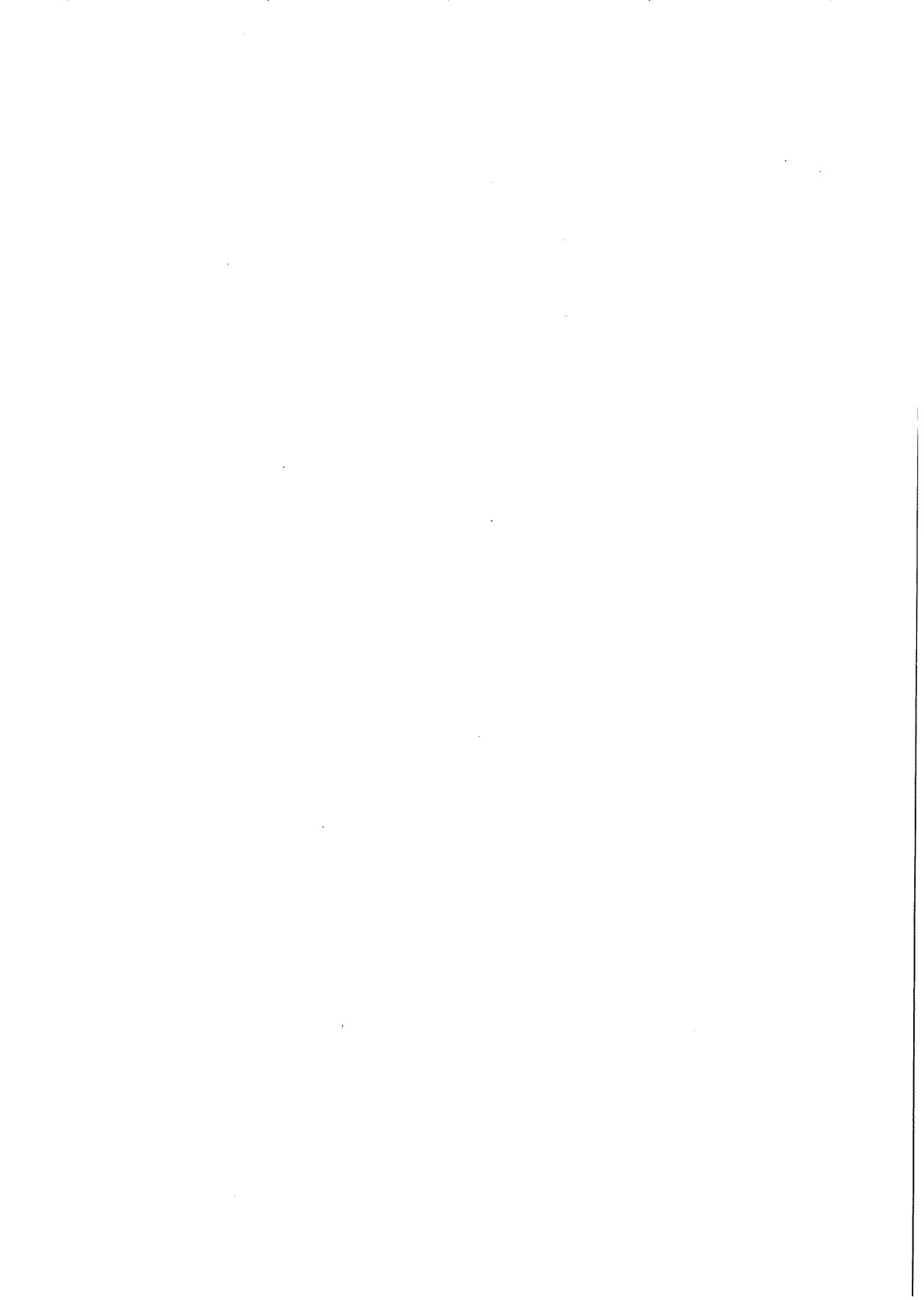
(†) Fallecido.

(*) No tuvo sillón adjudicado.

(**) Renunció

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
KALLER de ORCHANSKY Berta	12-10-76	Sofanor Novillo Corvalán
MARTÍNEZ Víctor 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 Bialet Massé
HARO Ricardo	31-8-84	Ramón Ferreyra
NOVILLO SARAVIA Lisardo (†)	31-8-84	Lisandro Segovia
RICHARD Efraín 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
MARTÍNEZ CRESPO Mario	24-6-97	Victorino Rodríguez
ROITMAN Horacio	10-9-97	Juan del Campillo
PIZARRO Ramón Daniel	2-12-97	Manuel D. Pizarro
VÁZQUEZ Humberto	24-8-99	Lisandro Segovia
HERNÁNDEZ Antonio María	14-9-99	Joaquín V. González
FANZOLATO Eduardo Ignacio	6-10-99	Henoch D. Aguiar
FERRER Manuel Augusto	2-11-99	Arturo M. Bas
YANZI FERREIRA Ramón Pedro	23-11-99	Nicolás Avellaneda

(†) Fallecido.



DOCTRINA

DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

*A Peter Häberle, homenaje cordial en
su sexagésimo quinto aniversario.*

SUMARIO: 1. Planteo del tema. 2. La vertiente europea. 3. El debate sobre los tribunales constitucionales. 4. La experiencia latinoamericana. 5. Aparición del debate doctrinario. 6. ¿Una nueva disciplina? 7. ¿Derecho jurisdiccional constitucional? 8. Una muestra de las variantes latinoamericanas. 9. Los contenidos del derecho procesal constitucional. 10. La enseñanza del derecho procesal constitucional. 11. Un *syllabus* tentativo. 12. Oteando el horizonte.

1. Planteo del tema

El problema de la jurisdicción constitucional, tal como lo conocemos hoy en día, se remonta en realidad a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham, afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, abriendo así el paso para lo que posteriormente fue el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura de Coke, fuertemente anclada en un pensamiento jusnaturalista, y que en cierto

Conferencia pronunciada en su recepción como académico correspondiente el 9 de mayo de 2000.

sentido fuera divulgada por William Blackstone ¹, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar.

Pues bien, el temprano atisbo del juez Coke iba a quedar pronto en el olvido y ser desterrado de la práctica judicial inglesa durante siglos, actitud que ha persistido hasta hace muy poco tiempo, cuando la Gran Bretaña, incorporada a la Unión Europea a mediados de los años setenta de este siglo, tuvo que revisar su vieja teoría de la soberanía del Parlamento, hoy bastante matizada. Pero si bien la tesis fue dejada de lado en las Islas Británicas, encontró camino fértil en las colonias, alimentadas por una tradición jusnaturalista y lectora de los teóricos de la Ilustración, sobre todo de Locke y Rousseau. Esta actitud jusnaturalista fue, sin lugar a dudas, la base de la resistencia norteamericana frente a la metrópoli inglesa y la causa de su posterior independencia (si bien es cierto que un problema de naturaleza tributaria fue lo que movió a los norteamericanos a actuar frente a los abusos de la Corona, aun cuando sólo pudieron encontrar sustento teórico a sus pretensiones en tales planteos jusnaturalistas).

El control constitucional de las leyes, lo que en la tradición norteamericana se llama *judicial review*, o sea revisión judicial, aun cuando de su traducción nada pueda desprenderse (como suceda con la gran mayoría de los términos jurídicos ingleses), está, pues, presente en las colonias, y da sustento a la lucha que mantienen con la Corona, y también existe en la práctica de algunas de ellas; pero curiosamente, no es aceptada en la Convención de Filadelfia de 1787, que fue la que sancionó la Constitución que todavía los rige. Es decir, no empece que el control judicial fue un tema contemplado y discutido en las sesiones de Filadelfia; al final no fue aprobado por los convencionales.

Por eso es que el planteo de Marshall, en su famosa sentencia de 1803 en el caso «Marbury vs. Madison», no deja de sorprender vistos los antecedentes, ya que tal tema fue dejado de lado por la constituyente pero retomado hábilmente por Marshall, quien de esa manera pretendió salir de un aprieto político en el que lo había colocado la nueva administración, a cargo del presidente Thomas Jefferson.

A fin de comprender cabalmente la situación de Marshall, cuyo genio jurídico está fuera de toda discusión, hay que recordar que Marshall

¹ *Commentaries on the laws of England*, 4 tomos, Londres, 1765-69, con varias reediciones.

se encontraba arrinconado, que demoró en resolver el caso dos largos años, y que al final no le dio la razón ni al demandante ni al gobierno sino que se fue por la tangente, apelando al principio de supremacía sobre la ley de judicatura de 1789. Ahora bien, sentado el principio de que los jueces podían controlar la constitucionalidad de las leyes, llama la atención que nada hubiese pasado entonces, y que no hayan existido reacciones aparentes contra tal fallo. Pero cabe imaginar que algo tuvo que repercutir en los círculos gubernamentales, y lo más probable es que el gobierno no expresase públicamente su desagrado, ya que el fallo lo beneficiaba, motivo por el cual el principio quedó así sentado, y en forma definitiva. Pero que tal sentencia provocó un verdadero terremoto en las altas esferas del gobierno es algo que no puede descartarse, ya que el juez Marshall nunca más volvió a utilizar el control constitucional y jamás volvió a inaplicar una ley durante su larga carrera judicial, que duró hasta 1835. Esto es, desde 1803, año en que se da el fallo «Marbury vs. Madison» hasta 1835, que es un lapso de 32 años, el Juez Marshall no volvió a invocar tal principio sino que, por el contrario, se dedicó a reafirmar el naciente derecho norteamericano y a ratificar las prerrogativas del Congreso (si bien lo hizo muy sutilmente). Aún más, el control judicial sólo es vuelto a utilizar en 1857, en el caso «Dred Scott vs. Sandford», bajo otra Corte y con otro presidente, el juez Tanney, y sólo empieza a tener cierta importancia a fines del siglo pasado. Y tan solo durante la llamada *revolución constitucional* en la época de Roosevelt, ya en pleno siglo XX, el principio se afirma, y en puridad de verdad el caso «Marbury vs. Madison» se vuelve un auténtico *leading case* (es decir caso líder, que orienta y sirve de fundamento a lo que viene después).

De lo expuesto se desprende que, basada en viejos preceptos ingleses, alguna aislada experiencia inglesa que luego se desarrolló en las colonias americanas, enunciada nítidamente en 1803, con un discreto desarrollo durante el siglo XIX, la *judicial review* recién se afirma a mediados de los años veinte, y así continúa hasta nuestros días. Y es a partir de esta época que se hacen planteos de largo alcance sobre el control judicial, como puede verse en la extensa obra de Corwin ² hasta los trabajos más

² Confr. Edward S. CORWIN, *Court over Constitution*, Princeton University Press, N.J., 1938.

recientes y de aliento de Alexander M. Bickel³ y John H. Ely⁴. Ahora bien, lo importante del modo sajón, de base judicial y creado a través de décadas, es que no ha provocado un enfoque teórico independiente, como ha sucedido en otras partes y en especial en relación con el modelo europeo. Esto es, la *judicial review* es un tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente en todas las demás áreas del derecho, ya que la *judicial review* se hace a través de cualquier proceso, ante cualquier juez, en cualquier instancia y tratándose de cualquier materia. Es algo así como un principio constitucional, que se hace efectivo a través de los jueces, y cuando está en juego cualquier interés.

Aún más, la doctrina norteamericana no parece mayormente interesada en el tema, y lo trata abundantemente, pero sin mayores pretensiones y mayoritariamente dentro del área constitucional. Y esto puede explicarse perfectamente dentro del *common law*, que como sabemos ha tenido su propia evolución y tiene sus propias características, que lo han convertido en uno de los sistemas jurídicos actualmente existentes. Los comparatistas señalan que en Occidente existen en realidad dos familias jurídicas, el denominado *common law* y el sistema romano-civilista o romano-canónico-germano, al que por comodidad podemos llamar *sistema romanista*. Por tanto, el sistema del *common law*, rico en contenido y con caracterizaciones notables, es ajeno en lo estructural a los sistemas romanistas, lo cual puede explicar cómo, si bien se ha teorizado sobre la *judicial review*, no se ha hecho ningún esfuerzo por crear una disciplina o rama jurídica autónoma a partir de este hecho.

Las consideraciones precedentes se han centrado en el aspecto de la *judicial review*, que es el control orgánico del poder, y *mutatis mutandi*, podrían extenderse a la defensa de los derechos humanos, cuyos instrumentos protectores, a través de los numerosos *writs* ingleses existentes, se remontan al siglo XIII y aún antes.

³ *The least dangerous branch*, Yale University Press, N.H., 1986; la primera edición es de 1962.

⁴ *Democracy and distrust*, Harvard University Press, 1980.

2. La vertiente europea

Lo que he señalado en el punto anterior, es, en forma sucinta, la aparición del tema del control constitucional que se dio en el mundo sajón, y allí se desarrolló durante las últimas décadas en forma cada vez más creciente y compleja.

Este modelo fue prontamente conocido por la intelectualidad europea, y fueron muchos, empezando por Alexis de Tocqueville, los que divulgaron el sistema, que, si bien conocido y admirado, no fue seguido. Y esto por varias razones:

a. Cuando Estados Unidos surge como nación, lo hace como república y además democrática, entendiéndose por esto que los titulares de las demás principales ramas del gobierno eran elegidos por el voto popular. En Europa lo que existían eran monarquías, la mayor parte de ellas de carácter absoluto y casi siempre autoritarias.

b. Por cuanto el sistema jurídico sajón, de acuerdo a sus orígenes, nació y se desarrolló como obra de los jueces, quienes construyeron jurisprudencialmente las bases del derecho inglés, y sobre éste hicieron lo propio las colonias norteamericanas. En Europa, por el contrario, los jueces eran mal vistos; normalmente eran fieles y obsecuentes servidores del poder, y en muchos lugares los cargos judiciales se compraban. Esto hizo posible la tesis, que tuvo largo predicamento, de que los jueces eran robots y meros aplicadores de la ley, lo cual fue magistralmente formulado por Montesquieu en su célebre libro *Del espíritu de las leyes* ⁵.

c. Porque con el tiempo, y siguiendo el ejemplo de Inglaterra, los países europeos iban a implantar y adoptar la forma parlamentaria de gobierno, en la cual el parlamento era todo o casi todo, a diferencia de la democracia norteamericana, la cual creó el régimen presidencial, si bien su afianzamiento sólo se hará efectivo en las primeras décadas del siglo XX ⁶.

d. Finalmente, la *judicial review* se afirmó, entre otras razones, por el carácter federal que asumió el nuevo Estado, y de esa manera contri-

⁵ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XI, 6.

⁶ Confr. Woodrow WILSON, *The Congressional Government*, Boston, 1885, que señaló la debilidad del presidente, si bien años más tarde y durante su presidencia iba a refutar esa tesis con su propia conducta gubernamental.

buyó a consolidar los estados, hacer más fuerte la Unión y, sobre todo, hacer prevalecer la legislatura nacional sobre las estatales.

Por cierto, estas no son las únicas razones que lo explican, pero son bastante significativas y nos permiten apreciar el fenómeno. Esto es, los europeos conocieron el modelo americano de control constitucional practicado en los Estados Unidos, pero no solamente no lo siguieron sino que tampoco les interesó el tema. Esto recién sucedió en la década del 20 de este siglo, como luego veremos.

La doctrina constitucional europea, en especial la francesa y la alemana, se planteó el tema al final de la Gran Guerra, coincidentemente con la caída del Imperio Austro-húngaro y el nacimiento de nuevos países, uno de los cuales fue Austria. Aquí, como se sabe, se planteó por vez primera la creación de un Tribunal Constitucional a efectos del control constitucional en sentido amplio, y así consta en el proyecto de Hans Kelsen de 1918, que fue posteriormente sancionado por la Asamblea Nacional Provisional de 1919, y finalmente en la Carta austríaca de octubre de 1920⁷.

Poco antes, lo había consagrado en su novísima Constitución de febrero de 1920 la recién creada Checoslovaquia, pero si bien es anterior a nivel constitucional, la gestión, creación y consolidación posterior se dan en Austria, y así lo ha reconocido pacíficamente la doctrina, por lo que se le llama modelo austríaco (por el país que lo adoptó y desarrolló en forma seria, ininterrumpida y sistemática), europeo (por el continente que lo hizo suyo, lo desarrolló y propulsó) o kelseniano (en homenaje al teórico de la institución).

Por cierto, la creación de estos tribunales constitucionales (el austríaco y el checoslovaco en 1920 y luego el Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931), fue algo novedoso, pero no despertó seguimientos inmediatos. Aun más, no tuvieron buena fortuna. El austríaco funcionó regularmente hasta 1930, y con dificultad hasta 1933, año en que fue intervenido y desactivado. El checoslovaco casi no funcionó: emitió una sola sentencia, quedó paralizado en 1931 y murió por inanición en 1938. Y el español, instalado en 1933, abortó en 1936 con motivo de la guerra civil. De estos tres tribunales el único que resurgió tras finalizar la

⁷ Confr. Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid, CEC, 1987.

Segunda Guerra Mundial fue el austríaco, que retomó su Constitución de 1920 y sus instituciones democráticas, y desde entonces está en funciones. Y de ahí su importancia, no sólo teórica sino también histórica, que los demás no tienen. Por el contrario, el tribunal español republicano y el checoslovaco murieron definitivamente en sus respectivas versiones. La Constitución española de 1978, monárquica y parlamentaria, creó un nuevo Tribunal Constitucional que funciona ejemplarmente desde entonces. Checoslovaquia, invadida por las tropas stalinistas a fines de la guerra, se convirtió en democracia popular y adoptó en 1968 un Tribunal Constitucional bastante discreto, que se movía dentro de la legalidad socialista, hasta que finalmente el país en cuanto tal desapareció dando nacimiento, en 1991 y tras el derrumbe de la antigua Unión Soviética, a la República Checa y a la República Eslovaca, ambas con un Tribunal Constitucional desde 1992.

Pero esta experiencia del período de entreguerras, aun cuando fallida, iba a ser definitiva para la aparición del debate doctrinario entre los mejores teóricos del derecho público de esa época (Kelsen, Schmitt, Duguit, Carré, Malberg, etcétera), e iba a renacer posteriormente, haciendo posible el surgimiento de los tribunales constitucionales después de 1945, con una fuerte onda expansiva dentro del continente europeo, primero, y en otros ámbitos geográficos después.

3. El debate sobre los tribunales constitucionales

El gran debate sobre los tribunales constitucionales se llevó a cabo, precisamente, en lo que podríamos llamar el ambiente de la República de Weimar, y de él queda el ensayo clásico que Kelsen publicó en francés en 1928⁸ y que fue contestado por Carl Schmitt, con el brillo que lo caracterizaba⁹.

El argumento central de Schmitt era que con los tribunales constitucionales la justicia se politizaba, y que, además, el guardián de la Constitución era el presidente del Reich, para lo cual Schmitt recurrió a la tesis del

⁸ Confr. «La garantie juridictionnelle de la Constitution», en *Revue du Droit Public*.

⁹ Confr. *Il custode della Costituzione*, Milán, Giuffré, 1981, el original de 1931; los textos completos de Kelsen en *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffré, 1981.

poder neutro que en su momento esbozó Benjamín Constant. Se trata, indudablemente, de dos planteos muy importantes, hechos al calor del debate, por las mejores cabezas que en materia de derecho público se encontraban entonces en el mundo germánico, y que siguen siendo, pese a los años, dos clásicos en la disciplina.

Sin embargo, creo que en la actualidad no tiene sentido analizar los alcances teóricos que esbozaron los dos grandes juristas, y menos aún hacer un balance sobre lo que dijo cada uno de ellos. Pienso que lo mejor es ver cuál es la situación actual; y es que mientras el modelo europeo, diseñado por Kelsen, se extiende por doquier y se afianza en el continente europeo y en otros países en donde ha sido adoptado, el planteo de Schmitt, no obstante su vigor, ha sido totalmente olvidado, salvo en las canteras académicas, en donde siempre quedará como un estímulo para el pensamiento.

Todavía hoy de vez en cuando resurgen las polémicas sobre la validez o no de los tribunales constitucionales, tema en el cual la tesis de Schmitt sigue siendo un referente obligado. Pero valga la pena hacer la digresión siguiente:

a. Por un lado existe el problema del control constitucional de las leyes y, en general, de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, y a veces también del Judicial. Esto se mantiene. O sea, a despecho de la importancia del legislador y de la minusvalía del juez en el continente europeo, lo cierto es que el principio de que debe existir un control constitucional y que actos del paralelo también deben ser controlados, es algo que ha avanzado en forma pacífica y sin retroceso alguno, y que se considera como un valor inconcuso de la tradición jurídica europeo-continental. Y esto comprende hoy en día a la Gran Bretaña, que ha tenido que aceptar los controles de la Unión Europea e incluso las numerosas sanciones que ha recibido por violación de derechos humanos.

b. El problema que sigue en discusión es saber cuál es el órgano que debe tener a su cargo este control constitucional en sentido amplio, ya que si bien es cierto que los órganos legislativos conservan, aun hoy en día, determinadas atribuciones jurisdiccionales (de los cuales es ejemplo extremo la Gran Bretaña, cuyo máximo tribunal es parte integrante de la Cámara de los Lores), lo que se ha hecho es, en una mayoría de países, reforzar al órgano judicial para esos fines, pero en otros se ha preferido crear un órgano o tribunal *ad-hoc*, dentro del modelo europeo del tribunal constitucional (si bien sigue en discusión si dicho órgano *ad-hoc* debe ser

parte del Poder Judicial, como lo es en Alemania y en Colombia, o si debe ser independiente del Poder Judicial, como lo es en España y en el Perú).

Por cierto, hacer un paralelo entre el modelo europeo y el estado-unidense es algo que quizá no tenga mayor sentido, no obstante que el primero que lo hizo fue Kelsen, cuando ya en su exilio en los Estados Unidos se dedicó a analizar el sistema de ese país, que él recién conocía a fondo de manera sistemática, y el modelo europeo, que él contribuyó a crear. Por cierto, el balance de Kelsen es claro y contundente, al señalar la superioridad del modelo europeo, por las razones que apunta *in extenso*; razones prolijas y nada convincentes, ya que lo que importa en un sistema, más que su coherencia lógica, es cómo funciona, y en realidad el sistema estadounidense, si bien con lagunas o vacíos desde un punto de vista teórico, tiene un vigor y una influencia en la vida norteamericana que no se ven en el sistema europeo. Y además, empero sus deficiencias, es operativo. Lo que importa, a mi criterio, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cuál es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico, y además, si éste realmente funciona. Así considerados, es indudable que ambos sistemas, enfocados dentro de sus respectivos ambientes, funcionan y son operativos, y no vemos por qué debemos preferir uno al otro. Lo que importa, repito, es si funciona y si ayuda a la supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país ¹⁰.

4. La experiencia latinoamericana

Estados Unidos fue, en la órbita occidental, el primer país que se constituyó independizándose de una gran potencia, y que además adoptó la forma republicana de gobierno. Esto, como era de esperarse, lo hizo muy atractivo para el resto de las colonias de ultramar, en especial para las que estaban sometidas al imperio español, no obstante que en ellas existía una fuerte influencia francesa. Adviértase por lo demás que el

¹⁰ Confr. Hans Kelsen, «The judicial review of legislation. A comparative study of the austrian and american Constitution», en *Journal of Politics*, 1942; traducción en *Direito*, Santiago de Compostela, N° 1, 1995.

convulso panorama francés sólo se apacigua a partir de 1815, con las derrotas de las huestes napoleónicas, y más en concreto en 1875, cuando la República se asienta en forma definitiva.

Pero la emancipación de los pueblos hispanoamericanos se inicia, en realidad, en 1808, cuando la península ibérica es invadida por las tropas francesas, coincidentemente con la Constitución de Bayona, que si bien cuenta con algunos representantes de las colonias de ultramar, no tuvo en realidad efecto alguno, a diferencia de las Cortes de Cádiz y su Constitución de 1812, de vasta influencia. Pues bien; de 1808 a 1820 casi todos los países adquieren su independencia, la aseguran o están en trance de alcanzarla.

Se trata de una época en la cual, para las jóvenes naciones, el único y más orgánico ejemplo político que se presenta son los Estados Unidos, sin sospechar siquiera que con el correr de los tiempos adquiriría esa situación hegemónica que sólo asoma avanzado ya el siglo XX.

Pues bien, el ejemplo norteamericano se manifiesta en muchos aspectos, como por ejemplo el federalismo, que tentó a muchos países del área y que aún es mantenido por muchos de ellos, por lo menos los más significativos en población y territorio (Brasil, Argentina, Venezuela y México); el presidencialismo, persistente hoy, a pesar de algunos ensayos en contrario; el sistema republicano, no obstante algunas tentativas monárquicas o paramonárquicas de algunos líderes (Iturbe en México, y más tarde Maximiliano, si bien dentro de otro contexto, y en la América del Sur, San Martín y en cierto sentido Bolívar, si bien éste último de una forma bastante sutil, como lo demuestra la institución de la presidencia vitalicia que consagró en la Constitución que en 1826 preparó para Bolivia y el Perú).

Y por cierto, de manera clara e indubitable en el control constitucional, que muchos adoptaron directamente de los Estados Unidos, a través de la práctica jurisprudencial y de los escritos de doctrina, desde México hasta la Argentina. Así se explica la rápida introducción y asimilación del *habeas corpus* (desde 1830 en el Brasil) y del control de la constitucionalidad de las leyes, en varios países, y muy desarrollado en México desde 1847 y en la Argentina desde 1863.

Pero como siempre sucede en estos casos, la asimilación no fue completa ni menos aún mecánica. Es cierto que en esta materia el influjo estadounidense fue decisivo, pero la recepción no fue servil, sino adaptada a las cambiantes necesidades del medio. Esto es, el nuevo continente hispano-americano tenía tras de sí una rica experiencia, nutrida por sus

propias tradiciones culturales (sobre todo en el mundo andino y en el azteca y maya), y además una vivencia jurídica proveniente del derecho castellano y de la legislación indiana, que fue asimilada y desarrollada durante siglos. Por tanto, una incorporación simple y llana no podía darse, toda vez que, además, por un lado el sistema jurídico en el cual se enrolaban las nuevas naciones era de base romanista, y por otro, los Estados Unidos se movían en la esfera del *common law*, por lo cual la recepción tenía que ser un acto complejo, y, en cierto sentido, plástico.

Es así como diversas instituciones norteamericanas han sido incorporadas directamente, pero en el camino han sufrido cambios y adaptaciones, que a la larga las han hecho distintas de sus modelos originales, de los cuales es fácil distinguirlos. Así se aprecia, por ejemplo, en el caso del *habeas corpus*, que hoy, en América Latina, es distinto a su modelo sajón.

En lo referente al modelo sajón de control constitucional ha pasado lo mismo. La institución se ha incorporado y desarrollado con perfiles propios, lo que hace pensar que en materia de control constitucional (empleamos este término en sentido general) ha habido un desarrollo que podríamos tímidamente calificar de original, y que tiene algunas características que lo hacen peculiar y diferente de sus orígenes; si bien, *grosso modo*, puede sostenerse que nos mantenemos en el modelo estadounidense o europeo, según sea el caso, pero pudiendo distinguirse en cada uno de ellos cierta peculiaridad en su desarrollo y adaptaciones.

Así se explican los avances del amparo en México (nacido en 1841 y en continuo desarrollo hasta el presente), del control constitucional en Argentina y Brasil, y sobre todo, el desarrollo existente en Venezuela, que desde el siglo pasado creó una acción popular de inconstitucionalidad, con carácter *erga omnes*, primero en la Constitución de 1858 y luego en la de 1863, que adelantó características de lo que luego sería el modelo concentrado, porque conjuntamente con el alcance general de las sentencias se encargaba a una sola dependencia u organismo resolver los casos de inconstitucionalidad.

Por cierto estos son desarrollos propios que no deben desmerecer lo que con mucha posterioridad se hizo en Europa (que también tiene su propia tradición), ni mucho menos minimizar, como en algún momento se ha pretendido, el carácter creador de Kelsen con su idea de los tribunales constitucionales ¹¹.

¹¹ Confr. la justa ponderación que de este hecho hace Joaquín BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998.

Si algunos países, en especial México y Venezuela, o si se quiere Venezuela y Colombia, como con acierto señalan muchos autores ¹², tuvieron importantes aciertos en el desarrollo y apuntalamiento del control constitucional y en la defensa de los derechos humanos, ello no fue una creación *ex novo*, sino una creación derivada, o si se quiere, un matiz y desarrollo interesante y peculiar, y eventualmente original, pero sólo entendible y explicable desde el trasfondo de un desarrollo propio desde la experiencia norteamericana, que todos los juristas y políticos latinoamericanos del siglo XIX conocían perfectamente bien, ya sea porque tenían acceso a sus fuentes, ya sea porque viajaron o vivieron y asimilaron la cultura norteamericana directamente, por haber vivido en los Estados Unidos y haber publicado allá sus obras, como es el caso, paradigmático, de Domingo F. Sarmiento.

Por estas consideraciones, es quizá oportuno señalar que el continente latinoamericano, y con esto incluyo a las antiguas colonias españolas y portuguesas (no así a los pueblos angloparlantes del Caribe) han tenido un desarrollo peculiar, que los hace difíciles de clasificar dentro de los modelos europeo o estadounidense, si bien es cierto que parten de ellos, más del segundo que del primero, y que además se alimentan de la doctrina de tales países.

Por estas consideraciones, Samuel P. Huntington, en el sugerente libro *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* ¹³ llega a la conclusión de que, terminada la guerra fría, ha finalizado también el mundo bipolar, y hoy estamos asistiendo al mundo multipolar, en el cual hay varias civilizaciones en juego. Una de ellas es la latinoamericana, y las demás son la occidental (en donde incluye a los Estados Unidos y Europa), la africana, la islámica, la símica, la hindú, la ortodoxa, la budista y la japonesa. Si bien esta tesis puede ser discutida, y en su defecto, matizada, es indudable que tiene cierto carácter explicativo, y puede ser útil para entender muchas cosas. Por lo pronto, la peculiaridad y relativa originalidad del sistema constitucional latinoamericano puede ser explicado desde este enfoque.

¹²Confr. Allan R. BREWER-CARIAS, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

¹³Buenos Aires, Paidós, 1998.

5. Aparición del debate doctrinario

Como he adelantado, la existencia de la *judicial review* en el mundo sajón no ha propiciado el interés de una disciplina en torno de ella, si bien es cierto que ha habido mucho debate teórico en los últimos años. Pero la ubicación del tema se mantiene dentro del derecho constitucional, y en todo caso como problemática judicial, sin que haya habido ningún deslinde sobre ella. Y así continúa hasta el presente.

En el caso de Europa, la situación es distinta, pues el problema, si bien con algunos antecedentes (como el *jury constitutionnaire* en Sieyès y la monografía de Jellinek sobre la materia publicada en 1885) tiene una aparición algo forzada. Y lo es por cuanto en el contexto europeo de supremacía del Parlamento y minusvalía del juez, pensar en declarar una ley como inconstitucional era casi una herejía, digna de una eventual cacería al estilo de Harlem.

Por eso, cuando se empieza a discutir el problema a nivel teórico, es que se habla de «jurisdicción constitucional» o de «justicia constitucional», sobre todo en el famoso texto de Kelsen de 1928, en donde ambas expresiones aparecen utilizadas indistinta e indiferenciadamente. La preocupación de Kelsen, en ese momento, era justificar por qué debía haber un control de constitucionalidad, y por qué ese control no lo podía hacer el Parlamento. Pero como tampoco lo podían hacer los jueces, entonces se trató de justificar la existencia de un órgano *ad hoc*, que fue el Tribunal Constitucional, del cual en ese momento Kelsen era juez. La idea se difundió mucho en Francia gracias a Einsenmann, discípulo francés de Kelsen, que estudió con éste en Viena y que luego dedicó su tesis doctoral, publicada en París en 1928, a divulgar la creación kelseniana. Pero el problema para Kelsen era simplemente teorizar sobre la necesidad de la existencia de un control constitucional, y de que éste estuviese a cargo de un tribunal *ad hoc*, fuera del Poder Judicial y sin dependencia alguna de los demás poderes. En suma, así como existía una jurisdicción civil y una jurisdicción administrativa, era necesario que existiese una jurisdicción constitucional, o justicia constitucional, como se usaba en el contexto jurídico francés (y aún ahora).

Sin embargo, Kelsen no le dio mayor importancia al problema del nombre. De hecho, en la Quinta Reunión de profesores alemanes de derecho público, celebrada en Viena en 1928, Kelsen, al igual que Triepel, emplea el

término «jurisdicción constitucional» o «*verfassungsgerichtsbarkeit*» como sucedáneo de jurisdicción estatal o «*staatsgerichtsbarkeit*». Y cuando escribió en inglés años más tarde sobre este mismo problema, lo que hizo fue emplear el concepto grato al mundo sajón, que es *judicial review*. Igual ha sucedido con otro destacado teórico y divulgador de la temática en los últimos años, Mauro Cappelletti. Cuando escribe en italiano utiliza *giurisdizione costituzionale*, cuando lo hace en francés se refiere a la *justice constitutionnelle*, y cuando escribe en inglés emplea *judicial review*. Capelletti, al igual que Kelsen, no repara mucho en el hecho del nombre, sino en el contenido, en sus alcances y en sus modalidades.

También en este mismo período surge la polémica Kelsen-Schmitt, a la cual ya me he referido, que a veces ha resurgido en otros ambientes, pero sin el mismo vigor, y más aún, cuando la tesis del control constitucional ha cobrado cada vez mayor aceptación.

El debate, iniciado en los años treinta, se ha mantenido, si bien se ha pasado ya a una segunda etapa, que es la de ver las condiciones del control, quiénes lo hacen, los órganos encargados de ello, el análisis de las distintas figuras procesales, etc. Pero en América Latina ambas fases del debate se mantienen.

Así, por ejemplo, el problema ha tenido numerosos matices en la evolución política del Ecuador. Desde 1945, año en que consagraron un Tribunal de Garantías Constitucionales en el nombre y casi sin atribuciones, hasta el actual Tribunal Constitucional, de total plenitud, que perfilado en las reformas constitucionales de 1996, se halla reafirmado en la vigente Constitución de 1998.

Igual podemos decir de Bolivia, que introdujo el Tribunal Constitucional en la reforma de 1994 en su Carta vigente de 1967, pero que se ha instalado recién en agosto de 1993.

Esto es, lo que en Europa se debatió en la década del veinte llegó a la América Latina cuarenta años después, ya que la influencia del modelo europeo fue también muy posterior. Y esto ha motivado debates y planteos interesantes, cuyo punto orgánico de partida lo representa el Encuentro de Sochagota (Colombia, en noviembre de 1977), que reunió a un grupo muy representativo de constitucionalistas latinoamericanos para tratar, por vez primera y en forma orgánica, el tema de la «jurisdicción constitucional en Iberoamérica» (las actas han sido publicadas, con el mismo nombre, por la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá y en 1984).

6. ¿Una nueva disciplina?

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en América Latina, en torno a la jurisdicción constitucional (o la justicia constitucional, como algunos querían).

En realidad, si al utilizar *jurisdicción* o *justicia* creemos que son algo parecido, o que son lo mismo, esto no tiene mayor importancia. Sin embargo, algunos han hecho cierta diferencia entre una y otra, como es el caso de Héctor Fix Zamudio, que ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas entre ambos términos. Aquí nos interesan estas últimas, en la medida en que Fix, siguiendo las huellas de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía justicia constitucional cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales¹⁴, y jurisdicción constitucional cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea cuando existían tribunales constitucionales¹⁵. Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una corte suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un tribunal constitucional.

Por otro lado, y moviéndose siempre dentro de la órbita francesa, el reciente manual coordinado por Louis Favoreau sostiene una tesis interesante, siguiendo a Einsenmann. Así, según se indica, la justicia constitucional debe ser considerada como un sistema o plexo teórico y doctrinario en su conjunto, que trata de cómo se lleva a cabo el control constitucional y temas afines; mientras que la jurisdicción constitucional sería un análisis detenido del órgano calificado para hacerlo. Así, y siempre dentro de lo expuesto, la justicia constitucional es el gran panorama, pero la jurisdicción constitucional está reservada al análisis de la composición, estructu-

¹⁴ Confr. Héctor Fix ZAMUDIO, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, UNAM, México, 1968.

¹⁵ Así, por ejemplo, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

ra y atribuciones del Consejo Constitucional, que dentro del sistema francés es el encargado de decir el derecho en materia constitucional ¹⁶.

Este planteo, sugestivo sin lugar a dudas, es peculiar y decididamente muy francés, y pensado para no abandonar los usos lexicales del idioma y para mejor ilustrar la posición del Consejo Constitucional francés, que, como se sabe, si bien discutible en cuanto a su naturaleza jurídica, hay una tendencia cada vez mayor a asignarle una naturaleza jurisdiccional. En todo caso, la tesis expuesta no ayuda a resolver el problema *in genere*, sino sólo la situación francesa y de quienes se mueven dentro de su radio de influencia.

Lo concreto del caso es que surgen órganos que tienen o a los que se les asignan atribuciones jurisdiccionales, y ellos conocen determinados procesos vinculados con la Constitución, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática. Y como son trámites o pasos que se dan, ellos, tarde o temprano, se formulan como procesos que terminan adaptándose a los procesos comunes y corrientes que a diario conocen los jueces y tribunales. Esto es inevitable, toda vez que en el moderno Estado de derecho si los jueces tienen la defensa de los derechos del ciudadano y del orden jurídico, es evidente que lo hacen a través de mecanismos especializados, que son los procesos. Por tanto, se desprende que también en los casos de defensa de la Constitución no sólo hay una jurisdicción constitucional, compuesta o a cargo de jueces simples o jueces especializados, sino que además debe haber ante ellos procesos que cumplan los requisitos de la doctrina procesal moderna.

Pero en nuestra tradición romanista, si bien el derecho es una unidad y considerado como un todo, se acostumbra desde la época de los romanos a hacer divisiones, algunas muy amplias y otras más ceñidas. Una de ellas es la existente entre el derecho sustantivo y el derecho instrumental, que precisamente sirve para hacer efectivos los derechos que aquél consagra. Este derecho instrumental es el comúnmente llamado *derecho procesal*, que, nacido científicamente en el siglo pasado, se ha extendido y afianzado durante el presente siglo. Y por cierto, esto no ha pasado desapercibido a los estudiosos.

¹⁶ Confr.. AA.VV, *Droit constitutionnel*, Louis FAVOREU, coordonnateur, Dalloz, París, 1999.

Es por eso que hay muchos que desde los años cuarenta (en el mundo hispano, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo) han propuesto la creación de una nueva disciplina que se titule *derecho procesal constitucional*, que sería el equivalente, en el ámbito constitucional, de lo que es el proceso civil para el derecho civil, o el proceso penal para el ámbito del derecho penal. Por cierto, esta tesis no es pacífica, pues en torno a ella hay muchas variantes, que hemos analizado en otra oportunidad¹⁷. Así, hay quienes, como Fix Zamudio, distinguen entre «derecho procesal constitucional» y «derecho constitucional procesal», y otros que simplemente se afilian al derecho procesal constitucional a secas, tesis que preferimos.

Por otro lado, sigue abierto el debate en torno a la naturaleza de este derecho procesal constitucional. Algunos autores sostienen que es una disciplina constitucional (por ejemplo, Peter Häberle), otros afirman que es mixta (es el caso de Néstor P. Sagüés), y otros que la disciplina es netamente procesal. En lo personal, me inclino por esta postura, ya que existiendo un derecho procesal desarrollado científicamente desde fines del siglo pasado, es ése el lugar donde debe ir todo lo relacionado con los procesos que nacen de la Constitución, y que por eso son constitucionales.

Sin embargo, existe una postura reciente, aun cuando minoritaria, sostenida por algunos juristas brasileños, como Marcus Orione Gonçalves Correia¹⁸, que considera que el derecho procesal constitucional, siendo un tema netamente procesal, no es autónomo, sino que es parte del proceso civil, con lo cual el proceso civil tendría sus ramas, una de las cuales sería la constitucional, con carácter de subsidiaria y, en todo caso, ancilar.

La tesis es sin lugar a dudas singular, porque pregona una minusvalía del proceso constitucional, haciéndolo depender del proceso civil, lo cual podría tener cierto valor a principios de siglo, pero no en la actualidad. Por cierto, es claro que la teorización partió del proceso civil y desarrolló sus principales categorías a partir de éste, pero eso no significa que todos los procesos (administrativo, penal, laboral, etcétera) sean civiles, ya que si bien la matriz es civil, los desarrollos son específicos y las materias son

¹⁷ Confr. Domingo GARCÍA BELAUNDE, «El derecho procesal constitucional», en Anuario de la Academia Peruana de Derecho, N° 3, 1997.

¹⁸ Confr. *Direito processual constitucional*, Saraiva, Sao Paulo, 1998.

distintas, y ameritan un tratamiento aparte, ya que además existe una teoría general del proceso. A simple vista no cabe confundir un proceso constitucional, como el amparo, que defiende derechos fundamentales, con uno civil de indemnización por daños y perjuicios, que por más importante que sea es cualitativamente diferente del primero.

Pero la discusión no termina ahí. Existen otros planteos en torno al término «derecho procesal constitucional», uno de los cuales, que veremos a continuación, es el intento de reemplazarlo por el de «derecho jurisdiccional constitucional».

7. ¿Derecho jurisdiccional constitucional?

Un importante grupo de juristas españoles, liderados por Juan Montero Aroca, catedrático de la Universidad de Valencia y magistrado de la respectiva Comunidad Autónoma, ha venido batallando desde hace algunos años por sustituir el vocablo *derecho procesal* por el de *derecho jurisdiccional*. De esta suerte, en lugar de haber un derecho procesal constitucional, tendríamos un derecho jurisdiccional constitucional.

Lo importante es que el más destacado defensor de esta postura ha sufrido tal evolución, convenciéndose de ella y postulando que dicho cambio opere, no por un problema terminológico sino por corresponder a una realidad ¹⁹.

Para fundamentar su tesis, Montero Aroca hace una larga como prolija exposición, que aquí sintetizaremos lo mejor posible. Según afirma, el proceso ha tenido una larga historia, de la cual habría que destacar las siguientes etapas, que son las más cercanas en el orden del tiempo:

1. Práctica forense, que cubre, más o menos, hasta el siglo XVIII; en ella surge la práctica al margen de las universidades, para enseñar lo que realmente se hace en los tribunales. En la cátedra se enseñaba derecho romano, eminentemente formativo; pero afuera, en los tribuna-

¹⁹ Así, véanse sus trabajos *Introducción al derecho procesal*, Madrid, Tecnos, 1976, e *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, Lima, Enmarce, 1999, así como *Derecho jurisdiccional*, 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, t. I, por J. MONTERO AROCA *et alter*.

les, sucede otra cosa, y a eso hay que enseñarlo. Lo más notable en el mundo hispánico es la *Curia Philippica*, publicada por Hevia de Bolaños en Lima, en 1603, si bien su autor era un español afincado hacía muchos años en la capital del Virreinato peruano.

2. El segundo paso lo da el procedimiento, o sea la existencia debidamente regulada de formas o caminos procesales que explican un sinnúmero de actuaciones de las partes ante el juez. Esto cubre prácticamente el siglo XIX.

3. Procesal. Surge a mediados del siglo XX en Alemania y luego es ampliamente desarrollada en la misma Alemania y en Italia. Por encima de los numerosos procedimientos y su práctica, trata de crear una gran teoría que explique el proceso civil, y luego esto se extiende al penal. Es el nacimiento del procesalismo científico, a diferencia de las etapas anteriores, que son meramente prácticas, y sobre todo empíricas.

Sin embargo, el procesalismo científico, que se extendió a otros ámbitos más allá del civil propiamente dicho, fue desarrollándose y ampliándose, desbordando al proceso, que era el eje de la disciplina, conjuntamente con la acción y la jurisdicción. Esto es muy claro en el clásico libro de Couture. Cuando publica la primera edición de sus *Fundamentos del derecho procesal civil* en 1942, no desarrolla el concepto de jurisdicción; ni siquiera lo menciona. Dicho concepto aparece con toda precisión tan solo en la edición de 1958, que a la larga resultó póstuma. Acorde con esto, el procesalismo, si bien con notables antecedentes y algunos avances importantes, se ha volcado hace algunas décadas al análisis y al detalle de la jurisdicción, o sea la facultad estatal, sus órganos, y, en general, toda la problemática de la magistratura. De esta manera, hoy por hoy, dentro del derecho procesal, la teoría del derecho procesal, la teoría del proceso, ocupa un lugar modesto, en todo caso segundón, muy por detrás de la jurisdicción, que realmente se ha vuelto el eje básico de la disciplina.

Por tanto, no se puede seguir llamando «derecho procesal» a una disciplina que de procesal tiene cada vez menos, y en todo caso, un porcentaje discreto en comparación con la jurisdicción y la acción (si bien éste es un concepto más bien abstracto). Por ello se impone dar el gran salto que Montero hizo en su día, llamar «jurisdiccional» a la disciplina y dejar de lado el término «procesal», que no guarda concordancia con su contenido. No se trata de un capricho ni de un juego de palabras o de un cambio simple, sino de adecuar el nombre a su real significado. Hasta aquí, en síntesis muy apretada, lo que nos manifiesta el destacado jurista.

Ahora bien, ¿es válida esta argumentación?

La respuesta es delicada y quizá deba admitir matices, ya que ni aun los clásicos (por ejemplo, G. Chiovenda en sus *Instituciones de derecho procesal civil*) dejaron de prestar un espacio significativo a la jurisdicción. Por cierto, la respuesta final deben darla los procesalistas, que son los profesionales del área, motivo por el cual aquí queremos aceptar dicha tesis, pero tan sólo como hipótesis de trabajo. Y sobre esa base deseamos hacer algunos comentarios y cuestionamientos, para los fines que aquí nos interesan.

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo jurisdiccional puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aun teniendo más justicia el nuevo nombre nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como derecho judicial, pero éste no tiene mayor precisión, y el mismo Montero lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas es que el derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del derecho público, y en cierto sentido tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otras fisonomías. Es probable que si los clásicos vivieran hoy hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia dictada en 1965 poco antes de su muerte, en la cual reconoció que la figura del juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

Pero añadamos que haber ampliado su contenido o enriquecido su perspectiva no significa que haya dejado de ser la misma, y en consecuencia no tiene por qué cambiarse su nombre. Veamos algunos casos:

a. La lógica fue fundada por Aristóteles y duró casi intacta hasta el siglo XIX. En esta época viene la gran revolución de la lógica, que luego sintetizan Russell y Whitehead en 1910, con su obra *Principia mathematica*. Hoy existe la lógica tradicional, que cubre desde Aristóteles hasta el siglo XIX; después surge la lógica clásica desde Frege, y luego las lógicas no clásicas desde los años '30. En cualquier manual de lógica moderna, la parte aristotélica es un modesto capítulo

inicial, pero nadie ha pensado en cambiar el nombre de la disciplina que fundó Aristóteles. Lo mismo podría decirse de otras disciplinas que fundó Aristóteles, como la física y la psicología: son hoy en día algo totalmente distinto a lo que hizo su fundador, pero sin embargo, nadie ha pensado en cambiarles el nombre.

b. La historia fue fundada por Herodoto, llamado el Padre de la Historia. En sus *Historias*, tanto él como Tucídides entienden la historia como ver lo presente o ver de testigos; para ellos, y para el mundo greco-romano, la historia es historia del presente, y así, con variantes, se mantuvo durante siglos. Pero en el siglo XIX, la historia se asienta como ciencia del pasado (sobre todo con Ranke), y así llega a nuestros días. Aun más, los enfoques de la historia han cambiado sustancialmente. A la historia política que caracterizó a los autores clásicos (concentrados en héroes, batallas, príncipes, reinados, tratados, etcétera), ahora sucede una historia total que ha minimizado la historia narrativa de antaño, como lo demuestra la historia de la vida privada, la historia de los de abajo, la historia de las mentalidades, la historia del gusto, etcétera. Es decir, la historia ha cambiado totalmente, en perspectivas, enfoques y contenidos, en relación con el siglo pasado, y más aún con lo que se entendía en la actualidad. Pero nadie ha pensado en cambiarle de nombre. Incluso la palabra *historia*, del griego *istorein*, significa lo visto, lo que se ve, lo que se sabe por saber directo. Por tanto, vemos cómo ni siquiera el nombre tiene concordancia con el contenido actual ²⁰.

c. Por último, digamos algo en cuanto al derecho mismo. No sólo el derecho procesal ha cambiado y ampliado notablemente su contenido, sino todas las ramas del derecho. El Código Civil napoleónico era uno, pero los actuales códigos civiles lo han desbordado totalmente. El derecho comercial hasta hace cien años se limitaba a ciertas sociedades, o a los actos de comercio y al comercio internacional; hoy el derecho mercantil es distinto y ha superado largamente a sus orígenes. Igual podría decirse del derecho constitucional. Si revisamos, por ejemplo, el *Cours de politique constitutionnelle*, de Constant, publicado en 1861, sobre la base de trabajos anteriores redactados desde 1815, y lo comparamos con cualquier manual moderno y reciente en francés, como son los de George Burdeau, Maurice Duverger, André Hauriou o Pierre Pactet, vemos que

²⁰ Confr. Jorge LOZANO, *El discurso histórico*, Madrid, Alianza, 1984.

el campo se ha ensanchado notablemente. Y el derecho constitucional actual es totalmente distinto al clásico, al que mantiene en lo esencial, pero al que supera largamente. En este caso, como en otros, nadie ha pensado en cambiar el nombre, so pretexto de buscar uno que represente o refleje mejor su contenido (los franceses se han limitado, para fines docentes, a agregar el concepto de «instituciones políticas» en sus cursos y en sus manuales, pero sin renegar del membrete clásico).

Por tanto, a la vista de lo sucedido en otras disciplinas, tanto jurídicas como no jurídicas, no vemos por qué vamos a cambiar un nombre por otro, que si bien podría hacer justicia al contenido de la disciplina, no cubre todo lo existente ni menos aun elimina su contenido procesal básico.

Pero hay algo más. Y es que en materia de nombres, las palabras juegan un papel importante desde un punto de vista del uso, existiendo siempre el factor de inercia que dificulta los cambios que la comunidad hablante no ve como necesarios. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el lenguaje es en realidad un fruto de las convenciones. Ya Platón, en su célebre diálogo *Cratilo*, discutió ampliamente las tesis sobre el origen del lenguaje, si era natural, o sea si respondía a los hechos, o si por el contrario era un fruto de la convención²¹. La tesis de Platón es que si bien puede haber alguna relación entre el lenguaje y la realidad, el lenguaje es, en lo fundamental, un fruto de la convención y de los usos sociales. Y esta tesis platónica se encuentra hoy en día prácticamente aceptada por los lingüistas contemporáneos, desde de Saussure en adelante.

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen por qué necesariamente ser reflejos de las cosas sino que existe un amplio campo para el uso convencional, no vemos por qué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de «derecho procesal constitucional», hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le

²¹ Confr. Víctor LÍ CARRILLO, *Platón, Hermógenes y el lenguaje*, Lima, Ediciones U. De San Marcos, 1959.

dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Véscovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando -hasta nuevo aviso- el concepto de «derecho procesal constitucional».

8. Una muestra de las variantes latinoamericanas

En los últimos años el control constitucional en América Latina, tanto en su variante orgánica (control de la constitucionalidad de normas) como en su vertiente dogmática (defensa de los derechos humanos), y sin contar con otro tipo de competencias, ha sido muy variado, no sólo en su desarrollo normativo sino también en lo referente a los órganos que tienen a su cargo tales controles. Veamos someramente algunos de ellos, que en cierto sentido ya hemos adelantado:

1. El ejemplo cubano es el más interesante, sobre todo el del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Carta de 1940, que es ejemplar dentro de la historia cubana²². Este Tribunal, si bien era una sala que formaba parte integrante de la Corte Suprema, y por cierto, dentro del Poder Judicial, tuvo una configuración muy importante, pues no sólo conocía de los *habeas corpus*, sino de un recurso de inconstitucionalidad, que podía eliminar normas con carácter *erga omnes*, constituyendo de esta manera un caso ejemplar de control, que pudo evolucionar en forma muy considerable si no hubiese sido por su corta vigencia. El golpe de Estado de 1952, dado por Batista, reemplazó dicha Constitución por otra, la Ley Constitucional de 1952, que si bien formalmente idéntica a la anterior en este punto, tuvo una vigencia más bien nominal y sin fuerzas alguna frente a la dictadura, hasta que la revolución de Fidel Castro, en 1959, puso fin al experimento, pues inauguró un régimen político que conllevaba otro tipo de controles, propios del llamado sistema socialista, totalmente distinto a los que conocemos. Con todo, el ejemplo republicano de Cuba

²² Confr. Fernando PORTUONDO, *Historia de Cuba*, La Habana, Minerva, 1950.

(en especial del período 1940-1952) fue sobresaliente para el Caribe y sirvió de estímulo a sus vecinos.

2. Guatemala es el segundo ejemplo importante, pues aún está vigente. En 1965 fue creada una Corte de Constitucionalidad, en la Constitución de este año, y luego se reiteró en la vigente Constitución de 1985, en forma más elaborada que la anterior (la de 1965 no era una corte permanente, sino que se reunía cada vez para contemplar casos concretos, a diferencia de la vigente, que es permanente y que ha tenido además un desarrollo y actitud ejemplares en defensa de la constitucionalidad en ese país).

3. El Perú es un caso singular, pues al sistema americano que tenía desde la década del treinta, incorporó, en la Constitución de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales, fiel reflejo de la experiencia europea, y en rigor, el primer trasplante de ese origen a lo que hemos llamado el modelo dual o paralelo, pues en ese momento coexisten, en forma pacífica, los dos controles, el difuso y el concentrado ²³. Este esquema se ha mantenido y afinado en la vigente Constitución de 1993, que ha reiterado la institución con el nombre, quizá más adecuado, de Tribunal Constitucional.

4. Ecuador tiene una larga historia en materia de control constitucional, ya que influido por la experiencia francesa, incorporó en 1945 un Tribunal de Garantías Constitucionales, que operaba sobre el papel, pues no tenía poder alguno, y era dependiente del Parlamento. Esto fue eliminado más tarde, pero la Constitución de 1978 reincorporó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales, con un poder sobre todo simbólico; pero todo esto cambió en 1996, con las reformas de ese año, para finalmente consagrarse en la vigente Constitución de 1998, que ha introducido un Tribunal Constitucional con verdaderos poderes ²⁴.

5. Bolivia creó el Tribunal Constitucional en 1994, mediante expresa reforma que se hizo ese año a su Constitución de 1967, aun cuando el Tribunal sólo se ha instalado en 1998, y se encuentra recién en sus inicios. En Bolivia, el Tribunal Constitucional fue incorporado en medio de grandes oposiciones, que recordaban a anteriores deba-

²³ Confr. Domingo GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», en *La Ley*, Buenos Aires, 16/10/98.

²⁴ Confr. José C. GARCÍA FALCONÍ, *El juicio especial por la acción de amparo constitucional*, Quito, 1999.

tes europeos sobre la inconveniencia de la institución, la que tuvo muchos detractores, hasta que finalmente fue concretada la institución, pero como parte integrante del Poder Judicial.

6. Colombia tiene antecedentes muy antiguos de control constitucional, con una primera etapa interesante que comienza en 1910; luego se suceden varias estaciones en su desarrollo, pasando por la creación de una Sala Constitucional, hasta que en 1991 es creada la Corte Constitucional, que funciona desde 1992 ²⁵. La Corte colombiana ha tenido una actividad que podríamos llamar febril, por el rigor, el empuje y el dinamismo que ha desarrollado, si bien en los últimos tiempos ha mostrado algunos excesos, que han suscitado serias críticas, por su enfrentamiento con las políticas del Ejecutivo y la modernización del Estado.

7. Chile creó el Tribunal Constitucional en 1970, pero fue desactivado en 1973, luego de una vida corta pero tumultuosa. La Constitución de 1980 lo incorporó nuevamente, pero en Chile el control constitucional es muy tenue y de carácter preventivo, acusando una fuerte influencia francesa.

Aparte de estos tribunales, debemos recordar otros casos de interés:

8. El Salvador, que tiene una Sala Constitucional desde 1983;

9. Costa Rica, que creó una Sala Constitucional en su reforma constitucional de 1989, y que ha tenido una actividad intensa y creadora, y

10. Paraguay, que en su Constitución de 1992 incorporó una Sala Constitucional, que anda todavía lentamente ²⁶.

Caso singular lo representa México, en donde sucesivas reformas, y en especial la de 1994 ²⁷ han hecho que la Corte Suprema mexicana sólo analice temas específicamente constitucionales, con lo

²⁵ Confr. Javier TOBO RODRÍGUEZ, *La Corte constitucional y el control de constitucionalidad*, Bogotá, 1999; Ernesto BLUME FORTÍNI, *El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*, Lima, 1996.

²⁶ Sobre estos casos, Cfr. Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, coordinadores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997; Rodolfo E. PIZA E., *La justicia constitucional en Costa Rica*, Lisboa, 1995; y Héctor FIX ZAMUDIO, *Los tribunales y salas constitucionales en América Latina* en «Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca», México, UNAM, 1995.

²⁷ Confr. Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa, 1995.

cual tiene cierto parentesco con las Salas Constitucionales que vemos en otros países, o con los tribunales o cortes constitucionales. Esto ha llevado a un sector mayoritario de la doctrina mexicana a sostener que en la actualidad la Corte Suprema mexicana es una corte constitucional. Sin embargo, como lo ha demostrado Joaquín Brage, esto no se compadece con la realidad de los tribunales constitucionales, entre otras razones porque dicha corte ve muchas cosas relacionadas con el quehacer judicial de la Federación y es además el punto jerárquico más alto del Poder Judicial de ese país, por lo que equiparar dicha Corte Suprema a un Tribunal Constitucional es, es en realidad, un exceso. Pero si bien hay que rescatar el avance de la institucionalidad mexicana y el nuevo papel que ha adoptado la Corte Suprema, no debe imputársele ser un tribunal constitucional, sino en todo caso una corte ordinaria con prevalente función constitucional.

9. Los contenidos del derecho procesal constitucional

Durante el período que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del '80, los cultores de este tema se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes o «jurisdicción constitucional orgánica» y de «jurisdicción constitucional de las libertades» o de la «libertad», como prefiere Fix Zamudio. Y dentro de esa línea se agrega la «jurisdicción constitucional transnacional», para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario, del cual es modelo la Corte Europea de Derechos Humanos y, en fecha más reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida en que hablemos de «jurisdicción», «justicia constitucional» o equivalentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se

tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un «derecho procesal constitucional», como ya lo hemos señalado.

El derecho procesal constitucional sólo se entiende desde una teoría general de proceso, que es una sola y que alimenta todos los procesos, como lo vio bien Carnelutti. Y aceptando su carácter procesal, resulta inevitable seguir la doctrina general para armar esta nueva disciplina.

Ésta, como se sabe, se levanta sobre una trilogía estructural avizorada por los clásicos, pero concretada por Ramiro Podetti en 1944 (en la «Revista de Derecho Procesal», que fundara Hugo Alsina), y está compuesta por la *acción*, la *jurisdicción* y el *proceso*.

La acción tiene un carácter abstracto, por lo que en realidad lo que nos interesa son las otras dos. La jurisdicción, que en rigor es la jurisdicción constitucional *stricto sensu*, analiza los diversos modelos existentes (estadounidense, europeo, político, mixto y dual o paralelo). Y el proceso es el que se detiene a ver los mecanismos que buscan defender la jerarquía normativa (en rigor, el control de la constitucionalidad) y la protección de los derechos humanos, sobre todo el *habeas corpus* y el amparo, muy difundidos en América Latina (debiendo distinguirse el amparo mexicano, que es amplio, omnicompreensivo y globalizante, del amparo platense, llamado así por comodidad, pues son la jurisprudencia argentina y su comodidad jurídica las que lo han perfilado, y que es distinto). Así, mientras que el amparo mexicano cubre todo y es un sistema que podría llamarse integral ²⁸, el amparo argentino, que ha sido seguido por todos los países del área, cubre una gran gama de derechos, excepto los vinculados a la libertad y seguridad personales ²⁹. Por cierto, hay variantes, pues en el Brasil existe lo que se denomina *mandado de segurança* ³⁰ y en Colombia, la acción de tutela ³¹, que en el fondo protegen lo mismo que el amparo. Por cierto,

²⁸ Confr. Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1999.

²⁹ Confr. Néstor P. SAGÜÉS, *Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1995; Humberto QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998.

³⁰ Confr. J. M. OTHÓN SIDOU, *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção. Habeas data. Ação popular*, Forense, Río de Janeiro, 1998.

³¹ Confr. Oscar José DUEÑAS RUIZ, *Acción y procedimiento en la tutela*, Bogotá, Lib. del Profesional, 1998.

existe otro tipo de instrumentos protectores, como es el caso del *habeas data*, nacido en el Brasil por iniciativa de José Afonso Da Silva, y que ha tenido gran irradiación en el resto de América ³².

Por cierto, a diferencia de los procesos civiles y penales, que guardan cierto parecido, en materia de procesos constitucionales hay bastantes diferencias, no en el fondo pero sí en el espectro protector y en el manejo de las instituciones, lo cual es inevitable, pues ellas son fruto de determinadas características históricas y políticas. Pero cabe agregar que la protección de los derechos fundamentales o derechos humanos, por lo menos los básicos, y la existencia de un proceso rápido, ágil y garantista, es algo que ha reconocido y hecho suya la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ³³. Con lo cual estos dos aspectos básicos han entrado al derecho de los derechos humanos de la región, si bien es cierto que en el mundo de la *praxis* los vacíos y las violaciones se mantienen y muchas veces reina la impunidad (aquí, como es explicable, nos referimos al marco histórico, doctrinario y legislativo, y no nos detenemos en su real vigencia, que debe ser materia de un análisis distinto).

Lo anterior es la parte general, la cual se complementa con la parte especial, que desarrolla los mismos temas al detalle, cual es el dedicado a los órganos constitucionales encargados de resolver los conflictos, también calificados como «magistratura constitucional».

Y así, con avances y afinamientos constantes, al ir hacia un derecho procesal constitucional, los contenidos deben cambiar y adecuarse a lo que es toda estructura procesal. Lo cual debe conducir a dos aspectos complementarios. El primero es la unidad de la legislación procesal, lo cual significa que los procesos constitucionales ya no deben estar en un código procesal civil o procesal penal (como lo era en el Perú y lo es en parte en Bolivia y en cierto sentido en la Argentina), y que tampoco deban estar en una ley especial (como lo es en México o en Costa Rica), sino que hay que avanzar

³² Confr. AA.VV, *Habeas data*, Sao Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1998, y el número especial de Derecho-Puc, núm. 51, Lima, diciembre de 1997, que contiene casi todas las ponencias presentadas en el Simposio Internacional sobre el *habeas data* organizado en la Universidad de Talca por el Decano de su Facultad de Derecho, Humberto Nogueira Alcalá.

³³ Confr. Juan Carlos WLASIC, *Convención Americana sobre derechos humanos*, Rosario, Juris, 1998.

hacia un verdadero código procesal constitucional, que es, sin lugar a dudas, el paso siguiente, como lo fue anteriormente en las otras ramas del derecho. En la actualidad existe un único código procesal constitucional, y es el que ha sido recientemente sancionado y promulgado en la provincia argentina de Tucumán, con la ley 6944 del 03/03/99. El otro problema es el de la enseñanza, pero a eso lo veremos en el próximo apartado.

10. La enseñanza del derecho procesal constitucional

Indudablemente, la enseñanza de una temática en forma independiente ayuda grandemente a su consolidación y a su difusión. Esto es, la independencia en la enseñanza universitaria de un determinado tópico no ayuda, de por sí, a que se convierta en disciplina autónoma, pero es útil no sólo para configurarla, cuando esto es necesario, sino para que el conocimiento de ella se extienda y su importancia aumente, creándose así un ambiente propicio en la comunidad académica.

Sin embargo, pese al hecho de que el derecho procesal constitucional o, si se quiere, la jurisdicción constitucional (pues en este punto debemos tomarlas como sinónimas) es quizá el aspecto más novedoso en el derecho público del presente siglo, y seguramente el más valioso desde el punto de vista axiológico (sobre todo en relación con la protección de los derechos humanos), sin embargo su enseñanza anda a paso lento.

En los Estados Unidos, en donde la *judicial review* es parte importante de cualquier estudio de derecho, no se estudia aisladamente. Igual sucede en el resto de los países europeos.

No así en la América Latina, en donde existen cursos especiales dedicados a la jurisdicción constitucional o al derecho procesal constitucional, sobre todo desde la década del 80 (así, por ejemplo, en el Perú, Chile, Argentina, etcétera), y más aún, con congresos dedicados a ello (como es el caso de los numerosos eventos realizados sobre ese tema en la Argentina).

Por cierto, esto está recién en sus inicios, y es de esperar que con el tiempo aumente el interés por los temas procesales constitucionales y se le dé configuración autónoma tanto a nivel de enseñanza universitaria como de legislación (existencia de leyes específicas sobre la materia o de códigos procesales constitucionales).

Pero dejando a salvo lo expuesto, es evidente que el tema procesal constitucional, si bien autónomo, en realidad es difícil que se desprenda del derecho constitucional, y quizá por la sencilla razón de que la base directa del proceso constitucional se encuentra en la Constitución misma. Esto es, los procesos civiles y los procesos penales tienen su fundamento en la Constitución, pero ella en sí misma no los contiene. Lo que sí contiene una Constitución es el nombre de los instrumentos procesales protectores y en la medida que sirven para protegerla a ella misma, y en tal sentido, cuando la referencia es directa y no indirecta estamos ante procesos constitucionales en sentido estricto. Por tanto, sin caer en detalles, y en la medida en que esto se encuentra consagrado en el texto constitucional, es inevitable que en la enseñanza del derecho constitucional se haga referencia a estos aspectos procesales de defensa de la Constitución, lo que a la larga perjudica o dificulta su existencia como disciplina autónoma. Y así lo podemos apreciar en algunos manuales de la disciplina de fecha reciente, de los que señalamos los siguientes:

a. En Alemania, el clásico manual de Konrad Hesse dedica el párrafo 19 al Tribunal Constitucional Federal³⁴.

b. En Italia vemos igual tratamiento en algunos manuales recientes. Así, por ejemplo, en el de Enrico Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padua, 1990, y en el de Giuseppe Vergottini, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padua, 1997.

c. En Francia se comprueba esto en el clásico manual de Jacques Cadart y en el más reciente de Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10ª edición, LGDJ, París, 1998, así como en el manual colectivo editado por Louis Favoreu, antes citado.

d. En España puede verse lo mismo en los manuales de Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, así como en los de Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, Tecnos, 2 volúmenes, Madrid, 1992-93, y en el de Antonio Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, 1998.

³⁴ Confr.. K. HESSE, *Elemento de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Fabris, 1998; se trata de una traducción autorizada de la vigésima edición, con prólogo especial del autor para la versión brasileña, a cargo de Luis Alfonso Heck.

e. El caso de México es singular, toda vez que en las universidades de dicho país existe un curso independiente de amparo, que ha dado origen a gran cantidad de manuales sobre la materia, destacandó entre ellos el de Burgoa, ya citado, y el de Alfonso Noriega, *Lecciones de amparo*, Porrúa, 2 tomos, México, 1996. El amparo, como ya se indicó, cubre todo lo que puede llamarse, convencionalmente, defensa de la constitución.

f. En Venezuela existe mucha literatura sobre la jurisdicción constitucional, desde el libro pionero de José Guillermo Andueza en 1954, la monografía de Orlando Tovar y el gran manual de Humberto La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo, 1984. Sin embargo, la obra representativa de los últimos años lo constituye el tratado de Allan R. Brewer-Carías, titulado *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica de Tachira, Caracas, 1996-97, siete tomos de los cuales el tomo VI está íntegramente dedicado a la «justicia constitucional»; el autor parece afiliarse al uso francés del término.

g. En Colombia es importante el manual de Jacobo Pérez Escobar, *Derecho constitucional colombiano*, Temis, Bogotá, 1997, y recientemente Jaime Vidal Perdonó, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, Legis, 8ª edición, Bogotá, 1999, que dedica un amplio apartado a lo mismo.

h. En el Perú le dedica un apartado especial Enrique Bernalés en su libro *La Constitución de 1993, Constitución y Sociedad*, ICS, Lima, 1997, con la colaboración de Alberto Otárola, y en igual sentido Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Universidad Católica, Lima 1999, 6 tomos, en especial el tomo 6.

i. En Chile es importante el manual de Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2 tomos, Santiago, 1994, y el de Germán Urzúa Valenzuela, *Manual de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

j. En la Argentina hay varios manuales; todos ellos tratan sobre el Poder Judicial, así como de la situación del recurso extraordinario, del amparo, del *habeas corpus* y del *habeas data*. Así, sin ánimo exhaustivo, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires, 1996-1997; Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, 2 tomos, Buenos Aires, 1997; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos

Aires, 1993, con apéndice de 1995; Adolfo Gabino Ziulu, *Derecho constitucional*, Depalma, 2 tomos, Buenos Aires, 1997, y sin contar por cierto con el clásico tratado de Segundo V. Linares Quintana, que es referente obligado en la disciplina.

k. En Brasil la producción es copiosa. Como conjunto, lo más importante es la obra en siete volúmenes de Luiz Pinto Ferreira, que linda con lo exhaustivo, no obstante su título, *Comentarios á la Constituição brasileira*, Saraiva, 10ª edición, Sao Paulo, 1989-1995, y que luego el mismo autor ha resumido en su libro *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 10ª edición, Sao Paulo, 1999. Importantes son también los manuales de José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, etcétera.

l. Y finalmente, *last but not least*, en Estados Unidos esto se ve claro en todos los manuales; es muy importante y de vasta influencia el escrito por John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional law*, West Pub. Co., 5ª edición, Minn., 1995, cuyo primer capítulo está dedicado a la *judicial review*.

Y por cierto, no faltan los manuales dedicados estrictamente al tema, como son, en la América Latina, el de Rubén Hernández Valle (*Derecho procesal constitucional*, Juricentro, San José, 1995) y el de Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra (*Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998).

11. Un syllabus tentativo

Si nos ponemos de acuerdo en la existencia de una disciplina nueva denominada «derecho procesal constitucional», y si a continuación aceptamos su enfoque dentro del campo más amplio de la teoría general del proceso, o mejor aún, del derecho procesal general, es fácil comprender que de ahí debemos deducir un contenido mínimo de la disciplina, que a su vez refleje en la enseñanza que se imparta, lo que debe constar en los *syllabus* universitarios. Por tanto, nada mejor que avanzar en ese sentido, aun cuando sólo sea provisoriamente.

Ahora bien, la acción es estudio obligado de la parte general y supuesto de todo lo que viene después, pero por su carácter genérico y abstracto, no es tocado en los derechos especiales, en este caso el procesal constitucional, si bien es cierto que lo presupone, pues sin acción no hay derecho procesal. Pero este punto, reitero, es la parte general y previa; si se quiere, el supuesto mismo de nuestra disciplina.

¿Cuál es el contenido de nuestra disciplina? Estimo que básicamente es la siguiente:

- a. Jurisdicción constitucional,
- b. Procesos constitucionales, y
- c. Magistratura constitucional.

Estos tres serían los puntos básicos de toda disciplina nueva, de carácter procesal constitucional, que queramos poner en marcha. Por cierto, cabría distinguir entre un derecho procesal constitucional general, cuando enfocamos la problemática sin hacer mayores precisiones y más bien como una panorámica (como podría ser el derecho civil general o el derecho penal general), y distinguirlo del derecho procesal constitucional particular, que es la disciplina, pero desarrollada únicamente en torno a un país determinado (así, por ejemplo, al derecho procesal constitucional argentino o el derecho procesal constitucional peruano). En estos casos se haría un análisis detallado, pero tan sólo de un país determinado, aunque entendiendo que serán necesarios en toda circunstancia algunos conceptos genéricos o referencias teóricas, para mejor entender lo que pasa en un determinado país.

Ahondando en el *syllabus* propuesto, tendríamos lo siguiente:

A. *Jurisdicción constitucional:*

Considerada en sentido estricto, o sea, la capacidad «de decir» el derecho en materia constitucional. Por cierto, a este capítulo lo podemos llamar justicia constitucional, pero desde un punto de vista lexical, más técnico es el primer término.

En este apartado deben verse, entre otros, los siguientes temas:

1. el valor jurídico de la Constitución,
2. el control y sus alcances,
3. sistemas de control.

Este último debe desarrollar los sistemas históricos, como son el sistema o modelo estadounidense o modelo europeo, y el sistema o modelo político. Debe igualmente dar noticia de los sistemas mixtos y del que hemos llamado dual o paralelo.

4. la sentencia constitucional, y
5. la interpretación constitucional.

Este punto es importante, pues como se sabe, la jurisdicción constitucional tiende a ser monopólica, esto es, a crear un sistema de control que a la larga tenga la última palabra en materia constitucional, y además, muchas veces es única. En tal sentido, en los sistemas europeos ha surgido el concepto, que luego se ha extendido largamente, de que el tribunal constitucional debe ser el «supremo intérprete de la constitución». Lo cual quiere decir que no siendo el único intérprete ni tampoco el más calificado, ni menos aún el interprete auténtico, es el supremo, pues en caso de conflicto se impone su interpretación sobre todas las demás. Por tanto, si bien la interpretación jurídica se reclama de la filosofía del derecho, cuando se desarrolla como una de sus variantes, se aplica al mundo constitucional, y tiene peculiaridades propias que le pertenecen por la materia sobre la cual trabaja, y que hay que analizar en su momento. Pero hay muchos matices en la interpretación constitucional, y por eso debe existir un hilo que nos conduzca en el laberinto. Y para ello debemos recurrir a ciertos aspectos básicos, que calificamos de *postulados de la interpretación constitucional* (pues llamarlos principios o axiomas lleva a error, pues son conceptos del mundo físico- matemático, en el cual tienen un basamento distinto). Pues bien; estos postulados, que parten de una opción valorativa de lo que es la Constitución y de lo que ella significa dentro del Estado de derecho, deben ser claros, precisos y sobre todo breves, que a su vez permitan dar cuenta del universo que se va a tratar y a partir de los cuales pueden desprenderse gran número de consecuencias. Y podrían ser los siguientes:

a. *Supremacía de la Constitución*, lo cual significa que ella es, 1. Fuente de todo ordenamiento jurídico, 2. referente obligado para todo tipo de interpretación, 3. la máxima jerarquía, contra lo cual no puede atentar el resto del ordenamiento jurídico, siempre subordinado, y en situación descendente, de más a menos, en escalones. En relación con este punto, cabe advertir que en los tiempos actuales de globalización, el sentido de la Constitución tiende a ser relativizado, como ya lo fue en su momento el concepto de soberanía, en especial con el crecimiento del derecho internacional público, con todas sus ramas, y sobre todo, del derecho comunitario. Más aún cuando se tiende a un creciente monismo en materia de caracterización del derecho internacional como superior a los derechos nacionales o internos, a los que a veces incluso desplaza. Pero sin lugar a dudas esta eventual supremacía del derecho internacional sólo existe cuando el derecho interno de cada Estado, y más aún su propia Constitución,

así lo establece, con lo cual se trata de un desplazamiento querido y consentido por la propia Constitución³⁵.

b. *La Constitución como fórmula política*, concepto que acuñó en su momento Gaetano Mosca y que en nuestros días ha difundido y reelaborado Pablo Lucas Verdú. Lo que significa que la carta política no es un documento frío y aséptico sino un proyecto de vida política en común que debe ser eficaz, con sus propios valores, que deben ser tenidos en cuenta al momento de interpretar y de poner en práctica una decisión vinculante.

c. *La Constitución como unidad*, lo cual significa que la interpretación no puede realizarse en forma aislada y fuera de contexto, ni tampoco de sus artículos sueltos, sino dentro de un todo normativo que tiene unidad de sentido cuando se le mira globalmente y no por partes. Es decir visión panorámica y no parcelaria, en el entendido de que sus numerosas partes deben coincidir entre sí.

d. *Presunción de constitucionalidad de las normas*, que asume la buena intención del legislador, en la medida que no se ha querido violar la Constitución sino desarrollarla, y por tanto debe tenerse presente esta presunción, pero sólo *juris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. Por cierto, este requisito, así como los demás, valen y son operativos en sociedades realmente democráticas, y no en democracias de fachada.

e. *Presunción a favor de los derechos humanos*, es decir, *pro homine*, ya que como ha quedado claro sobre todo a partir de la segunda posguerra, el constitucionalismo es una técnica de la libertad y de la convivencia pacífica, que busca el orden social, y por tanto, los derechos humanos en su conjunto constituyen el sustento de todo orden democrático, expresado en una Constitución.

B. Procesos constitucionales

Es lo que ha existido desde siempre. Y habrá que distinguir entre los procesos en sentido estricto, o sea, procesos que nacen en la Constitución

³⁵ Confr. Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno», en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, N° 7, 1988.

en forma expresa para cautelar valores o principios constitucionales, de aquellos mecanismos de carácter incidental que también sirven para proteger la constitucionalidad, como es el caso de la inaplicación de normas que rige en el sistema americano, y que es conocida como *judicial review*, a la que nos referimos líneas más arriba. Sin embargo, por la importancia que esto reviste, debemos considerar a la *judicial review* no tanto como un proceso sino como una técnica que opera dentro de un proceso, que no necesariamente es constitucional. Por lo demás, en el mundo sajón existen numerosos *writs* que tienen alcances constitucionales, que habrá que analizar teniendo en cuenta que en ese ámbito la parte procesal constitucional, si bien existe y es muy desarrollada, no es autónoma.

Más bien es en América Latina donde estos procesos se han desarrollado y enriquecido, dándole un tonalidad interesante que los diferencia de los existentes en Europa, aunque ambos tienen esa autonomía y exclusividad en temas constitucionales. Así, y para limitarnos a lo nuestro, recordemos el *habeas corpus* y el amparo, que tienen amplia resonancia en el mundo iberoamericano, así como los recursos o acciones de inconstitucionalidad. Para esto hay que ver las numerosas modalidades que se dan en los países, de los que ofrece una gran variedad la legislación constitucional latinoamericana.

C. Magistratura constitucional

Esta es la faceta que desarrolla un aspecto de la jurisdicción, o sea quién o quiénes tienen a su cargo la resolución de conflictos de carácter constitucional, cualesquiera que estos sean.

El problema es saber si estos órganos encargados de decidir en materia constitucional son magistrados o no lo son. Tratándose del Tribunal Supremo de los Estados Unidos o de un tribunal constitucional europeo, es claro que existen magistrados. Pero sin lugar a dudas, hay órganos encargados de resolver estos problemas que han sido políticos (como es el caso del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, desde 1945) o que habiendo nacido como políticos han dejado de serlo, pero no enteramente, o cuando en todo caso hay discusión en torno a ellos (como es el caso del Consejo Constitucional francés). Aun más, existen realidades tales como la inglesa, en la cual su máximo tribunal se encuen-

tra ubicado dentro de la Cámara de los Lores, sin olvidar las numerosas asambleas legislativas que tienen facultades jurisdiccionales.

Por tanto, si llamamos a estos entes órganos de control constitucional u órganos constitucionales hacemos más justicia a la nomenclatura, toda vez que en realidad se trata de órganos estatales ubicados dentro de la estructura de un estado determinado que tienen a su cargo los problemas de la jurisdicción constitucional. Por tanto, el nombre más comprensivo, hasta ahora, puede ser éste.

Sin embargo, es evidente que hay una tendencia cada vez más creciente a judicializar los temas de la jurisdicción constitucional, y en consecuencia, a encargar tales tareas a jueces, sea cual sea el sistema de nombramiento (que también hay que analizar). En tal sentido, estamos yendo a futuro a la creación o consolidación de magistrados constitucionales, lo que aquí apuntamos, con esa salvedad.

Ahora bien, estos órganos o magistraturas pueden tener diversas modalidades, cuales son:

a. Magistratura ordinaria, como es el caso típico de los Estados Unidos, y en América Latina, Brasil, Argentina y Venezuela.

b. Magistratura ordinaria especializada, situación, única hasta ahora, de la Corte Suprema mexicana, que está dedicada prácticamente a temas constitucionales pero sin descuidar sus demás labores judiciales, como órgano de pirámide del Poder Judicial de la federación.

c. Tribunales constitucionales autónomos, que están al margen del Poder Judicial, como es el caso de España y Perú.

d. Tribunales constitucionales no autónomos, pues forman parte del Poder Judicial, si bien se mueven con autonomía económica, administrativa, disciplinaria y funcional. Es el caso de Alemania, y en América Latina, de Colombia.

e. Salas constitucionales, que operan en el interior de la Corte Suprema, y en consecuencia, dentro del Poder Judicial. Tienen plena autonomía jurisdiccional, pero en lo demás dependen del Poder Judicial. Es el caso, singular por cierto, de Costa Rica.

Quedan dos puntos a dilucidar, que son los siguientes:

1. El primero es lo que Cappelletti y Fix Zamudio denominaron, acertadamente, «jurisdicción constitucional transnacional», como un tercer sector de la jurisdicción constitucional. Este era un aspecto que completa-

ba los dos anteriores y era bueno establecerlo así, más aún teniendo en cuenta la constante y cada vez mayor relación entre los ordenamientos internos y los de carácter supranacional o transnacional. Sin embargo, en la medida que la jurisdicción constitucional era un empeño académico aislado, al margen de las disciplinas jurídicas y de manera incipiente, esto era correcto. Pero si la jurisdicción constitucional y sus temas, por el hecho de su crecimiento vertiginoso, adquieren una fisonomía adecuada y se enrola, con todas sus consecuencias teóricas y prácticas, en la teoría general del proceso, que es la parte básica y fundante del derecho procesal como ciencia, entonces surge el derecho procesal constitucional, que, como se sabe, es una disciplina de derecho interno, o más concretamente de derecho público interno, aun cuando vinculada con el entorno internacional. Pero aquella parte denominada «jurisdicción constitucional transnacional», al tomar una forma adecuada, debe insertarse en la problemática internacional y, en consecuencia, enrolarse en el derecho internacional público, en donde se desarrolla y crece armónicamente y al que en rigor pertenece. Y dentro del derecho externo se ubican no sólo el clásico derecho internacional público, con todas sus ramas y contenidos, sino además el derecho internacional comunitario, el derecho internacional humanitario y el más reciente derecho internacional de los derechos humanos³⁶.

2. El segundo aspecto que hay que considerar es la postulación que con lucidez hace Héctor Fix Zamudio sobre la existencia o la necesidad de una disciplina de frontera que se llamaría «derecho constitucional procesal», que sería una disciplina constitucional, aun cuando vinculada al procesalismo científico, que se encargaría del estudio de las instituciones o categorías procesales establecidas en la Constitución, y que tendría un ámbito científico con tres aspectos esenciales: a. jurisdicción, b. garantías judiciales, y c. garantías de las partes³⁷. Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de recordar en otra ocasión, en la actualidad casi todo el ordenamiento jurídico ha sido constitucionalizado en las constituciones aprobadas o reformadas a partir de la década del 60, con mucho detalle, y

³⁶ Confr. Rodolfo E. PIZA R. y Gerardo TREJOS, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, con prólogo de E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, San José, Juricentro, 1989.

³⁷ Confr. Héctor FIX ZAMUDIO, «Introducción al derecho procesal constitucional», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, 1999.

en todo caso en sus aspectos principistas o sustanciales. Así, aspectos básicos del derecho laboral, del derecho tributario, del derecho comercial, del derecho civil, del derecho penal, etc., han sido elevados a nivel constitucional, para dar mayor solidez a sus enunciados. Pero eso no debe autorizar, en mi opinión, que en cada uno de estos casos se cree una nueva disciplina científica, que no sólo no tendría mayor consistencia teórica sino que duplicaría las disciplinas jurídicas existentes haciéndolas inmanejables, y además llevando a una repetición o cruce de temas en muchas de ellas, sin beneficio para nadie. Así, siguiendo el planteo de Fix Zamudio, podríamos hacer las siguientes precisiones:

1. La jurisdicción es parte sustancial del derecho constitucional, y en su desarrollo, lo analiza el derecho procesal constitucional.

2. Las garantías judiciales se encuentran en la Constitución, y corresponde al derecho constitucional estudiarlas en sus aspectos genéricos, pero su desarrollo se da en el derecho procesal, y

3. En cuanto a las garantías de las partes tenemos dos aspectos. El primero es el relacionado con los derechos fundamentales, que son desarrollados por el derecho constitucional, aunque en su aspecto específico lo hace el derecho procesal común.

Por tanto, los tres temas señalados como sectores básicos de una nueva disciplina son eliminables, pues ya se encuentran tratados adecuadamente, en el derecho constitucional y en el derecho procesal constitucional.

Cabe reiterar, por otro lado, algunos temas colaterales, cuales son:

a. El derecho procesal constitucional es una rama del derecho procesal general, siendo una disciplina aplicada, pero desde la perspectiva procesal. Por tanto, siendo su objeto de atención los aspectos procesales de la Constitución, el enfoque lo hace desde el derecho procesal general, del cual depende y del cual constituye un desarrollo.

b. El derecho procesal constitucional, si bien tributario del derecho procesal, recibe su materia o material de trabajo de la Constitución, y en consecuencia, debe tener un contacto con el derecho constitucional que es inevitable, lo cual no significa que debemos crear «disciplinas de enlace». Y esto por una simple razón: el derecho como ciencia es uno solo, y por razones operativas divide su material en ramas o disciplinas jurídicas, que actúan con una relativa independencia, porque las peculiaridades del material jurídico así lo exigen, pero sin que estructuralmente dejen de estar unidos.

Por tanto, una propuesta de crear una nueva disciplina constitucional denominada «derecho constitucional procesal» viene a la larga a duplicar

esfuerzos realizados en otras áreas, y no tiene, además, suficiente fuerza para mantenerse, ya que sus campos de acción tocan y pertenecen al derecho constitucional, por un lado, y al derecho procesal constitucional por otro.

12. Oteando el horizonte

Los desarrollos legislativos son siempre lentos. En materia de costumbres y hábitos, las adaptaciones y los seguimientos toman su tiempo. A diferencia de los adelantos técnicos, que se incorporan con gran facilidad, y que también con gran facilidad se echan de lado (como por ejemplo, adoptar una computadora y luego cambiarla sin ningún problema por otra más sofisticada), en materia de costumbres, en donde interviene la naturaleza humana, la cosa es más complicada.

Los usos, las instituciones, ingresan lentamente en base a su poder suasorio y demoran en adaptarse y en hacerse parte integrante del organismo que las recibe. Así sucede con el derecho, y por eso es que las instituciones, cuando se incorporan al ordenamiento pero no se hacen carne de él, están destinadas a vegetar, a vivir en el limbo de las buenas intenciones y a producir pérdida de vigencia y nula aplicabilidad.

En el caso de la jurisdicción constitucional, su ingreso a nuestro subcontinente fue lento, y tuvo un avance más lento todavía. Su desarrollo fue desigual y varió de país a país, pues mientras en unos apenas se mantuvo en otros se desarrolló, y se abrieron así nuevas perspectivas.

Así como primero se incorporó el llamado modelo estadounidense, el cual sufrió diversas modificaciones, y luego se introdujo el modelo europeo con variantes, así ha ido avanzando la creación de nuevas figuras, el encuadramiento de ellas en diversos cuerpos legislativos, y poco a poco, su estudio aislado, tanto en la cátedra como en la conferencia, en la revista, en el libro y en los congresos.

Por eso es que creo que todos estos esfuerzos, que se iniciaron hace más de cien años, pero cuyo mayor avance se ha dado realmente en los últimos treinta años, en forma al parecer indetenible, llevará a la doctrina a un «derecho procesal constitucional», al cual se le dará autonomía científica, se le reconocerá su carácter autónomo, aun cuando instrumental, con respecto al derecho constitucional, y ganará espacio en los currículos universitarios, con la misma prestancia que tienen los demás cursos clásicos.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL SIGLO XXI *

por FRANCISCO EDUARDO CERRO

SUMARIO: 1. Ciencia política. 2. Política y sociología. 3. La misión de la Iglesia. 4. El discurso social de la Iglesia. 5. Las encíclicas papales. 6. El liberalismo. 7. El neoliberalismo. 8. El socialcristianismo. 9. Bien común. 10. Subsidiariedad. 11. Papel del Estado. 12. Nuestro siglo XX. 13. Realidad nacional. 14. Privatizaciones. 15. Solidaridad. 16. Globalización. 17. Propuestas para el siglo XXI. 18. Civilización del amor.

1. Ciencia política

El objeto de la ciencia política está constituido por actividad humana social que tiende a la triple finalidad de creación del Estado, a su incesante recreación o a su conducción gubernativa.

Política es ciencia, arte y virtud del bien común. No se comprende a la política sino con relación al fin a realizar. No se trata simplemente de actividad colectiva, sino de la rectitud de esa actividad. Por ello, la política no es puro arte, sino esencialmente virtud de prudencia.

Y ese bien común es un bien temporal, dinámico y existencializado. Y no es de ningún modo incompatible con el bien humano personal. Es más, lo presupone, y su concepción sana no lo lleva a un estatismo sino que supone el bien humano y, por ende, el respeto a la dignidad de la persona humana.

* Conferencia pronunciada en el acto de su recepción como académico correspondiente el 19 de setiembre de 2000.

2. Política y sociología

La ciencia política es una disciplina normativa, valorativa y práctica, que contiene juicios esenciales, juicios normativos y juicios valorativos. Y la teoría del Estado es sociología política que estudia una concreta realidad estatal, un aquí y ahora, un Estado limitado en el tiempo y en el espacio.

No es admisible reducir la política a sociología como aparece en una tendencia muy generalizada en autores tanto norteamericanos como europeos. Es cierto que seduce el esquema de una ciencia positiva como es la sociología actual mientras que descorazona un poco esta incontrolable ciencia política, que tanta polémica conceptual y verbal ha provocado.

Si reducimos la política a sociología le quitamos su función normativa y valorativa y corremos el riesgo de convertirla en una empiriología en que la normatividad política se determina mediante leyes históricas que no son sino leyes sociológicas descubiertas a lo largo del tiempo. Se cae así en la aberración de considerar como juicio verdadero o como juicio éticamente bueno a la línea histórica dominante en un momento dado. De allí a caer en la concepción determinista marxista u otra análoga no hay sino un paso.

Si caemos en un sociologismo valorativo, tendremos que concluir que la línea histórica es la verdad del deber ser. Pero no es así como se encuentra el verdadero juicio normativo. La distinción entre lo malo y lo bueno no se obtiene por un juicio sociológico o empiriológico, sino por un juicio ético, con una tabla de valores que consideramos, en general, válida. Y con esa tabla jerárquica axiológica se juzga las realidades existenciales para concluir que esto es justo o injusto, bueno o malo. Reducir la política a sociología es quitarle su función propia y convertirla simplemente en una praxiología o empiriología. Además, es olvidar que toda política integral parte de la premisa de una persona humana, cuya dignidad exige el respeto a su legalidad específica, a los llamados derechos necesarios o naturales.

El objeto de toda política, digna de tal nombre, es el bien común, que como bien humano presupone el respeto a la dignidad de la persona humana y a la libertad del hombre. Sólo una concepción tal salvará a la ciencia política de las asechanzas del sociologismo, y que llega a confundir la valoración ínsita a la realidad (que a veces representa la expresión de un disvalor) con la tabla de valores que la humanidad ha ido forjando como herencia cultural de Occidente sobre el decálogo judaico y la ética cristiana.

Ello no significa el desprecio del estudio sociológico o sociográfico sino simplemente dar a cada ciencia su objeto formal propio y colocar cada cosa en su justo sitio.

3. La misión de la Iglesia

Es esencialmente la de anunciar el Evangelio, la salvación y la redención realizada por Cristo, mediante la comunicación de la vida divina a los hombres. Una misión esencialmente religiosa.

Esta naturaleza religiosa y sobrenatural de la Iglesia y de su misión no la separa de la historia y de las realidades temporales, sino que en esta Iglesia se encarna. El Reino de Dios se realiza en la historia.

Se propone la restauración incluso de todo el orden temporal.

Impregnar y perfeccionar todo el orden temporal con el espíritu evangélico.

Por esta razón, el mensaje evangélico sobre el hombre y sobre la sociedad "vale no solamente para los cristianos, sino también para todos los hombres de buena voluntad".

El derecho-deber de la Iglesia de intervenir en materia social es el orden moral y forma parte de la misión religiosa de anunciar el Evangelio. No tiene competencia específica en las cuestiones técnicas.

Con pleno respeto de la laicidad y de la autonomía de las realidades temporales, como "experta en humanidad" ofrece al mundo "lo que posee de propio; una visión global del hombre y de la humanidad".

La Iglesia no puede menos que intervenir en las cuestiones sociales y porque su discurso social permanece siempre abierto. "Los gozos y esperanzas, las tristezas y las angustias de los hombres", la Iglesia se siente y está "íntimamente y realmente solidaria del género humano y de su historia". Comparte con la humanidad los grandes problemas humanos "aclarándoselos a la luz que viene del Evangelio".

4. El discurso social de la Iglesia

En 1891, *Rerum Novarum* inaugura oficialmente el discurso social de la Iglesia, "Discurso" abierto que continúa.

Ello fundamenta la necesidad de elaborar una propuesta social en que debe inspirar la construcción de la nueva sociedad.

Esta es, pues, la verdadera tarea de nuestra época. Es necesario encontrar una propuesta social, convincente y ampliamente compartida en sus principios fundamentales, en sus criterios de juicios y en las prioridades operativas esenciales, para resolver los problemas abiertos que se dejan en herencia a las generaciones del tercer milenio.

Juan Pablo II formula así: “*A la crisis de civilización hay que responder con la civilización del amor, fundada sobre valores universales de paz, solidaridad, justicia y libertad, que encuentran en Cristo su plena realización*”.

5. Las encíclicas papales

Las encíclicas papales no son una exposición científica y de doctrina, aunque contengan principios doctrinarios sino que se van haciendo según la circunstancia contemporánea al mensaje. La Iglesia que como Yavé -el nombre de la divinidad pero que significa “el que camina adelante”- acompaña en la historia al género humano y a todos los hombres como pueblo y como personas. Y este acompañamiento es seguido por la Iglesia y ésta se pronuncia en cada circunstancia concreta. Por ello es que el tema de la subsidiariedad no ha tenido a veces la atención de los cristianos. Se ha puesto mucho más el acento en otros principios de la doctrina social porque quizás la circunstancia concreta a la cual se dirigían no tenía en ese momento la necesidad de explicitar el tema. Hoy la circunstancia lo vuelve a plantear y sin embargo la Iglesia no ha dicho nada nuevo. Lo que dice la *Centesimus Annus* lo encontramos perfectamente explicitado en los documentos anteriores. Brillantemente en la *Mater et Magistra* ya estaba en la *Rerum Novarum* hace 100 años. O sea que no es que hay un pensamiento nuevo de la Iglesia que se está queriendo adecuar a los tiempos, sino que simplemente es la respuesta que la Iglesia da al reclamo y a la interpelación de los signos de los tiempos. Y en este sentido, hay que decir que la *Centesimus Annus* repite el esquema de la *Rerum Novarum*. *Rerum Novarum* eran las “cosas nuevas” que estaban ocurriendo en el mundo hace 100 años. Hoy la encíclica recoge nuevamente las “cosas nuevas” y hace una *relectura de la realidad 1991*. Una relectura, con

los mismos principios, pero ante una nueva realidad. Pero agrega *mirando al futuro* y esto tiene hoy mucha importancia porque no es solamente detenerse en el análisis del presente sino que quiere marcar rumbos para el nuevo milenio. Paradójicamente se ha puesto de moda un libro en que se llama *Nuevas realidades*. Peter Druker, un economista austríaco, uno de los especialistas más grandes sobre *management* -escribe el libro *Nuevas realidades* y las describe. Lógicamente los puntos de vista son diferentes. Se mira una realidad con distintos valores y principios.

6. El liberalismo

Cuando se habla de subsidiariedad, los liberales dicen "ven, la Iglesia ha cambiado". Antes era la Iglesia intervencionista que buscaba un bien común, es cierto, pero era al mismo tiempo un acompañamiento al Estado distribuidor y hoy con el principio de subsidiariedad nos viene a dar la razón

Desgraciadamente a veces se dice yo soy liberal porque creo en la libertad. Pero este no es el liberalismo. ¿Qué es el liberalismo clásico y sus tesis? Primero, cree que el orden *económico* es un orden natural. Hablar de orden natural es no distinguir las ciencias naturales de las ciencias del hombre o ciencias del espíritu. Y como consecuencia de ese principio aparecen las *leyes económicas*, pero como leyes naturales que indefectiblemente se cumplen, es decir como leyes físicas. Y aparece así la concepción, del *hombre económico* que es una limitación de lo humano, es una mutilación de lo humano. El hombre es algo más que simple hombre económico. La *cuarta tesis* y esta es muy importante porque se la sigue sosteniendo aún hoy y no sólo por los viejos liberales es la del *propio interés*. El propio interés es la medida de las acciones y guía la economía. La *quinta tesis* son las *libertades económicas*, la *de empresa*, *de producción*, *de venta*, *de circulación*, *de consumo*.

La libre empresa produce libremente para un mercado libre para el uso de consumidores libres. Claro que en la realidad el mercado libre no existe, los consumidores libres no existen y todo es una utopía.

La sexta tesis, la competencia. Porque la libertad económica construye una realidad de los vencidos en la lucha y quedan los más fuertes. Se ha dicho: *La libertad es como la lanza de Aquiles que curaba las heridas que ella misma había abierto.*

Séptima: Los precios y salarios están regidos por la ley de la oferta y la demanda y una consecuencia gravísima, el trabajo es una mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda

Octava: El papel del Estado es el Estado gendarme. O sea el dejar hacer, dejar pasar; no debe intervenir. Y para los males económicos y sociales proclama remedios extrínsecos, como por ejemplo, la beneficencia.

7. El neoliberalismo

El neoliberalismo que aparece en el 30 con el Coloquio Walter Lipman donde asisten los famosos economistas de la *escuela austríaca*, y de la *escuela francesa*, luego con posterioridad se van agregando nuevos economistas a toda esta pléyade que hacen la crítica del "*laisser faire, laisser passer*" y proclama así un tipo de intervención del Estado y un tipo de regulaciones. Pero cae en un pragmatismo, la regulación es la que las circunstancias políticas aconsejan pero no renuncia a su fundamento doctrinario. Se ha dicho bien por alguien: el capitalismo es como la bicicleta, debe pedalear para que no caiga. Entonces conserva el sistema y para que no caiga hay que ponerle parches que son concesiones pragmáticas contra la doctrina para evitar el derrumbe del sistema.

8. El socialcristianismo

¿Qué es el socialcristianismo? Para unos, movimiento, para algunos *doctrina*, para otros *la enseñanza de las encíclicas sociales*. Podemos decir lo que no es y que algunos han confundido. *No es una sociología*. Porque algunos han escrito sociología cristiana. No hay sociología cristiana. La sociología es una ciencia de la realidad que refleja la realidad como la realidad existe. No es valorativa. La sociología es avalorativa, es descripción de la realidad social contemporánea al que investiga. *Tampoco es una doctrina económica*. Hay allí algún libro de economía cristiana. No hay tal economía cristiana, es decir hay principios cristianos, principios éticos aplicables a la economía para hacer una economía humana o de dimensión humana, pero la economía también tiene sus reglas propias como todo obje-

to de estudio. *Tampoco es una ideología política.* El juicio de valor es la comparación de los principios con las realidades existenciales y ese juicio de valor es el ideológico. O sea la doctrina social de la Iglesia si bien describe los tiempos y marca conductas, no hace una ideología. Este es el campo de la libertad y el campo de la autonomía de lo temporal.

Los católicos tienen libertad en elegir las técnicas económicas y sociales y la intervención político partidista y en hacer un ideal histórico concreto tal como lo hizo Maritain asumiendo su tiempo.

9. Bien común

El fin del Estado es el bien común. Está ya en Aristóteles, aunque hoy nuestra cosmovisión es diferente. Y es lo que ha defendido toda la tradición de la Iglesia en sus grandes doctores como Santo Tomás y también en todas las encíclicas sociales. Este tema es fundamental porque no se puede hablar sobre el papel del Estado sin el bien común. El Estado es el gerente realizador del bien común, y de acuerdo a que es el bien común aparecen las competencias del Estado y las diferencias en la concepción del Estado. Los liberales parten del contractualismo. Si la sociedad se ha hecho por un contrato social, indudablemente que no aparece claro el fin y que el bien común podría ser la suma de los bienes individuales. Para los totalitarismos, el bien común es el bien del todo. *El bien común es un conjunto de bienes, o condiciones culturales y naturales. Bienes de todo tipo, materiales, morales e intelectuales. Que configuran un clima o medio externo al hombre que le da la igualdad de oportunidades o debe darle para poder realizar su vocación personal.* Es un medio externo, es menester recalcar esta característica del bien común para no confundirlo con mi bien personal, la felicidad pasa por otros caminos y no solamente por el material. *Caracteres de ese bien común, es humano, o sea respeta la libertad y la dignidad de la persona humana. Es natural y temporal o sea distinguimos la Iglesia del Estado. Ya lo hizo Cristo en la famosa parábola "Dad a César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios". Es existencializado o sea depende de cada época histórica. El bien común es una fórmula general pero su contenido concreto varía según las circunstancias y las prioridades que hacen a su contenido concreto van cambiando. Y por ser existencializado es dinámico*

porque va cambiando todos los días. Entonces no es lo mismo el contenido concreto de bien común en un país ultradesarrollado, industrial o post industrial, con lo que puede ser un país que se debate en la miseria. Y es común porque es distribuido con justicia y participado con justicia. Distribuido desde el gobierno y participado por todos.

10. Subsidiariedad

Transcribimos la *Mater et Magistra* para mostrar que no es sólo la *Rerum Novarum* o la *Centesimus Annus*. Hace cien años que la Iglesia viene diciendo lo mismo, con distinto énfasis según las circunstancias. “Así como no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, así tampoco es justo porque daña y perturba gravemente el recto orden social atribuir a una sociedad mayor y más elevada lo que las comunidades menores inferiores pueden hacer y ofrecer por sí mismas, ya que toda acción de la sociedad en virtud de su propia naturaleza debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social pero nunca destruirlos ni absorberlos”

¿Qué es pues el principio de subsidiariedad? Para comprenderlo hay que partir de la idea del hombre porque toda estructura o sociedad es una sociedad humana y por ende, interesa sobre todo la idea de persona humana. Y es aquí donde se separa el humanismo cristiano del humanismo marxista, o del humanismo liberal, en la idea del hombre. ¿Qué es el hombre? Es espíritu en condición carnal dirá Maritain. O sea es un individuo pero no solamente individuo. Las doctrinas individualistas caen en un grave error. Individuo quiere decir que no se puede dividir. Ese es un individuo. Y el hombre es un individuo espiritual. Aquí se dividen las aguas. Cada uno es dueño de tener la posición o la opinión que quiera en este tema, pero esto hace a la dignidad y libertad de la persona humana. Somos seres esencialmente diferentes al resto de la animalidad. Y por que somos persona íntima en ella fundamentamos a los derechos naturales del hombre, los derechos humanos. Y somos personas sociales. No creemos en el contrato social que no es un hecho histórico ni es científico. Es un mito o recurso dialéctico que usó Rousseau para fundamentar los derechos individuales. Los derechos humanos se fundamentan por el hecho

de ser personas. Porque somos persona humana tenemos los derechos humanos. Es decir es consecuencia de nuestra manera ser, de nuestra propia naturaleza por eso se llaman naturales. *El hombre es social por naturaleza*. Por allí los sociólogos dicen que se "hace" social. Se hace social porque es social.

Y las formas de sociabilidad vienen con la civilización y el desarrollo histórico.

Enseñó Aristóteles que no es ni una bestia ni un Dios. Es ser social por naturaleza.

Y allí aparece el principio de subsidiariedad. No como pretendió el liberalismo simplemente el ciudadano y el Estado. O como pretendió Hobbes, ese hombre con miedo frente al Estado Leviatán, y el Estado aparece entonces como un mal necesario del que tenemos que defendernos. Es mejor que no intervenga, y se sostiene la no intervención del Estado. Nosotros sostenemos *el hombre social*. Aparecen las sociedades naturales y las sociedades voluntarias, o *sociedades intermedias*, que están entre el hombre y el Estado; la familia, primera sociedad. Sociedad natural es la célula social. Y esa condición hace que una familia tenga una autonomía de elección de medios para realizar su fin propio. Y lo mismo el sindicato y la sociedad comercial, y la sociedad financiera, y la sociedad empresarial y los clubes deportivos o los clubes sociales. Todos son la manifestación social del hombre realizándose en una institución, que tiene un fin propio que realizar y que tiene la autonomía para realizarlo y que tiene que ser respetada por el Estado en esa autonomía. Y ese derecho que tiene a realizar esa estructura su propio fin, es lo que hace a la subsidiariedad. El Estado es subsidiario y debe respetar la realización de esa sociedad en su propia autonomía para realizar su propio fin. Pero esa sociedad, a su vez que tiene un fin propio en particular tiene también un fin más lejano, pero fundamental, que es el Bien Común. El Estado tiene que realizar ese bien común y allí aparece la intervención del Estado. Y en ese juego armónico aparece el principio de subsidiariedad o suplencia; el Estado no debe hacer lo que puede ser realizado por otra sociedad menor siempre que esta lo pueda realizar eficazmente.

Y hace a una cuestión de *competencia*. Extraemos de la *Mater et Magistra*, que el principio de subsidiariedad tiene *los siguientes caracteres*: Primero, es un *principio jurídico*, no técnico. No es un principio de las leyes económicas, es un principio jurídico. Se funda en la justicia. Es el derecho de asociarse.

Segundo, hay una *división de competencias que tiene un triple sentido*. 1. Previene contra el abuso o el exceso de poder del Estado. 2. Una serie de leyes que respetan la iniciativa personal. Son las constituciones y la legislación. 3. Su autonomía no es independencia. No es algo desgajado de la sociedad. Es el mismo hombre ser social y ser personal íntimo. Y ese hombre hace sociedades autónomas pero no independientes. No están separados del cuerpo social, por ende, están obligadas a cooperar al bien común. Su actuación es de cooperación. No vive sino convive. No obra sino coopera. Su vida no es existencia sino coexistencia. Su vida no es vivencia sino convivencia. Esta es la autonomía propia de estas sociedades intermedias.

11. Papel del Estado

El papel del Estado. Ayuda y tutela dice la *Centésima Annus*, y lo decían las encíclicas anteriores. Y usa *cuatro verbos* porque hace al papel del Estado, y no lo disuelve en un liberalismo absurdo de no intervenir para nada. **Los cuatro verbos son: favorecer, estimular, coordinar, completar.** Y el límite es **no destruir ni absorber.**

Dentro de ese límite aparece la subsidiariedad, que hace a la autonomía del grupo, y la subsidiariedad del Estado es *favorecer* a los grupos reconociéndoles legislativamente los derechos o en su acción. *Estimular* otros a veces usan promover. El Estado como gerente realizador del Bien Común, promueve no hace por sí, sino mueve a otros para que hagan. *Coordinar* porque es evidente que todo tiene que ser coordinado hacia el Bien Común. Y por último *completar*, o sea cuando las sociedades intermedias resultan ineficaces o están impotentes de realizar su propia finalidad, entonces aparece la función supletoria del Estado. Y esa función, porque es supletoria es subsidiaria. Hay que recalcar el *carácter concreto* porque está en la propia naturaleza. Y cada cosa concreta está en una *situación histórica*, por eso varía la intervención del Estado según los tiempos. El Estado cambia su intervención adecuándose a la situación histórica.

Miremos a nuestro hoy. Hagamos una relectura de cosas nuevas. Releer de nuevo adecuándose a la circunstancia histórica.

No hay que olvidar, que las sociedades están integradas por personas humanas, y que tienen una libertad y una dignidad y derechos

que el Estado no puede llevar por delante. Y esta función rectora del Estado, que es ineludible, tiene que, necesariamente ser acompañada de una jerarquía de valores. Basta ya de hablar de la neutralidad del Estado, no hay Estado neutral. El Estado asume la sociedad con sus valores y también tiene un plexo de valores a imponer. No se disuelve en la disolución ni en la inmoralidad, y cuando la inmoralidad no es tan solo privada sino pública tiene que intervenir. No es que cualquier sociedad puede hacer lo que quiera. No puede ser una sociedad lícita o una sociedad inmoral. Hay que mantenerlas y ayudarlas dentro de lo lícito con miras al bien común.

Cuando el Estado ha intervenido de más, por ejemplo el Estado del bienestar, o el Estado totalitario, se convirtió en un Estado obeso, que hasta perdió su condición atlética de garante del Bien Común. Y al crecer desmesuradamente, hubo pérdida de energía humana, porque lo que otros podían hacer lo asume el Estado y entonces la gente deja de hacer por sí y lo espera todo del Estado.

También ha ocasionado este estatismo dos hechos que hacen a la crisis actual. Uno es el *aumento desmesurado de la burocracia*. Exceso de burocracia para la realización de una determinada gestión y a veces el empleo público es un seguro de desocupación. Y la segunda es el *aumento del gasto fiscal*.

Los tiempos exigen un Estado fuerte pero limitado en su intervención. Es imprescindible el marco jurídico y político para hacer posible y fructífera la libertad, pero con solidaridad para la consecución del bien común.

El Estado tiene competencia para intervenir garantizando la moral pública, la búsqueda de la justicia y la puesta en práctica de los derechos humanos y de los deberes sociales.

Monseñor Gerardo Farrel ha dicho que la política tiene como instrumento para construir la equidad en el campo de lo económico, la elaboración de un Estado de derecho que defina el cauce de la actividad de los ciudadanos, particularmente de la actividad económica, todos aporten a la justicia social en la distribución de la riqueza que el país produce.

La justicia es el fruto de la solidaridad.

Si bien la Doctrina Social de la Iglesia se ha elaborado dando al Estado nacional un protagonismo esencial en la búsqueda de la sociedad justa, y defiende las integraciones regionales.

Este Estado está enfrentado a las realidades que conforman la mundialización: la organización de empresas en estructuras de redes mundiales (transnacionales), la transmisión instantánea de la información, existencia de un mercado financiero mundial.

La tarea es fortalecer un Estado social de derecho cuyo fundamento sería la justicia y que supondría exigencias éticas irrenunciables.

Se debe delimitar qué necesidades y bienes básicos han de considerarse como mínimos de justicia, que un Estado social de derecho no puede dejar insatisfechos sin perder su legitimidad.

El Papa Juan Pablo II expone esta preocupación: *“De todos son conocidas las ventajas que una economía “globalizada” bien regulada y equilibrada puede aportar al bienestar y al desarrollo de la cultura, de la democracia, de la solidaridad y de la paz. Pero es necesario que busque siempre la armonización entre las exigencias del mercado y las de la ética y la justicia social”*.

12. Nuestro siglo XX

La *Centésimus Annus* hace una enumeración de lo que ha sido este siglo. ¿Cuáles son las nuevas cosas en este siglo XX? *La sociedad de consumo* con todas sus consecuencias. *La droga* como problema global. No se habla del narcotráfico como simple delito, sino de narcoterrorismo.

La pornografía. Los problemas de la natalidad y el aborto. Los problemas de la familia. El fracaso del socialismo real. El trágico ciclo de las guerras. La carrera armamentista. La amenaza de la guerra atómica. Los totalitarismos. La deuda externa que está agobiando a toda la humanidad. La Europa del Este y sus problemas. La marginación y la pobreza global. Las Naciones Unidas y las grandes declaraciones de derechos en estos días.

13. Realidad nacional

Con respecto a la realidad nacional estamos inmersos en el mundo y por ende nos tocan todos estos problemas. Pero hay algunos particulares: El im-

pacto de la deuda externa sobre la economía nacional; la millonaria deuda interna; los bajos sueldos y salarios; la corrupción generalizada la pobreza global. Y estamos insertos en la llamada globalización y esta creciente integración con el mundo está obligando a revisar todas sus instituciones.

Se trata de un reto histórico a todo el continente americano

En el documento de Santo Domingo la Iglesia latinoamericana se hace eco de esta dinámica necesaria de integración: *"La experiencia nos ha mostrado que ninguna nación puede vivir y desarrollarse con solidez de manera aislada"*. En el mismo sentido nosotros dijimos *"no hay futuro de grandeza en soledad"*.

La política, como el arte de "dar sentido al porvenir".

La mundialización del mercado vuelve anacrónicas las tendencias a la autarquía económica y cuestiona a la autonomía política, se dan altas tasas de desocupación, deterioro de los beneficios previsionales, debilidad de los sindicatos y se afectan leyes sociales que eran consideradas derechos adquiridos de los trabajadores, aumentan las desigualdades en la distribución del ingreso y pone en riesgo la cobertura de seguridad social.

La estructura financiera se vuelve más importante, cuantitativamente hablando, que los aspectos reales de la economía (la producción de bienes y servicios) y se da un proceso de "desmaterialización" de la economía. La llamarán una "transeconomía de la especulación".

Como ha afirmado Daniel Bell, *"los Estados nacionales continuarán declinando como unidades efectivas de poder: son demasiado pequeños para resolver los grandes problemas, demasiado grandes para resolver los problemas pequeños"*

Hay nuevos problemas fundamentales: Calidad de vida, medio ambiente, Sida y lavado de dinero

Dice Juan Pablo II que no se pueden desconocer los numerosos *"protagonistas internacionales, personas u organizaciones. En realidad gozan de una soberanía comparable a la de un Estado y que influyen de manera decisiva en el destino de millones de hombres y mujeres"*¹.

¹ Mensaje del 50º aniversario de la Declaración Universal de la ONU, 30/11/98.

En este contexto aparece una amplia privatización de empresas estatales y disminuye la participación de los gobiernos en la actividad económica. Se limita la actividad del sector estatal a extremos que algunos califican como el Estado desertor y se discute el tema de su participación en la vida económica.

Se plantean problemas como el crecimiento con equidad o el de la conciliación de un sostenido desarrollo económico con la justicia en su distribución. El de la protección del medio ambiente, de la salud y educación de las futuras generaciones y la deuda externa.

Los problemas toman dimensión mundial. Se realizan encuentros y seminarios nacionales e internacionales

Juan Pablo II habla de la "*dimensión interdisciplinaria*" de la enseñanza social de la Iglesia y de la necesidad del "*diálogo de las distintas disciplinas que se ocupan del hombre*". (*Centesimus Annus*).

Se discuten las relaciones entre sistemas económicos y la ética; el mercado libre; la intervención del Estado; la eficiencia y la justicia distributiva.

Hay quienes defienden formas idealizadas de capitalismo. Pero en la realidad, generalmente las economías de escala llevan a una competencia monopólica, o los mercados son incompletos. Todo ello hace necesario la intervención pública con medidas correctoras.

Y aparecen prioridades éticas ineludibles: la doctrina social cristiana, las teorías sobre la justicia, los derechos humanos y la situación de los pobres y marginados. Ningún sistema económico puede eludir el compromiso moral necesario para afrontar este desafío. La Iglesia pone el acento en la opción preferencial por los pobres como fundamento de la teoría de la justicia y que ello tiene mayor importancia que las otras consideraciones simplemente económicas. Los economistas objetan que siempre que ello no lleve a medios contraproducentes al objetivo de la eficiencia económica.

14. Privatizaciones

No era justo ni lícito que el Estado siguiera cargando déficit enormes y crecientes, de empresas, frente a las cuales la intervención estatal en lugar de respetar el saludable principio de la subsidiariedad, las fuera absorbiendo con un estatismo creciente e imprudente. Hoy, mu-

chas de esas empresas estatales presentan situaciones fácticas inaceptables con déficit crecientes que como bolas de nieve en expansión han llevado al Estado a un Estado en quiebra.

Pero ello no debe llevar al Estado desertor. El control público a las empresas privatizadas de una obligación ineludible.

15. Solidaridad

Pero al mismo tiempo hay que buscar soluciones solidarias al costo humano y social del ajuste. Ello hace a un deber cristiano de solidaridad

La solidaridad es la virtud ética, el compromiso de realizar el bien común. Es nuestra obligación de comprometernos en la realización plena del fin del Estado.

“La dignidad, la libertad y la felicidad nunca serán completas sin la solidaridad. Es lo que nos enseña la historia atormentada de estos últimos cincuenta años” (Juan Pablo II mensaje del 30/11/98).

Se ha dicho también que sociedad económica debe verse siempre como una realidad desigual, cuya justicia será una búsqueda permanente de solidaridad entre desiguales.

Solidaridad como nuevo nombre de la justicia social.

Es el principio ético de la obligación recíproca, la del uno para con el otro: según el deber solidario.

La solidaridad está definida como “la firme y continúa decisión de comprometerse con el bien común”.

“La solidaridad produce la paz”.

Probablemente no se alcanzará la corrección del capitalismo global sin la unión solidaria de los pueblos y regiones actualmente postergados.

Es preciso que a la progresiva globalización de la economía corresponda cada vez más la cultura “global” de la solidaridad, atenta a las necesidades de los más débiles”.

La propuesta de la “globalización de la solidaridad”, dice el Papa: “El complejo fenómeno de la globalización como he recordado más arriba, es una de las características del mundo actual, perceptible especialmente en América. Dentro de esa realidad polifacética, tiene gran importancia el aspecto económico”. Con su doctrina social, la Iglesia ofrece una valiosa

contribución a la problemática que presenta la actual economía globalizada. Su visión moral se apoya en las tres piedras angulares fundamentales de la dignidad humana, la solidaridad y la subsidiariedad.

La mejor respuesta a esta dramática situación es “la promoción de la solidaridad y la paz fortaleciendo el proceso de democratización, la justicia social y el Estado de derecho”.

16. Globalización

Se usa la palabra “globalización” con connotaciones ideológicas. En sectores conservadores del mundo económico, se habla de globalización como una realidad intocable, como un “beneficioso terremoto”.

Y se presenta una visión ideologizada de la “globalización” desde sectores progresistas.

La globalización plantea un gran desafío: cómo humanizar sus dinamismos.

Pero hay un cierto consenso sobre el alcance del concepto de globalización.

El documento *Ecclesia in América* (EiA) la define como una tendencia al acercamiento entre las naciones y comunidades, que se impone debido a la mayor comunicación entre las diversas partes del mundo. Slaughter y Swagel, del Fondo Monetario Internacional, se refieren a ella como la integración internacional de bienes, tecnología, trabajo y capital.

Dani Rodrik, sinónimo de la integración económica.

La globalización puede considerarse como un fenómeno de integración o acercamiento entre las naciones en distintos planos, entre ellos el económico, que es muy importante pero en el determinante exclusivo del proceso.

17. Propuestas para el siglo XXI

La *Rerum Novarum* eran las cosas nuevas en 1891. La *Centesimus Annus* es la relectura de la realidad 1991. Es respuesta a la interpelación de los signos de los tiempos.

La actual mundialización pone en marcha “una dinámica profundamente desigualitaria y muchos corren el riesgo de quedar al costado del camino”.

La tarea de los políticos y de todas las instituciones y personas es hacer que la economía no pierda de vista estos objetivos.

Hay que reformar al Estado nacional soberano, "haciéndolo más flexible, buscador permanente de consensos y dispuesto a estar evaluado continuamente en función de su eficacia".

El Estado es gerente realizador del bien común. No al Estado desertor. No al Estado gendarme ni al Estado intervencionista hipertrofiado. Debe ser limitado pero su intervención para realizar el bien común es necesaria.

Definir lo que el Estado nacional debe hacer deberá ser evaluado a través del principio de subsidiariedad.

"La reforma del Estado para hacerlo eficaz en sus funciones esenciales es tarea moral por varias razones, ante todo, porque nos ha arrebatado, no sin nuestro consentimiento, responsabilidades que correspondan a la sociedad, a sus grupos y a las personas individuales; además, porque la sobrecarga del Estado es el origen de muchas actividades que quitan transparencia a la equidad social, y porque su quiebra desmerece los servicios esenciales a que un pueblo tiene derecho, frustra las expectativas que movilizan el dinamismo social y generaliza la pobreza" ².

Las sociedades intermedias tienen pues un papel protagónico para la solución de muchos problemas sociales. Es una característica de la sociedad actual. La persona humana es íntima y social y el principio de subsidiariedad nace de la naturaleza social de esa persona humana. Las sociedades intermedias son fruto de esa naturaleza humana y participan de la libertad y dignidad de la persona humana.

La subsidiariedad exige que el Estado no realice lo que puede hacer eficientemente una sociedad menor.

El mayor desafío de los Estados será promover una auténtica transferencia de recursos y de poder a niveles microsociales.

El cuestionamiento al Estado nacional como protagonista exclusivo y soberano de la orientación de la sociedad hacia el bien común, no viene sólo de la mundialización, sino también del crecimiento de la conciencia del protagonismo que le corresponde a la sociedad local.

² Pedro J. FRÍAS, *Alternativas morales al desarrollo*, 1995.

También en las relaciones internacionales, la sociedad local cuestiona el protagonismo monopólico del Estado nacional.

“Todo aquello que pueden hacer por sí solos los particulares, no lo hará el Estado”. Es la definición del principio de subsidiariedad.

*¿Quién resulta más eficaz para confiarle esta responsabilidad? Y responde: a igualdad de eficacia; prefiero la unidad social menor. El municipio, antes que la provincia, y la provincia antes que la Nación; los grupos menores que los mayores. El principio de subsidiariedad es el gran “democratizador” de la vida social, si se me permite la expresión. Descentralizada, desburocratiza, acerca los servicios a los usuarios, moviliza las responsabilidades”*³.

Necesidad de un enfoque para la organización económica que se oriente al respeto de la libertad y dignidad de la persona humana y en beneficio de todos los hombres.

No se discute hoy la eficiencia del mercado en la asignación de recursos pero queda, siempre un espacio para la intervención de las autoridades públicas: asegurar los servicios públicos; asegurar el libre mercado; regular actividades o el uso de ciertos bienes; animar una inteligente estrategia de desarrollo. Todo ello dirigido a la obtención del bien común. Hay que asegurar un sistema de seguridad social y una política contra la pobreza. También se ha puesto en la mesa de discusión el papel redistributivo de un régimen fiscal conforme a la solidaridad y a la moderación en el consumo, y el papel de la propiedad pública y la privada y su dimensión social

La Iglesia debe intervenir en las cuestiones sociales, económicas y políticas cuando ellos comprometen la moral y la libertad y dignidad de la persona humana, pero no tiene competencia específica en las cuestiones técnicas. “Experta en humanidad” ofrece al mundo una visión global de la persona respetando la autonomía de las realidades temporales. Y mirando al futuro ha colocado como la verdadera tarea de nuestra época encontrar una propuesta social y ampliamente compartida en sus principios fundamentales, con sustrato moral, y para resolver los problemas abiertos por el siglo pasado a las generaciones del tercer milenio. Es imprescindible una economía humana, social y de libre empresa.

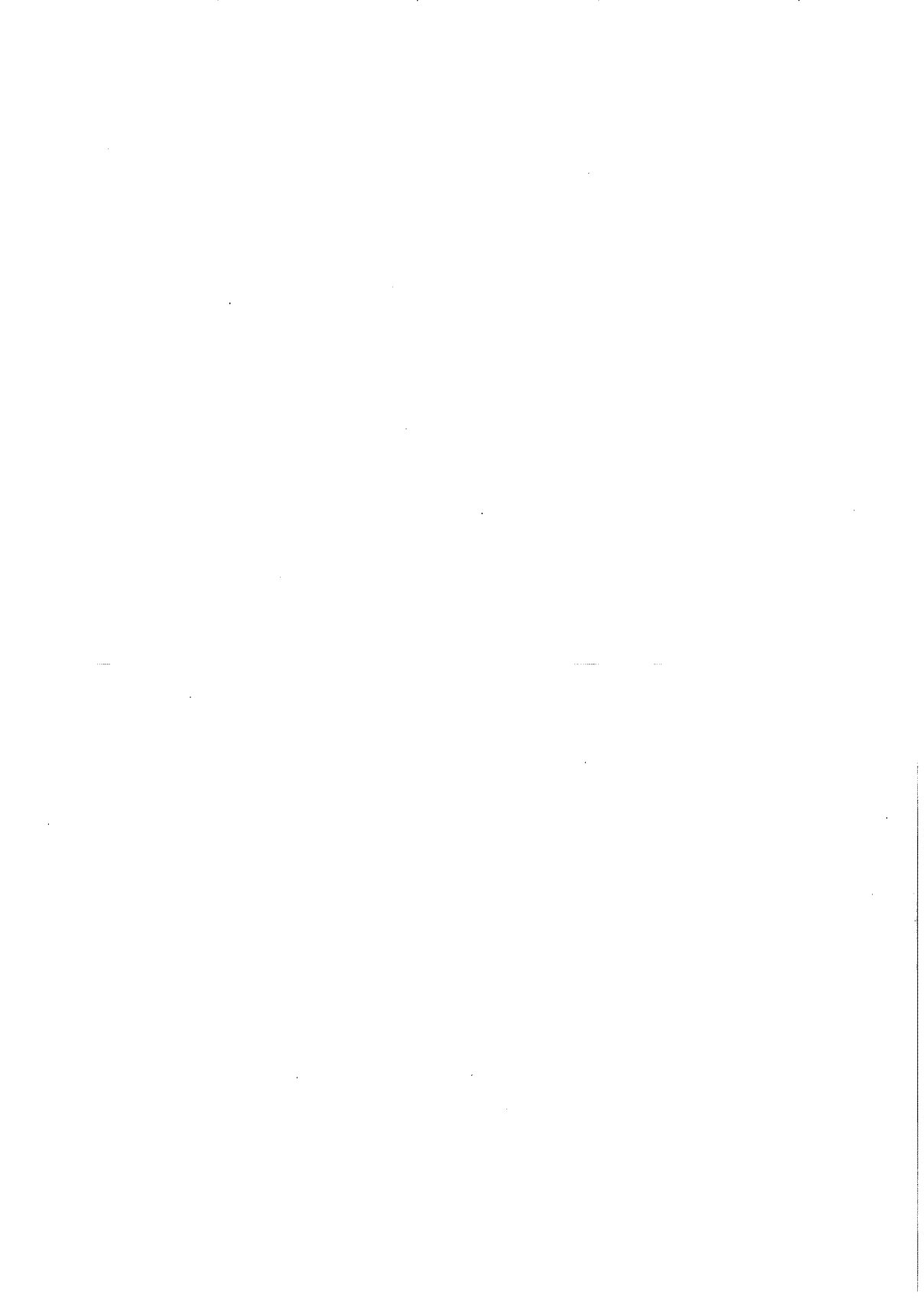
³FRÍAS, ídem.

Y la solidaridad es el compromiso ético de realizar el bien común, tarea ineludible del Estado como gerente y garante de ese bien común. Pero no es sólo obligación estatal sino que es un compromiso ético de la sociedad, de todos los hombres y de las sociedades intermedias.

18. Civilización del amor

En el *Documento de Puebla* la Iglesia dijo que nuestra labor de cristianos era *reconocer el rostro de Cristo en los demás*.

¿Cuál es la respuesta social cristiana? ¿Cuál es la respuesta de la Iglesia? *La civilización del amor* según la visión de Pablo VI que la sigue repitiendo el Papa actual. ¿Qué es esta civilización del amor? Es una civilización que comprende la justicia porque es un derecho que hace a la persona humana, que hace a algo que el mismo Dios ha insertado a la condición humana. La civilización del amor repudia y supera la violencia típica de nuestro tiempo. Y es superadora del egoísmo derroche de la sociedad, del bienestar o del consumo, de la explotación de tantos pobres y de tantos empobrecidos o en vías de empobrecerse. Es la pretensión de hacer posible la convivencia fraterna entre personas. Es concebir a la política como realización plena de la amistad cívica. Es practicar la virtud de la solidaridad para la consecución del bien común. Es hacer una economía al servicio del hombre. Es servicio a los demás. Es amar a los hijos de los otros y por amor comprometerse en la tareas heroica de hacer un mundo más justo y más humano.



REGISTROS PÚBLICOS, CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES Y TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD (DEL CÓDIGO CIVIL DE 1852 A LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1984) *

por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS

SUMARIO: I. Palabras previas. II. Elección de los temas. III. La importancia de los registros públicos. IV. Evolución histórica de la institución registral en el Perú. V. Clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad: del Código Civil de 1852 al Código Civil de 1984. VI. La reforma del Código Civil de 1984. VII. Necesidad de la implementación del catastro en el Perú. VIII. Palabras finales.

I. Palabras previas

Decía don Francisco de Quevedo que las palabras son como las monedas: a veces, una vale tanto como muchas y, en ocasiones, muchas sumadas no alcanzan lo que una sola. Traigo a colación esta reflexión porque en una ocasión como ésta, en la que se me dispensa el honor de incorporarme como Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, me enfrento a la tremenda disyuntiva de emplear muchas palabras para expresar mi gratitud o limitarme a decir lacónicamente «gracias», lo que termina siendo un tópico.

Siendo ambas soluciones insatisfactorias, no puedo resistirme a la tentación de apropiarme afectuosamente de una idea del ilustre jurista

* Discurso leído el 29 de agosto de 2000 en su recepción como académico correspondiente.

español, querido amigo y académico correspondiente también de esta Casa, don José María Castán Vázquez, quien considera más expresiva la voz portuguesa «obrigado», porque tiene un mayor contenido jurídico y refleja bien el vínculo obligacional que reconoce la persona agradecida. Comparto plenamente su parecer y por tales razones ese es el vocablo que también quiero utilizar ahora para testimoniar mi emocionada y profunda gratitud al Excelentísimo Señor Presidente de esta Corporación, al Excelentísimo Señor Don Horacio Roitman, quien presentó mi candidatura, y al Pleno de Académicos que generosamente acogió la propuesta. A todos les digo: *obrigado*.

Soy consciente, sin embargo, de que esta designación es, sin duda, fruto de un generoso error, pues mis méritos son escasos para justificarla debidamente. Mi gratitud por ello se ve acrecentada y aprecio en lo que vale la benevolencia que han tenido conmigo.

Esta importante distinción, que me abruma, tiene un valor muy especial para mí por varias razones: por ser la primera de esa clase que me otorga una Academia nacional o extranjera; en segundo término, por provenir de una Corporación como ésta, con asiento en Córdoba «la Docta», sede de la Universidad Nacional de Córdoba, la más antigua de la República Argentina y una de las primeras del continente, pues fue fundada en 1619 -recordando el lema que rodea el águila con las alas desplegadas del escudo de la Casa de Trejo, sede de su bicentenario Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: «*Ut portet nomen meum coram gentibus*» («Para que difundas mi nombre por entre las gentes»)-; en tercer lugar, por presidir este acto, en su calidad de Presidente de esta Ilustrísima Academia, el distinguido maestro Luis Moisset de Espanés, entrañable amigo de tantos años, ejemplo esclarecido de una vida entregada al derecho en sus distintas manifestaciones con devoción admirable; y, finalmente, *last but not least*, por otorgárseme en el año en que se celebra el bicentenario del nacimiento del eminente codificador cordobés don Dalmacio Vélez Sarsfield.

No deseo concluir este exordio sin evocar la figura de mi muy estimado amigo y compañero el Profesor Enrique Carlos Banchio, Académico de Número de esta Corporación, sensiblemente desaparecido, con quien compartí muchísimas jornadas académicas -una de ellas, particularmente grata, en el Perú-, presente siempre en el recuerdo con especial afecto.

II. Elección de los temas

El presente discurso tiene por objeto formular algunas reflexiones acerca de los registros públicos, la clasificación de los bienes y la transferencia de propiedad de los mismos en el marco de los Códigos Civiles del Perú de 1852, 1936 y 1984, con particular referencia al proceso de reforma al que se encuentra sometido el último de los nombrados.

La elección de tales materias viene determinada por dos razones principales:

En primer lugar, por el cargo oficial que desempeñé durante cuatro años, entre noviembre de 1994 y noviembre de 1998, como Superintendente Nacional de los Registros Públicos del Perú, lo que me permitió gozar del privilegio de poder contrastar directamente los conocimientos teóricos que tenía en ese tiempo acerca del Derecho Registral, con la realidad alarmante de los Registros Públicos al momento de asumir la función.

En 1994, para cualquier agente, usuario o profesional involucrado en la actividad registral, resultaba evidente el inadecuado funcionamiento de las instituciones que tenían a su cargo en el Perú el manejo de los registros, lo que redundaba, como es lógico, en el propio sistema que también adolecía de deficiencias notorias y propias, las que fueron superadas sustancialmente desde el establecimiento del Sistema Nacional de los Registros Públicos y la entrada en funcionamiento de la Superintendencia Nacional (SUNARP).

En efecto, los Registros Públicos experimentaron una radical transformación a partir de 1995, en que la Superintendencia inició sus actividades.

Ella dedicó el primer semestre del año 1995 a planificar una estrategia que permitiera enfrentar y corregir de inmediato el desorden de los Registros Públicos en el país y proyectar un sistema registral eficiente y moderno.

La política iniciada por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos en 1995, estuvo orientada, primeramente, a la búsqueda de la excelencia profesional del personal, lo que originó una decidida acción de profilaxis moral que se inició en Lima y que continuó en provincias, ejecutándose un riguroso programa de evaluación y selección de todos los servidores. Como resultado de ese proceso, en el que fueron evaluados 517

trabajadores, comprendiendo personal propiamente registral, así como administrativo, se produjo el cese de 222 y la aprobación de 295.

Una segunda acción prioritaria estuvo dirigida a lograr una óptima atención del usuario de los servicios registrales.

En tal sentido, a partir del segundo semestre de 1995, como resultado de la reorganización y reestructuración institucional de las Oficinas Registrales a nivel nacional, se consiguió que los trámites registrales se desarrollaran con eficiencia y de manera expeditiva. En efecto, trámites que antes demoraban tres o cuatro meses, estimulándose con ello la utilización de mecanismos de corrupción, se realizaban en octubre de 1998 a un promedio que alcanzaba los tres días útiles a nivel nacional, sin merma de la máxima exigencia al tiempo de calificar los títulos, contando los usuarios con orientación suficiente y la simplificación necesaria para realizar directamente sus trámites.

Con ese mismo propósito se inició un proceso de informatización total de los registros en la Oficina Registral de Lima y Callao (O.R.L.C.) y en las oficinas registrales de todo el país, mediante el traslado de la información obrante en tomos y fichas a soportes informáticos, lográndose así paulatinamente la eliminación de los sistemas manuales y su sustitución por sistemas automatizados y haciéndose posible un acceso más rápido a la información registral. Progresivamente se materializará el acceso a dicha información vía Internet, la que podrá ser impresa, sin poder ser modificada en caso alguno.

A octubre de 1998, de un total de 3.157.676 fichas, se había completado el traslado a base de datos de 2.574.022, lo que equivale a un avance del orden del 81%. Adicionalmente, de un total de 12.096 tomos, se había completado el traslado de la información obrante en ellos a base de datos de 9.158, esto es, el 75%.

Concluido tal proceso, está previsto que, en una segunda etapa, se produzca la interconexión entre las distintas oficinas registrales del país, lo que finalmente permitirá el establecimiento de un Registro Central Nacional que reúna la información de todos los registros del país que integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Cabe destacar, por último, que en la Oficina Registral de Lima y Callao se emplea el sistema de generación de asientos electrónicos grabados en discos ópticos de una sola escritura y múltiples lecturas, quedan-

do de este modo asegurada su inalterabilidad e integridad, apoyada por un dispositivo de captura de huella digital en calidad de firma electrónica, con el propósito de identificar indubitablemente al registrador público responsable de la generación del asiento.

Una segunda razón explica la elección de los asuntos a los que está dedicado este discurso.

Además de su natural relevancia, lo que resultaría motivo suficiente para justificar su tratamiento, se encuentra en funciones la Comisión creada por la ley 26394 de 18 de noviembre de 1994, encargada de elaborar el anteproyecto de reforma del Código Civil de 1984. La Comisión ya ha aprobado propuestas de modificación referidas precisamente a las cuestiones de las que se ocupa esta exposición, las que conviene difundir para recibir sugerencias y comentarios.

III. La importancia de los registros públicos

Es indiscutible el trascendental papel que cumplen los registros públicos en la organización y desarrollo económico de una sociedad. Su mayor significación viene dada por la seguridad que otorgan a las operaciones comerciales, al intercambio de bienes y a otras actividades que son susceptibles de incorporarse a ellos.

Un adecuado sistema registral ofrece no sólo la necesaria seguridad jurídica a los agentes económicos, sino que además alienta por propia naturaleza las transacciones comerciales. Para ello, como es evidente, el sistema debe estar correctamente organizado y debidamente dotado de los instrumentos legales y de otro orden que resulten necesarios para permitir el desarrollo de un sistema ágil, de costos razonables y acorde con los avances de la modernidad. En este sentido, en el orden inmobiliario, está claro que aparece como una importante insuficiencia del sistema en el Perú el hecho de que se carezca de un catastro.

El diseño de una política de fomento a la inversión privada y atracción de capitales foráneos pasa también por el tema de los mecanismos de seguridad que el Estado, dentro de la política diseñada, otorgue a los agentes económicos. Uno de esos mecanismos de seguridad es efectivamente el que se obtiene mediante la inscripción y publicidad de determinados actos y situaciones jurídicas en los registros públicos.

Los registros públicos son un medio para brindar certidumbre respecto de la titularidad de diferentes derechos. Los registros, en tal sentido, son una garantía de seguridad jurídica. La importancia económica de los registros es la que se deriva del hecho de poder conocer con certeza qué agentes económicos tienen qué derechos sobre qué bienes o actividades y cuál es el estado jurídico de los mismos. El análisis del funcionamiento de los mercados que hace la teoría económica se basa precisamente en el supuesto de la existencia de derechos claramente definidos, que faciliten la realización de las operaciones en el mercado.

En ausencia de este requisito, los costos de transacción se elevarán y trabarán la mejor asignación de recursos y la fluida celebración de actos y contratos.

Como dice Luis Diez Picazo ¹: *«La importancia de la publicidad en la constitución y en la transferencia de los derechos reales, en especial cuando recaen sobre bienes inmuebles, es evidente. La mayor o menor seguridad del tráfico está precisamente en función de la publicidad. Es igualmente claro que el desarrollo de la circulación de la riqueza y el fomento del crédito territorial, que son objetivos de índole económica deseables en una comunidad bien organizada, están precisamente en función de la seguridad jurídica del tráfico. Esto se observa con toda claridad en la transmisión de bienes inmuebles. El adquirente de un bien inmueble sólo habrá realizado una adquisición segura cuando pueda contar con que nadie ha de perturbarle en su propiedad. Para ello tendrá que saber con toda certeza que quien le ha transmitido la cosa era propietario de ella y que podía transmitirla. Para llegar a conocer con certeza que el transmitente es un legítimo propietario no basta que externamente aparezca como tal. Habrá que exigirle una demostración palmaria de que adquirió legítimamente, lo cual supone a su vez tener que examinar la validez objetiva de la anterior transmisión y la cualidad de dueño en el anterior transmitente. Y de igual manera habrá que conocer toda la serie o cadena de transmisiones anteriores, por lo menos durante el tiempo necesario para la usucapión. No le bastará sin embargo al presunto adquirente de un bien inmueble con tener certeza de que el*

¹ Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 3º, 4ª edición, Madrid, Civitas, 1995, pág. 294.

transmitente es propietario. Necesitará además saber que el legítimo propietario podía transmitir la cosa, es decir, que no existían limitaciones en la facultad de disponer y que no había sido ya transmitida anteriormente. Se comprende que en estas condiciones el tráfico de inmuebles se torna radicalmente inseguro y que, por tanto, la circulación de la riqueza se produce en una comunidad así organizada con una gran dificultad.

El problema es el mismo desde el punto de vista del crédito territorial. La persona dispuesta a conceder un crédito con la garantía de un bien inmueble, necesita que se le proporcione una garantía eficaz. Para ello necesita saber si el contratante es el verdadero dueño del inmueble, si puede darlo en garantía y si pesan o no sobre él otros gravámenes anteriores y preferentes que puedan disminuir en forma muy notable o hacer que se esfume completamente la garantía. Sólo en estas condiciones concederá el crédito».

Las reflexiones de Diez Picazo son, por supuesto, aplicables por extensión al caso de los bienes muebles registrados.

Precisamente para superar los problemas que menciona el autor citado es que aparece la publicidad cognoscibilidad como vehículo a través del cual se procura alcanzar la seguridad jurídica del tráfico.

A decir de Hernández Crespo ², «los Registros jurídicos, tanto el de Propiedad como el Mercantil o el de Venta de Bienes Muebles a plazos, consagran y garantizan esa seguridad al proporcionar publicidad a las relaciones jurídicas inmobiliarias y mercantiles. (...) La publicidad que en estos Registros se consigue constituye el último eslabón de su evolución, y representa una pieza esencial de la tutela jurídica, derecho fundamental y aspiración de todos los ciudadanos...».

IV. Evolución histórica de la institución registral en el Perú

Como ha escrito Ignacio Izquierdo Alcolea, «la Historia no es sólo la consideración reflexiva y científica de las cosas que han

² Carlos Miguel HERNÁNDEZ CRESPO, «Registro y Seguridad Jurídica», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, t. I, vol. I, Madrid, Castalia, 1989, pág. XXI.

sido, de tal manera que sean figuras muertas todas las que hayan tenido una existencia pasada. El orden jurídico pasa por distintas etapas en la marcha, unas veces veloz, más veces tranquila y sosegada, a través de los siglos. El Derecho actual, como todo orgánico y como unidad sistemática, es producto del pasado en la mayor parte de su contenido (...). También el legislador crea algunas veces figuras jurídicas 'ex novo', figuras jurídicas que aparecen desde este momento incorporadas a esa ordenación homogénea que es el Derecho positivo vigente»³.

El primer libro de Registro de inscripciones de censos y tributos que gravaban la propiedad rústica y urbana de Lima se mandó abrir en cumplimiento de la provisión real de la Audiencia de Lima del 3 de abril de 1565 y en aplicación de la Real Carta Orden expedida por el Rey Don Felipe II, derivada de los dos capítulos de las Cortes de Madrid de 1528 y de Toledo de 1539⁴. El primer asiento del libro está fechado el 2 de mayo de 1575, autorizado por el Escribano de Cabildo don Juan Gutiérrez, y el último llega a septiembre de 1600⁵.

En el Perú rigió la Real Pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768⁶, que creó los Oficios o Contadurías de Hipotecas y que se aplicó en las colonias americanas conforme a lo dispuesto por las Reales Cédulas del 8 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783.

Después de producida la independencia de la Corona española, las normas registrales coloniales continuaron aplicándose en el Perú hasta la vigencia del Código Civil de 1852.

Este Código, recogiendo lo establecido en la legislación colonial que sustituía, contempló la existencia en cada capital de departamento y

³ Ignacio IZQUIERDO ALCOLEA, *El derecho de retracto en la ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, Bosch, 1955, pág. 5.

⁴ Confr. *Novísima Recopilación de las Leyes de España Mandada Formar por el Señor Don Carlos IV*, Ley II, Título XV, Libro X, y Ley I, Título XVI, Libro X, Madrid, 1805 (Madrid, edición facsimilar, Boletín Oficial del Estado, t. V, 1976, págs. 76, 77 y 105).

⁵ Al tiempo de redactar estas líneas, tengo a la vista copia de la primera foja del mencionado libro, cuyo original se conserva en la Oficina Registral de Lima y Callao.

⁶ Su texto puede consultarse en «Reales Disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (Siglos XIII-XIX)», Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1998, págs. 258 a 268. Igualmente, en la obra citada en la nota 2, págs. 39 a 61, en versión facsimilar.

a cargo de un escribano público, de «un oficio de hipotecas para el registro de todas las que se constituyan sobre bienes ciertos y determinados» (art. 2051, primer párrafo).

Refiriéndose a las limitaciones del Oficio de Hipotecas, Pardo Márquez ⁷ opina que *«no prestó garantía efectiva a los derechos registrados, porque previamente no se daba seguridad al acreedor del derecho de propiedad del deudor sobre el inmueble que ofrecía en hipoteca. De modo que el registro no eliminó la posibilidad de la pérdida de la garantía real del acreedor hipotecario, que si bien se encontraba a cubierto de cualquier gravamen anterior no inscrito, no se halló libre del derecho excluyente del verdadero propietario que no podía sufrir perjuicio por el gravamen impuesto por quien no tenía derecho o al menos un derecho esclarecido»*.

Conforme al art. 2020 del mismo Código, la hipoteca se impone sobre un inmueble, indicando el primer párrafo del art. 2030 que se constituía «por medio del registro de un título en que se haya expresado la obligación principal y los bienes que la aseguran». Su segundo párrafo agregaba que se exceptuaban «los casos privilegiados en que la ley dispensa del registro». Las hipotecas debían registrarse en el oficio correspondiente al lugar donde se encontraba situado el fundo que se hipotecaba, cualquiera que fuera el lugar donde se hubiera contraído la obligación que se asegura (art. 2032).

Por ley de 2 de enero de 1888 se establece en el Perú el Registro de la propiedad inmueble, «bajo la dirección e inspección del Poder Judicial» (art. 1).

De acuerdo con el art. 2 de la ley, «se llevará en Lima un Registro general de las propiedades radicadas en la República y de los derechos que en ella gravan. Habrá también Registros particulares en todas las capitales de departamento y en las de provincia, en que, a juicio de la Corte Suprema, sea conveniente establecerlos» ⁸.

⁷ Bernardo PARDO MÁRQUEZ, *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*, t. I, 2ª edición, Lima, Litografía Huascarán, 1966, pág. 292.

⁸ En atención a ello se establecieron registros en Arequipa, Trujillo, Piura, Huamanga, Iquitos, Huancayo, Chiclayo, Ica, Cusco, Cerro de Pasco, Huánuco, Cajamarca, Tumbes, Abancay, Huancavelica, Huaraz, Moquegua y Puno, entre otras ciudades.

El art. 3 de la ley contemplaba los actos susceptibles de inscripción en el Registro:

«Las enfiteusis, censos, servidumbres, hipotecas legales, judiciales y convencionales, anticresis y cualquier derecho real que en el grave.

Las interdicciones judiciales, las medidas precautorias, los embargos, las demandas y toda providencia o resolución ejecutoriada que destruya o limite el derecho de libre disposición del propietario.

Los derechos de usufructo, uso y habitación.

Los contratos de arrendamiento en que se estipule el pago de mejoras y los de duración determinada. Los de plazo indeterminado, cuando se haga adelanto de la merced conductiva por más de un año.

Las promesas de los contratos que están comprendidos en este artículo».

El art. 4 preveía adicionalmente las reglas a las que estaría sujeta la inscripción de diversos casos de hipoteca legal.

Destaca Pardo Márquez ⁹ que *«las inscripciones sólo afectan a los terceros que no han registrado sus títulos que contienen los derechos especificados en los arts. 3 y 4 de la ley. La preferencia del derecho se obtiene con la inscripción. El art. 7 preceptúa categóricamente : 'No podrá oponerse a tercera persona el dominio total o parcial, derechos reales, hipoteca, contratos ni los demás títulos de derecho especificados en los arts. 3 y 4, si no están debidamente registrados dentro del término que señala el Reglamento que debe dictarse para el cumplimiento de esta ley'».*

La ley contemplaba el contenido de las inscripciones (art. 9); la existencia de una escala de derechos de inscripción «que el reglamento consignará y en cuya formación tendrá en cuenta la importancia relativa de los actos registrables» (art. 13); el destino de los ingresos por concepto de derechos registrales (art. 14); las funciones del Vocal Visitador de la Corte Suprema (art. 17); los requisitos de los encargados del Registro de la propiedad en las capitales de Departamento, quienes «deben reunir las mismas cualidades personales y prestar las mismas garantías que la ley exige a los Secretarios de Cámara de las Cortes Supe-

⁹ Ob. cit., pág. 294.

riores», mientras que en los de las provincias, «bastarán las requeridas para ser Escribano Público» (art. 18).

En opinión de Pardo Márquez ¹⁰, en la ley del 2 de enero de 1888 *«la inscripción tiene carácter facultativo porque los interesados se hallan en libertad para registrar o no sus títulos; sólo a ellos conviene acogerse a los beneficios de la ley. Este aspecto del registro, por su carácter fundamental, fue el más discutido, dando por resultado la redacción del artículo 15 en los términos que siguen: 'Los que actualmente tengan algunos de los derechos u obligaciones que deban registrarse, pueden hacerlo, para aprovechar de las ventajas de esta ley, dentro del plazo que señale el Reglamento que debe dictarse'. (...) Otro efecto de la inscripción consiste en que no sanea los títulos que son nulos con arreglo a las leyes. El art. 16, ap. 2, declara: 'Si se inscribiesen actos o contratos que son nulos por la ley, no se subsana la nulidad con el hecho de la inscripción'».*

Por ley del 25 de noviembre de 1892 se estableció una junta compuesta por el Ministro de Justicia, que la presidirá, un Fiscal de la Corte Suprema, un Fiscal de la Corte Superior, el Decano del Colegio de Abogados y el Director del Registro de la Propiedad Inmueble, que servirá de secretario. Esta Junta, reemplazó a la Corte Suprema en las funciones que había previsto la ley de 2 de enero de 1888.

La ley del 3 de enero de 1899 contempló la posibilidad de que «los que el 2 de enero de 1888 tenían bienes o derechos que, según la ley de esa fecha, deben ser registrados, podrán inscribirlos con sólo presentar el último título de su adquisición; cuya inscripción practicarán los Registradores sin averiguar el título en virtud del cual poseyeron el mismo derecho los antiguos dueños» (art. 1).

El art. 2 agregaba que «después de ciento ochenta días contados desde la fecha en que el respectivo Registrador avisa al público que se ha abierto la oficina, no podrán hacerse las primeras inscripciones a que se refiere el artículo anterior, sin que el Registrador fije edictos y publique avisos por quince veces alternadas en el lugar del registro, en la capital del departamento y en el pueblo donde estuviere ubicado el inmueble, si fueren diferentes, convocando por medio de ellos a los que se crean con algún derecho. Si ninguna otra persona alegase algún dere-

¹⁰ Ob. cit., págs. 294 y 295.

cho durante los avisos, se hará el registro; y en el caso contrario, la reclamación se hará valer ante el Juez competente, quien la sustanciará y resolverá según su naturaleza».

Como puede apreciarse, el propósito de sanear la titulación para hacer posible la inmatriculación no constituye una preocupación sólo de nuestros días.

El Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble, dictado en aplicación de la ley de 2 de enero de 1888 constaba de 226 artículos contenidos en dieciséis títulos que se ocupaban sucesivamente de aspectos generales, la Dirección General del Registro, los registradores, el modo de llevar los libros, los contratos y actos sujetos a inscripción, la inscripción de bienes nacionales y de corporaciones, la reforma y efectos de la inscripción, las anotaciones preventivas, la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas, la rectificación de los asientos del Registro, los certificados que expidan los registradores, la responsabilidad de éstos, los visitadores, los derechos de inscripción y honorarios de los registradores, la Oficina del Registro de Lima y disposiciones transitorias.

Con la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1902, que previó en la Sección Segunda de su Libro Primero la existencia del Registro Mercantil, y de la ley N° 2402 de 13 de diciembre de 1916 que creó la prenda agrícola, considerando la existencia de un libro especial en el que se inscribiría dicha garantía, la denominación del Registro fue modificada pasando a denominarse primero, «Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil», y después, «Registro de la Propiedad Inmueble, Mercantil y de la Prenda Agrícola».

En sesión de la Junta de Vigilancia de 27 de septiembre de 1927 fue aprobado el Reglamento Interior de la Oficina de los Registros de la Propiedad Inmueble, Mercantil y de la Prenda Agrícola del Distrito de Lima.

El régimen legal introducido por la ley del 2 de enero de 1888, no sufrió variaciones sustantivas una vez que entró en vigencia el Código Civil de 1936 que lo incorporó en su texto. El registro mantuvo desafortunadamente su carácter esencialmente facultativo y declarativo ¹¹, aun

¹¹ Con la excepción del caso de la hipoteca, respecto de la cual tenía carácter constitutivo su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 1013, inciso 2, del Código Civil de 1936). En la exposición de motivos del Libro Cuarto del Código Civil de 1936 se señala lo siguiente (en Germán APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, *Código Civil. Concordancias*, t.

cuando el codificador discutió la posibilidad de implantar el sistema Torrens en el Perú. La idea fue descartada arguyéndose para ello lo siguiente:

- Se carece de un catastro y existe dificultad para establecerlo dada la gran extensión territorial del país.
- Los títulos son imperfectos o defectuosos. Existen lugares en donde ni siquiera hay notarios públicos.
- El sistema Torrens resulta peligroso por falta de cultura jurídica en nuestro país.
- El sistema Torrens tiene como base la garantía del Estado, lo que no es factible entre nosotros.
- No existe personal especializado en materia registral.

Los codificadores Solf y Oliveira propusieron incluso como alternativa la inscripción obligatoria de los actos que versaren sobre inmuebles registrados o que se registrasen y que la inscripción fuese sólo facultativa para los demás.

Ese punto de vista fue combatido por los doctores Calle y Olaechea, quienes sostuvieron, no sin lamentarlo, la necesidad de mantener el sistema imperante hasta esos días.

El Código Civil de 1936 contempló la materia registral en la sección quinta («De los registros públicos») del Libro IV dedicado a los derechos reales. Dicha sección contaba con seis títulos que sucesivamente se referían a disposiciones generales, registro de la propiedad inmueble, registro de las personas jurídicas, registro de testamentos, registro de mandatos y registro personal.

El art. 1036 puntualizaba los registros públicos de los que trataba el Código, a saber, los registros de la propiedad inmueble, personas jurídicas, testamentos, mandatos, personal, mercantil, buques y prenda agrícola ¹².

III, La Reforma - Motivos, Lima, Taller de Linotipia Guadalupe, 1942, pág. 395): «La Comisión de Reforma debatió intensivamente el tópico de los sistemas de registros, y recabó valiosas opiniones de magistrados y abogados especializados. Acogiendo la casi unánime opinión de que el sistema de la ley de 1888 se mantuviera sin variaciones sustanciales, siguió este camino, no sin deplorar que las condiciones del país no permitieran ningún avance en el casi medio siglo transcurrido desde la creación del Registro. La inscripción continúa, pues, siendo de carácter facultativo y simplemente transcriptorio del derecho».

¹² En la exposición de motivos del Libro IV del Código Civil de 1936 (loc. cit., pág. 394) se deja constancia de lo siguiente: «No puede dejar de incorporarse al nuevo Código

El art. 1038 establecía que los registros se encontraban bajo la dirección de la Junta de vigilancia, formada por el Ministro de Justicia, quien la presidía, uno de los fiscales en lo civil de la Corte Suprema designado por ella, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, el Decano del Colegio de Abogados de Lima y el director del registro.

Correspondía a la Junta de Vigilancia, según lo dispuesto por el art. 1039, determinar el régimen económico del registro, los libros que deben llevarse, el procedimiento de las inscripciones y de su rectificación y cancelación, el arancel de derechos, las reglas que deben observar los notarios en los contratos inscribibles y todas las demás atribuciones que requiera para la marcha de la institución. Al efecto, debía dictar los reglamentos del caso, sometiendo a la Corte Suprema para su aprobación los que no fueran de orden meramente interno.

Por Acuerdo de la Corte Suprema del 17 de diciembre de 1936 fue aprobado el Reglamento de Inscripciones, con vigencia a partir del 1° de enero de 1937. Posteriormente se dictó el Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Acuerdo de la Corte Suprema de 18 de julio de 1940. Este fue sustituido por un nuevo reglamento general aprobado por la Corte Suprema por acuerdo del 21 de mayo de 1968, el mismo que se mantiene parcialmente vigente a la fecha.

Por decr. ley N° 23095 de 18 de junio de 1980 se crea la Oficina Nacional de los Registros Públicos, reemplazándose a la Junta de Vigilancia por el Tribunal Registral y a la Dirección General por la Jefatura, suprimiéndose la existencia de la denominada Comisión Facultativa.

Civil la institución del Registro de la Propiedad Inmueble establecida por la Ley de 1888. Juzgó la Comisión conveniente agrupar, bajo la denominación de Registros Públicos, el registro inmobiliario con los registros mercantil y de buques de que trata el Código de Comercio, y el de prenda agrícola creado por la ley 2402, al efecto de uniformar el régimen administrativo de todos dichos registros. Incorporada la legislación anterior de la Ley de 1888 en el Título II de esta sección queda ya sin vigencia dicha ley. Cosa igual no sucede con la legislación de los otros registros mencionados, por cuanto correspondiendo a disciplinas civiles especiales siguen vigentes las reglas que respecto de ellos se contienen en el Código de Comercio y en la citada ley 2402, siempre que no se refieren a su vida administrativa y económica. Tal es la doctrina consagrada en el art. 1037 del proyecto. En el art. 1036 se enumeran junto con los registros nombrados los cuatro registros de nueva creación, que son: el de las personas jurídicas, el de los testamentos, el de los mandatos y el personal, cada uno de los cuales está tratado en un título de esta sección».

Conforme al Decreto Legislativo N° 117 (ley del Sector Justicia) de 12 de junio de 1981, la Oficina Nacional de los Registros Públicos era el organismo público descentralizado encargado de la inscripción y publicidad de los actos jurídicos que la ley determina, con el objeto principal de otorgar garantías a terceros.

El Decreto Legislativo N° 119 de 12 de junio de 1981 (ley de la Oficina Nacional de los Registros Públicos) restableció la Junta de Vigilancia y la Comisión Facultativa como órganos de la institución, eliminando el Tribunal Registral.

Esta era la situación de los Registros Públicos al tiempo de dictarse el Código Civil de 1984 que les dedica el Libro IX. Debe hacerse notar que el proyecto de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil presentado oficialmente en julio de 1981, no consideraba la regulación del tema, por estimarse que sus alcances trascendían el ámbito del Código Civil y su desarrollo debía ser objeto de una legislación especial separada por tanto del Código. Fue más bien la Comisión Revisora del indicado proyecto, creada por la ley N° 23403, la que decidió la inclusión de un Libro dedicado a los Registros Públicos como parte integrante del Código Civil.

El Libro IX del Código Civil de 1984 está integrado por ocho títulos dedicados sucesivamente a disposiciones generales, registro de la propiedad inmueble, registro de personas jurídicas, registro personal¹³, registro de mandatos y poderes, registro de testamentos, registro de sucesiones intestadas¹⁴ y registro de bienes muebles.

Conforme al art. 2009 del Código, los registros indicados se sujetan a lo dispuesto en él, así como a sus leyes y reglamentos especiales, comprendiéndose a los registros de naves, aeronaves, prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales.

El Código contempla los principios de titulación auténtica (art. 2010), legalidad (art. 2011), publicidad registral -cognoscibilidad ge-

¹³ La ley 26497 Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del 11 de julio de 1995, derogó los arts. 2030 al 2035 del Código de 1984 referidos al Registro Personal. Posteriormente, por ley 26589 de 12 de abril de 1996, se reincorporó el texto de los artículos citados.

¹⁴ La denominación original de este registro era «de declaración de herederos»: Fue sustituida por la indicada en el texto por mandato de la ley 26707 de 11 de diciembre de 1996.

neral- (art. 2012), legitimación (art. 2013), fe pública registral (art. 2014), tracto sucesivo -inscripción de acto previo- (art. 2015), prioridad preferente (art. 2016), impenetrabilidad -prioridad excluyente- (art. 2017) y oponibilidad (art. 2022).

En aplicación de lo establecido en la ley N° 24650 de Bases de Regionalización, vigente a partir del 5 de abril de 1987, los gobiernos regionales tenían como funciones, en materia de registros, la organización y conducción de los registros públicos a que se refiere el Libro IX del Código Civil y otras leyes especiales, así como la supervisión y resolución de los asuntos relacionados con los mismos, con sujeción a la legislación sobre la materia (art. 8, inciso II, numeral 1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Bases de Regionalización N° 24650, aprobado por Decreto Supremo N° 071-88-PCM de 12 de junio de 1988, derogado por la Ley Marco de descentralización N° 26922 de 2 de febrero de 1998).

Como consecuencia de lo indicado, y en mérito a la creación de las distintas regiones, se produjo la transferencia a los gobiernos regionales de las funciones, personal, recursos materiales, presupuestales y financieros y acervo documental de las oficinas de los Registros Públicos ubicadas en su ámbito de competencia territorial. Así, fueron organizadas las Oficinas Registrales de las Regiones Grau, La Libertad, Nor Oriental del Marañón, Chavín, Los Libertadores-Wari, Arequipa, José Carlos Mariátegui, San Martín, Andrés Avelino Cáceres, Inka, Loreto y Ucayali. Ello condujo al hecho de que la Oficina Nacional de los Registros Públicos quedara reducida al ámbito territorial de Lima y Callao, comprendiendo sólo su sede central y las oficinas registrales de Lima, Callao, Huaral, Huacho y Cañete.

Tal circunstancia explica que, por decr. ley 25993 de 21 de diciembre de 1992 (Ley Orgánica del Sector Justicia), se derogara los Decretos Legislativos N° 117 y 119 mencionados anteriormente, creándose la Dirección Nacional de Registros Públicos y Civiles, en sustitución de la Oficina Nacional de los registros Públicos, y constituyéndose en un órgano de línea del Ministerio de Justicia.

Según el art. 22 del decr. ley 25993, la Dirección Nacional era la encargada de proponer la política, normar, organizar y supervisar el sistema registral a nivel nacional, así como de ejecutar en el departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao las cuestiones sustantivas y procesales relativas a los registros públicos a que se refiere el Libro IX del Código Civil y los que determine la ley.

El art. 23 se refería a la Junta de Vigilancia, estableciendo su integración, y la definía como el órgano encargado de resolver en última instancia administrativa los recursos de revisión de las decisiones de la Comisión Facultativa.

El art. 24, por su parte, se ocupaba de la Comisión Facultativa, señalaba cómo estaba conformada y la definía como el órgano jurisdiccional de segunda instancia administrativa, al que correspondía conocer, en grado de apelación, las denegatorias de inscripción y demás actos registrales.

Mediante la ley 26366 del 14 de octubre de 1994, actualmente vigente, se creó en el Perú el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

El Sistema Nacional referido tiene por propósito integrar a todos los registros públicos de seguridad jurídica existentes en el país, con excepción, de acuerdo con el párrafo final del art. 2 de la ley N° 26366, de los normados por las Decisiones N° 291 (Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías), 344 (Régimen común sobre propiedad industrial), 345 (Régimen común de protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales) y 351 (Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos) de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En ese orden de ideas los registros son agrupados de la siguiente manera:

- Registro de Personas Naturales, que comprende los de Mandatos y Poderes, Testamentos, Sucesiones Intestadas, Personal y de Comerciantes.
- Registro de Personas Jurídicas, que comprende los de Personas Jurídicas (Asociaciones, Fundaciones y Comités), Sociedades Civiles, Sociedades Mercantiles (Sociedades Anónimas, Comerciales de Responsabilidad Limitada, Colectivas y en Comandita), Sociedades Mineras, Sociedades del Registro Público de Hidrocarburos, Personas Jurídicas creadas por ley y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.
- Registro de Propiedad Inmueble, que comprende los de Propiedad Inmueble, Buques, Embarcaciones Pesqueras, Aeronaves, Derechos Mineros y Concesiones para la explotación de servicios públicos.
- Registro de Bienes Muebles¹⁵, que comprende los de Bienes Muebles, Propiedad Vehicular, Fiscal de Ventas a Plazos, Prenda Industrial,

¹⁵ Conviene indicar que en el proyecto de reforma del Libro IX del Código Civil de 1984, los registros de propiedad inmueble y bienes muebles quedan integrados en uno solo

Prenda Agrícola y Prenda Minera. Aquí se incluye también el Registro de prenda global y flotante.

- Los demás Registros de carácter jurídico creados o por crearse.

El sistema registral peruano no se circunscribía, a la entrada en vigencia de la ley N° 26366, a los Registros usuales de Propiedad Inmueble, Mercantil, Mandatos y Poderes, etc., sino que existían otros, también de carácter jurídico, que se encontraban bajo el ámbito de dependencia de algún Ministerio y que normativamente estaban sujetos a sus propias disposiciones legales especiales. Era el caso de los Registros de Propiedad Vehicular, Fiscal de Ventas a Plazos, General de Pesquería, Hidrocarburos y Aeronaves, todos los cuales ya han quedado incorporados al Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Igualmente se ha producido la incorporación del área registral del Registro Público de Minería, conforme al mandato de la Primera Disposición Transitoria de la ley N° 26615, una vez realizada la integración definitiva de las concesiones al catastro minero nacional, para lo cual se estableció un plazo no mayor de cuatro años a partir de la vigencia de la referida ley, plazo que se cumplió el 25 de mayo de 2000.

Es indudable que la proliferación de Registros, cada uno de ellos sometido a sus propias normas pero sin integrarse en cuanto a sus elementos comunes a la legislación registral general, no podía contribuir a la unidad y coherencia necesarias de las actividades registrales, sino al desmembramiento de la institución. Tal circunstancia conspiraba, además, contra la posibilidad de una interconexión de los Registros nacionales.

Con la ley N° 26366 no se trató de hacer de los diversos Registros uno solo, eliminando mediante la unificación la identidad de cada cual. Por el contrario, lo que se buscó fue integrarlos de tal forma que los diversos registros formaran parte de un único sistema, reconociendo sus diferencias y particularidades.

La integración de los diversos Registros mencionados en un Sistema Nacional de los mismos tiene grandes ventajas.

denominado «Registro de bienes»; no de propiedad, pues no es éste el único derecho susceptible de ser constituido sobre los mismos. Conforme al indicado proyecto, el Registro de bienes comprende los Registros de Propiedad Inmueble, Embarcaciones Pesqueras, Buques, Aeronaves, Derechos Mineros, Propiedad Vehicular y Bienes Muebles (art. 2008, inciso 1).

A nivel normativo, permite establecer normas comunes y procedimientos similares. En el orden administrativo, hace posible racionalizar la administración de los Registros. En lo económico, se ofrecen las condiciones necesarias para el mejor equipamiento y organización de los Registros. En cuanto a lo funcional, permite centralizar la información que se requiere para los diferentes actos involucrados. Finalmente, a nivel geográfico, posibilita la interconexión de los Registros, contribuyendo a la integración geográfica del país.

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) es un organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos. Tiene personería jurídica de Derecho Público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico-registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

A la Superintendencia le compete, por mandato de la ley referida, dictar las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos. Se encuentra encargada de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema.

Con arreglo a la ley N° 26366, las distintas oficinas registrales existentes en el país constituyen órganos públicos desconcentrados de la Superintendencia Nacional. Existen doce oficinas registrales, además de la Oficina Registral de Lima y Callao (O.R.L.C.). Esta última concentra aproximadamente el 60% de la demanda de servicios registrales de todo el país.

Cada una de ellas cuenta con oficinas registrales provinciales que hacen un total de sesenta. Las oficinas registrales son los órganos encargados de ejecutar las labores de inscripción y publicidad registral.

El art. 5 de la ley N° 26366 estableció que los registros públicos mantendrían la primera y segunda instancias administrativas registrales, dejándose sin efecto las normas que establecieron una tercera instancia¹⁶. Quedó de este modo suprimida la Junta de Vigilancia como tercera instancia registral.

¹⁶ En atención a ello, a partir de 1995 funcionaba en cada oficina registral un tribunal constituido por una sala compuesta de tres vocales, que operaba sólo de manera eventual. Singularmente, en el caso de la O.R.L.C., el tribunal contaba con dos salas, desarrollando sus actividades de modo permanente. La Resolución N° 092-2000-SUNARP/SN del 11 de mayo de 2000 dispuso disolver los tribunales de las oficinas

Finalmente, la misma ley define como garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos (art. 3):

a) La autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales;

b) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme;

c) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro; y

d) La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley.

V. Clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad: del Código Civil de 1852 al Código Civil de 1984

a. El Código Civil de 1852

Este Código definía en su art. 454 que «las cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales e incorporales. Corporales son las que percibimos con los sentidos; las demás son incorporales, como los derechos y acciones»¹⁷.

registrales del país, con excepción del correspondiente a la O.R.L.C., a partir del 1° de junio de 2000. Adicionalmente, ordenó la organización del Tribunal Registral del Norte, con sede en Trujillo, con competencia para conocer de las apelaciones provenientes de las oficinas registrales de La Libertad, Nor Oriental del Marañón, Chavín, San Martín y Grau; y el Tribunal Registral del Sur, con sede en Arequipa, para conocer de las apelaciones provenientes de las oficinas registrales de Arequipa, José Carlos Mariátegui e Inka. Finalmente, dispuso que el Tribunal Registral de la O.R.L.C. se constituya como Tribunal Registral del Centro, con sede en Lima, y con competencia para conocer las apelaciones procedentes de las oficinas registrales de Lima y Callao, Ucayali, Loreto, Andrés Avelino Cáceres y Libertadores-Wari.

¹⁷ El art. 1249 establecía: «Pueden ser objeto de contrato, todas las cosas que están en el comercio de los hombres, sean corporales o incorporales, presentes o futuras». Acerca del concepto de cosa, confróntese el texto *Nuevas categorías de cosas*, de Enrique Carlos BANCHIO, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, 1962.

El art. 455 distinguía las cosas corporales en muebles e inmuebles: «muebles, las que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro; las demás son inmuebles».

Entre los inmuebles, el art. 456 incluye los campos, estanques, fuentes, edificios, molinos y, en general, cualquier obra construida con adherencia al suelo, para que permanezca allí mientras dure (inciso 1).

Igualmente los frutos pendientes y las maderas antes de cortarse; los ganados y demás objetos que hacen parte del capital de un fundo; las cañerías, las herramientas, las prensas, las calderas, las semillas, los animales dedicados al cultivo, y todos los objetos destinados al servicio de la heredad (inciso 2).

Finalmente, se incluyen los materiales que han formado un edificio y que están separados de él mientras se repara, y todas las cosas colocadas en el fundo, para que permanezcan en él perpetuamente (inciso 3).

Adicionalmente, el art. 458 distingue los bienes en fungibles y no fungibles, pero confundiéndolos con los consumibles y no consumibles, respectivamente. En efecto, la indicada norma señala: «Son fungibles las cosas que se consumen con el uso; y no fungibles las cosas que no se consumen aunque se deterioren con el uso».

Finalmente, el art. 459 se refiere a las cosas públicas, comunes, de particulares, destinadas al culto y de ninguno, definiendo estas últimas como «las que no están en propiedad de nadie o se hallen vacantes».

La transferencia de las cosas tenía en el Código de 1852 carácter consensual.

Conforme al art. 1232, «todo contrato sobre traslación de dominio de un inmueble, debe constar de escritura pública; cualquier otra prueba es subsidiaria». La escritura pública no tenía, por tanto, el carácter de formalidad sustancial, sino de medio de prueba privilegiado de la existencia del acto. Por ello, la eventual declaración de nulidad de la escritura pública no afectaba el contrato (art. 1233).

El art. 574 puntualizaba que «la enajenación se completa por la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño».

El carácter consensual de la enajenación por venta quedaba corroborado con el art. 1306, según el cual «desde que los contratantes convienen en la cosa y en el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni éste pagado». La norma tenía su antecedente en el art. 1583 del Código Civil Francés.

El art. 1308 reiteraba el concepto anterior al establecer que «en la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio».

Se distinguía sí el caso de la venta condicional, en la cual «tanto la propiedad como los demás efectos del contrato, se arreglarán a los principios generales sobre las condiciones de los contratos» (art. 1309).

Igualmente se trataba el supuesto en el cual la fijación del precio se sometía al arbitrio de un tercero, estableciéndose que sólo desde que era fijado el precio y se notificaba a los contratantes, se producía la transferencia de propiedad al comprador (art. 1319).

El carácter consensual de la enajenación por venta y la condición de formalidad no sustancial de la escritura pública lo confirmaba el art. 1331, particularmente referido a la venta de inmuebles, acciones, servidumbres y demás derechos sobre inmuebles, de la que «debe otorgarse escritura de registro público; sin que por esto sea requisito del contrato, ni su falta o dilación lo invalide», autorizándose a los contratantes a exigirse, en su caso, el otorgamiento de la escritura (art. 1332).

En materia de permuta, el art. 1530 establecía que «se constituye por solo el convenio de las partes; la entrega es su cumplimiento».

A propósito de la donación, se señala que por ella se transfiere gratuitamente a otro el dominio de una cosa (art. 579), agregándose en el art. 581, primer párrafo, que «la donación entre vivos se perfecciona con la aceptación del donatario, o con la entrega de la cosa».

b. El Código Civil de 1936

Este Código, por su parte, a diferencia de su antecesor el Código de 1852¹⁸, no se refería a las cosas sino a los bienes, distinguiéndolos en

¹⁸ Por Decreto Supremo del 26 de agosto de 1922, dictado por el Presidente Augusto B. Leguía, se dispuso «nombrar una Comisión que llevará el título de 'Comisión Reformadora del Código Civil Peruano', que se encargará de formular un proyecto de reforma de las instituciones civiles del Código promulgado el 28 de julio de 1852". Mediante Resolución Suprema de la misma fecha fueron nombrados como miembros de la Comisión los doctores Juan José Calle, Manuel Augusto Olaechea, Pedro Oliveira, Alfredo Solf y Muro y Hermilio Valdizán. Por ley 8305 del 2 de junio

muebles, inmuebles, del Estado, de uso público y de propiedad privada o de los particulares. No obstante, en otros artículos del mismo Código calificaba a los muebles e inmuebles como cosas (por ejemplo, en los arts. 877 y 1172, respectivamente) ¹⁹.

El art. 819 consideraba muebles los siguientes bienes:

1. Los bienes que pueden llevarse de un lugar a otro;
2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación;
3. Las construcciones en terreno ajeno hechas para un fin temporal;
4. Las acciones o cuotas de las sociedades o compañías, aun cuando ellas tengan por objeto adquirir inmuebles, o la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes;
5. Los derechos comprendidos en la propiedad literaria y artística y en la propiedad industrial;
6. Los derechos referentes a muebles, dinero, servicios y a inmuebles, si no son de los comprendidos en el inciso 8 del art. 812;
7. Las rentas de obligaciones emitidas conforme a ley, salvo lo que se establezca en las leyes del crédito público.

de 1936 se autorizó al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de Código preparado por la Comisión Reformadora, introduciendo las reformas que estime convenientes, de acuerdo con la Comisión designada por el Congreso Constituyente. La Comisión Revisora del proyecto fue presidida por el Ministro de Justicia Diómedes Arias Schreiber y estuvo integrada por tres miembros de la Comisión Reformadora, los doctores Olaechea, Solf y Muro y Oliveira, y por Julio C. Campos, Germán Aparicio y Gómez Sánchez, Carlos Sayán Alvarez, Ernesto de la Jara y Ureta, Rosendo Badani Chávez, Félix Cossio, Lucio Fuentes Aragón, Carlos A. Lozano y Emilio Romero Padilla. El Código fue promulgado mediante Decreto de 30 de agosto de 1936 y entró en vigencia a partir del 14 de noviembre del mismo año.

¹⁹ En la exposición de motivos del Libro IV del Código Civil de 1936 se lee lo siguiente (loc. cit., pág. 366): «El Código de 1852 en su art. 455, siguiendo la teoría clásica de los romanos, aplica la clasificación de muebles e inmuebles a las cosas corporales, y califica como inmuebles las cosas que resultan eliminadas del concepto que da de los muebles, es decir de aquellas que sin alteración pueden ser llevada de un lugar a otro. La enumeración que se hace en el art. 456 altera sustancialmente las ideas anteriores, extendiendo el concepto de los inmuebles a las partes integrantes y a los accesorios de este género de cosas y con la cuales forman su unidad indisoluble. El proyecto innova esta técnica y siguiendo la de los códigos modernos contiene una doble enumeración, que suministra un criterio preciso para la distinción en materia tan importante para el crédito y el desarrollo de los negocios».

A su turno, el art. 812 consideraba inmuebles:

1. Las tierras, minas y aguas públicas;
2. Los predios;
3. Las minas concedidas a los particulares;
4. Las naves y aeronaves;
5. Los ferrocarriles y sus vías;
6. Los muelles y los diques;
7. Las concesiones y autorizaciones para explotar servicios públicos;
8. Los derechos sobre inmuebles, inscribibles en el registro de la propiedad.

Como puede advertirse, la distinción entre muebles e inmuebles no respondía a la movilidad o no de los bienes. Es notorio, por citar uno, el caso de las naves, cuya ubicación entre los inmuebles se explica por dos circunstancias: en primer lugar, la dación de la ley de hipoteca naval de 30 de diciembre de 1916, que abrió la posibilidad de constituir esa garantía real respecto de los buques mercantes con arreglo a las disposiciones de la indicada ley; y, en segundo lugar, el hecho de que el Código de 1936 no contempló la existencia de una modalidad de prenda con registro, lo que hubiera hecho innecesario desnaturalizar el concepto de bien inmueble.

En materia de inmuebles, el art. 1172 del Código de 1936 precisaba que «la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario».

La referencia al pacto en contrario aludía a la reserva de propiedad prevista en el art. 1426, así como a la simple estipulación estableciendo un momento distinto para operar la transferencia de propiedad.

A propósito de los bienes muebles, en cambio, no había pronunciamiento claro y explícito del Código en algún sentido.

No aparecía en él un artículo considerado en los trabajos preparatorios, cuyo antecedente era el art. 577 del Código Civil Argentino: «Antes de la tradición de la cosa mueble cierta, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real»²⁰.

²⁰ El primer anteproyecto de la Sección Segunda del Libro Quinto del Código Civil incluía el texto transcrito como art. 121 (Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora,

La falta de esta norma dio lugar a un interesante debate doctrinario que se extendió por muchos años, hasta la derogación del Código de 1936, entre quienes postulaban que los bienes muebles se transferían consensualmente y aquellos que, por el contrario, sostenían la necesidad de la tradición para ello.

En este estado se encontraba la cuestión al abordarse la labor de reforma integral del Código Civil de 1936.

c. La reforma del Código Civil de 1936. El Código de 1984

Por Decreto Supremo N° 95 del 1° de marzo de 1965 se creó la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936.

Esta Comisión concluyó en julio del año 1980 la formulación de un Proyecto de Código Civil, del cual merece destacarse lo siguiente, en relación con la materia que se analiza:

- Los bienes fueron clasificados en registrados y no registrados, pudiendo ser estos últimos registrables y no registrables (art. 938).
- Los bienes registrados eran los que se encontraban incorporados a alguno de los registros existentes en el país. Los registrables eran aquellos bienes que, por ser identificables, podían ser objeto de registro (arts. 939 y 940).
- La adquisición convencional de los bienes registrados se perfeccionaba con su inscripción en el registro respectivo (art. 978).
- La adquisición convencional de los bienes no registrados se perfeccionaba con la tradición (art. 979).
- La prenda se constituiría sobre bienes no registrados (art. 1094).
- La hipoteca se constituiría sobre los bienes registrados (art. 1117).
- Se omitía toda regulación sobre los registros públicos.

5° fascículo, 2ª edición, Lima, Imprenta C. M. Castrillón, 1928, pág. 121). El artículo se mantiene como 112 en el segundo anteproyecto (Lima, Imprenta Minerva, 1926, pág. 18), pero ya no aparece en el proyecto de Código Civil publicado en 1936 (Lima, Librería e Imprenta Gil, 1936). El art. 577 del Código Civil Argentino señala: «Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real»

Por ley N° 23403 se facultó al Poder Ejecutivo para promulgar, dentro del período constitucional, mediante Decreto Legislativo, el Código Civil cuyo Proyecto había preparado la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936.

Para este efecto se dispuso la formación de una Comisión Revisora, integrada por tres Senadores, tres Diputados y tres Abogados designados por el Ministerio de Justicia, la que se encargaría de introducir las reformas que estimare pertinentes a ese proyecto.

La Comisión Revisora formuló las siguientes enmiendas al Proyecto ²¹, que finalmente quedaron incluidas en el texto final del Código Civil que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984:

- Los bienes son clasificados en muebles e inmuebles (arts. 886 y 887 del Proyecto; 885 y 886 del Código) ²².
- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (arts. 926 del Proyecto y 947 del Código) ²³.
- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (arts. 925 del Proyecto y 949 del Código).
- La prenda se constituye sobre los bienes muebles mediante su entrega física o jurídica.

La entrega será física en el caso de los bienes muebles no registrados y jurídica en el caso de los bienes muebles registrados, donde la pren-

²¹ Las enmiendas aparecen en el denominado «Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora», publicado en el mes de febrero de 1984 en el diario oficial El Peruano.

²² El Código de 1984 ha mantenido las naves y aeronaves entre los inmuebles (art. 885, inc. 4), lo que carece de toda justificación si se tiene en cuenta que dicho Código, a diferencia del de 1936, contempla la prenda con registro, denominándola «prenda con entrega jurídica». Según el art. 1059 del Código: «Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo».

²³ De este modo se zanjó la discusión suscitada durante la vigencia del Código de 1936 acerca de la transferencia de propiedad de los bienes muebles ante la falta de un pronunciamiento explícito sobre el particular.

da surtirá efecto sólo desde su inscripción en el registro respectivo (arts. 1043 y 1048 del Proyecto y 1055 y 1058 del Código).

- La hipoteca se constituye sobre los bienes inmuebles (arts. 1075 del Proyecto y 1097 del Código).
- Se dedica el Libro IX del Proyecto a los Registros Públicos (arts. 1964 a 2001 del Proyecto y 2008 a 2045 del Código).

La solución propuesta por la Comisión Revisora respecto de la transferencia de la propiedad inmobiliaria, que es la del Código vigente, no significó otra cosa que admitir en la práctica que, aun cuando habían transcurrido a esa fecha casi cien años del establecimiento del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, no habían variado las circunstancias y no era posible introducir cambios en el régimen registral vigente.

Sin embargo, ya para ese entonces se postulaba, por ejemplo por Romero Romaña ²⁴, que *«es inadmisibile que subsista para la contratación de inmuebles el régimen actual de tener que estudiar títulos de propiedad de treinta o más años, no obstante estar inscrito el dominio en el registro de la propiedad. Ha debido hacerse el mayor esfuerzo para lograr el mejoramiento de ese organismo, de tan capital importancia para la propiedad inmueble. Nuestro registro es de tal manera deficiente que ni siquiera tiene adscritos ingenieros para que constaten la exactitud de las características que se atribuyen al inmueble, existiendo justificadamente el peligro de que se lleven a cabo inscripciones erróneas y aun de propiedades o construcciones que no existen. No creemos que sea acertado cruzarse de brazos, sino -por el contrario- que debe hacerse el mayor esfuerzo para facilitar y mejorar las inscripciones, hasta que pueda establecerse un sistema más avanzado, como es el Torrens»*.

Los argumentos que sustentaban el régimen finalmente adoptado por el Código de 1984, que en lo fundamental no diferían de los invocados en su momento por el codificador de 1936, no son hoy día obstáculos que no puedan vencerse.

²⁴ Eleodoro ROMERO ROMAÑA, *Los derechos reales*, Lima, P.T.C.M., 1947, pág. 428.

d. La transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles en el Código Civil de 1984

De conformidad con el art. 949 del Código Civil de 1984, «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Este artículo mejora sustancialmente la redacción del art. 1172 del Código Civil de 1936²⁵, sustituyendo la expresión genérica «la sola obligación de dar» contenida en él, que podía inducir a error respecto a sus alcances, por la frase «la sola obligación de enajenar».

Las relaciones obligatorias con prestación de dar no tienen por objeto sólo transferir el dominio de un bien, sino que también pueden versar acerca de la transferencia de su uso o posesión o de su restitución a su propietario. A pesar de esta circunstancia y del texto del art. 1172 citado, éste debía entenderse aplicable únicamente a la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles y no regía para cierta clase de contratos, como los de arrendamiento o comodato, por ejemplo, regulados por sus propias normas.

La redacción del art. 949 circunscribe el ámbito de su aplicación y aclara definitivamente sus alcances. Debe relevarse, además, su actual ubicación en el Libro V dedicado a los derechos reales (Subcapítulo IV - Transmisión de la propiedad - del Título II) y no en el Libro relativo al Derecho de Obligaciones, como ocurría en el Código de 1936.

Del art. 949 se deriva que la creación de la relación obligatoria, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, creada la relación obligatoria como resultado del acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor, no solamente habrá surgido un derecho al bien para el acreedor (*ius ad rem*), sino que simultáneamente éste adquirirá la propiedad (*ius in re*). Empero, siempre se hará necesaria la entrega material o ficta para transferir la posesión del bien, con lo que además quedará ejecutada la prestación de dar de cargo del deudor.

²⁵ El art. 1172 del Código Civil de 1936 establecía que «la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario».

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del art. 949, el pacto de reserva de propiedad regulado por los arts. 1583 a 1585 del Código Civil y la «disposición legal diferente» a la que hace mención aquél. A este respecto es preciso puntualizar que la expresión «salvo disposición legal diferente» no puede entenderse referida al caso previsto por el art. 1135 del Código Civil²⁶, sino a supuestos en los que la ley establece modos distintos de adquisición de la propiedad inmobiliaria²⁷.

El art. 1135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que origine una relación obligatoria con prestación de dar: contratos de donación o de arrendamiento -cuando el supuesto no fuese el previsto por el art. 1670 del Código-, por ejemplo, y no exclusivamente el de compraventa), y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título, está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble²⁸. El artículo ofrece, por tanto, una solución

²⁶ El art. 1135 prescribe lo siguiente: «Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe, cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua». El artículo tiene su antecedente en el art. 1174 del Código Civil de 1936, que a su vez se inspiró en el art. 596 del Código Civil Argentino.

²⁷ Como ocurre en el caso de las embarcaciones pesqueras. El art. 55 del decr. ley 25977 General de Pesca de 7 de diciembre de 1992, estableció que «el reglamento establece los requisitos, procedimientos y efectos de las inscripciones». Dicho Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-PE, del 14 de enero de 1994, señala en el primer párrafo de su art. 161 que «las inscripciones realizadas en el Registro General de Pesquería tienen efecto constitutivo entre las partes y frente a terceros». En los mismos términos se pronunciaba con anterioridad el art. 8 del Reglamento del Registro General de Pesquería, aprobado por Decreto Supremo N° 007-89-PE del 11 de mayo de 1989.

²⁸ Se otorga así primacía al principio «*vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*» en oposición al «*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*», Digesto, 50,17, 54-.

obligacional al caso del concurso de acreedores y no una de carácter real al de pluralidad de propietarios. En consecuencia, no es exacto, como alguno ha afirmado, que el art. 1135 otorgue a la inscripción la calidad de «modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria»²⁹.

Conforme a lo expuesto hasta aquí resulta entonces que no es el solo consenso el que determina la transferencia de la propiedad, sino el hecho de crearse la relación obligatoria como consecuencia de la celebración del contrato, es decir, la circunstancia de producirse su efecto (la obligación).

Por tanto, no se exige la inscripción en el Registro para que la transferencia de propiedad opere. Esta se produce extrarregistralmente.

Hasta la fecha, en el Perú, el Registro no tiene otro significado que servir de aviso para los terceros³⁰.

VI. La reforma del Código Civil de 1984

Cuando en 1984 se promulgó y entró en vigencia el Código Civil, los Registros Públicos eran sin duda distintos a los actuales. El transcurso de los años fue agudizando los defectos, conforme se ha explicado anteriormente, al punto que cuando se dictó la ley 26366 que creó el Sistema Nacional y la Superintendencia Nacional, los Registros Públi-

²⁹ Confr. *Biblioteca Para leer el Código Civil*, vol. I, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1ª edición, 1984, pág. 186.

³⁰ Además del caso mencionado en la nota 27, el Registro tiene carácter constitutivo únicamente para la hipoteca, tratándose de inmuebles (art. 1099, inciso 3, del Código de 1984), y para la prenda con entrega jurídica que se constituye sobre bienes muebles registrados (arts. 1058, inciso 3, y 1059 del mismo Código). De otro lado, la ley 27181 General de Transporte y Tránsito Terrestre de 7 de octubre de 1999, establece en su art. 34 -*De la transferencia de propiedad, constitución de garantías y actos modificatorios*-, numeral 1, que «la transferencia de propiedad y otros actos modificatorios referidos a vehículos automotores se formaliza mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular». Seguramente la intención del legislador fue consagrar el carácter constitutivo del Registro para los casos previstos en la norma. Lamentablemente, la frase «se formaliza» que emplea el art. 34.1 citado, no contribuye precisamente a persuadir de ese propósito. Todo lo contrario.

cos se encontraban considerados entre las instituciones más corruptas e ineficientes del Perú, particularmente debido a la carencia de idoneidad moral y técnica por parte de un número considerable de sus servidores, a la falta de una apropiada organización administrativa y a la ausencia de una infraestructura adecuada, requisitos básicos que caracterizan a un óptimo sistema registral.

Transcurridos casi dieciséis años de la vigencia del Código Civil de 1984, la situación de los Registros Públicos es muy distinta, habiéndose emprendido el camino de la modernización, orientada a la búsqueda de la excelencia profesional del personal, a la óptima atención del usuario de los servicios registrales y a la utilización de sistemas automatizados en todos los niveles de la actividad registral, con el propósito de contar con un sistema registral eficiente y moderno.

La desconfianza que inspiraban los Registros Públicos al tiempo de redactarse el Código Civil de 1984, explica que en materia de propiedad inmobiliaria no se consagrara el carácter constitutivo del Registro de manera general.

De nada habían servido en 1984 casi cincuenta años de vigencia del Código de 1936 y casi cien de la implantación del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú. No obstante el tiempo transcurrido, por lo visto podían seguirse repitiendo los conceptos de Manuel Augusto Olaechea, quien manifestó lo siguiente en la exposición de motivos del Proyecto de Libro V del Código Civil de 1936: *«La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos de pueden sintetizar diciendo que constituye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad. No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente, decía Olaechea en 1936, tiene el gravísimo defecto de ser perso-*

*nal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad ...»*³¹.

Mediante la ley 26394 de 18 de noviembre de 1994, se constituyó una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil. Dicha ley estableció que la Comisión estaría integrada por cuatro representantes del Poder Legislativo designados por la Comisión de Constitución y Reglamento, uno de los cuales la presidiría, y por tres representantes del Poder Ejecutivo designados por el Ministerio de Justicia.

Posteriormente, la ley 26673 de 21 de octubre de 1996 modificó la integración de la Comisión, elevándose a cinco el número de representantes del Poder Legislativo y a ocho el de los representantes del Poder Ejecutivo³².

El inicio del proceso de reforma del Código Civil de 1984 encuentra a los Registros Públicos en una posición privilegiada para asumir nuevas responsabilidades y grandes retos.

Las primeras reflexiones en el seno de la Comisión Reformadora actualmente en funciones a propósito del remozamiento del Libro dedicado a los Registros Públicos en el Código Civil, apuntaban inicialmente a la supresión del libro. Se estimó que la materia debía ser objeto de regulación completa en una ley general de los registros públicos, que comprendiera a la integridad de registros conformantes del Sistema Nacional de los Registros Públicos creado por la ley 26366.

Sin embargo, una evaluación posterior concluyó en la utilidad de mantener el Libro, pero dotándolo de un contenido diferente, en el que

³¹ *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*, Lima, Gil, s.f., págs. 17 y 18.

³² Por Resolución Ministerial N° 253-96-JUS del 25 de octubre de 1996 se designó como representantes del Poder Ejecutivo a los doctores Max Arias Schreiber Pezet, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Fernando Vidal Ramírez y al autor de estas líneas. Posteriormente, por renuncia del doctor Max Arias Schreiber Pezet, fue designado el doctor Guillermo Velaochaga Miranda.

se regularían los distintos principios registrales aplicables a cada uno de los diversos registros. Es en este sentido que ha sido elaborado un proyecto que será sometido a la aprobación de la Comisión Reformadora del Código Civil.

Conviene llamar la atención acerca del hecho de que el texto actualmente vigente del Libro IX del Código Civil regula sólo los registros públicos que tienen que ver con materias contempladas en el Código Civil. Ello explica, por ejemplo, que no se consideren reglas a propósito del Registro Mercantil. Esta situación debe cambiar, de tal modo que las disposiciones del Libro comprendan a la integridad de los registros que componen actualmente el Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Corresponde destacar ahora algunas de las reformas aprobadas o que se encuentran en estudio y que corresponden a las cuestiones objeto de esta exposición.

La primera de ellas es la relativa a la clasificación de los bienes. Como se explicó antes, el Código Civil vigente distingue los bienes en muebles e inmuebles, partiendo tal distinción de un criterio que no toma en consideración precisamente su movilidad o no. De allí que las naves y aeronaves sean consideradas inmuebles, no obstante la evidencia de poder ser trasladados de un lugar a otro, a diferencia de un predio.

A este respecto, la Comisión Reformadora, sobre la base de la propuesta de la Subcomisión de Derechos Reales, ha decidido distinguir los bienes, en primer lugar, en corporales e incorporeales. Los bienes corporales se diferencian, a su vez, en muebles e inmuebles, fungibles, no fungibles, consumibles y no consumibles. Los bienes muebles son aquellos susceptibles de ser movilizadas de un lugar a otro. Los inmuebles son los predios, incluidos sus partes integrantes y accesorios. Las demás categorías de bienes mencionadas no son objeto de definición.

Adicionalmente, se contempla también que los bienes pueden ser registrados o no registrados. Son registrados los bienes incorporados a algún registro de carácter jurídico³³. De este modo, al hacerse referen-

³³ Más propiamente correspondería referirse a los comúnmente denominados registros jurídicos, como registros de seguridad jurídica, de publicidad o de eficacia sustantiva, en oposición a los registros de información administrativa, calificados usualmente como registros administrativos. Sobre las diferencias entre ambos, puede consultarse el texto de

cia a los registros jurídicos, sin distinción alguna, en la norma quedan comprendidos tanto los registros públicos como los privados, de donde resultará, por ejemplo, que serán bienes registrados las acciones de una sociedad anónima inscritas en la matrícula correspondiente con arreglo a la ley de la materia.

Los bienes no registrados, es decir aquellos que no se encuentran incorporados a algún registro, se distinguen a su vez en registrables y no registrables. Serán registrables los bienes susceptibles de ser incorporados a un registro existente por contar con elementos que permiten su individualización. Los no registrables excluyen la posibilidad de acceso al registro por no ser individualizables.

De este modo se otorga a los bienes incorporados en los registros una importancia especial, en la medida en que se reconoce la trascendencia del hecho de encontrarse inscritos y resultar oponibles a terceros los

Manuel AMORÓS GUARDIOLA titulado «La teoría de la publicidad registral y su evolución» (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, págs. 165 a 170), donde resume las reflexiones de Antonio PAU PEDRÓN acerca de la cuestión contenida en su obra *Curso de Práctica Registral* (Madrid, Publicaciones de la Universidad de Comillas, 1995, págs. 21 a 27). Corresponde a Pau la acuñación de la denominación «Registros de seguridad jurídica», en oposición a los «Registros de información administrativa», así como su desarrollo conceptual. Refiriéndose a los registros de publicidad o eficacia sustantiva, AMORÓS GUARDIOLA (op. cit., pág. 31) señala que «*están abiertos al público en general, crean oponibilidad y eficacia frente a terceros, afectan sustancialmente a los efectos de la relación publicada y tienen por finalidad, o bien garantizar la seguridad del tráfico jurídico (Registros de bienes) o servir de prueba privilegiada o título de legitimación respecto a los datos personales inscritos (Registros de personas)*». A propósito de los Registros de información administrativa agrega que «*aunque pueden ser consultados por el público, no producen oponibilidad ni afectan materialmente a los datos publicados y su fin primario es proporcionar información a la Administración, aunque también a veces pueden ser destinatarios de esa información los particulares*». Finalmente indica que «*dentro de los registros de publicidad podemos distinguir: a) Registros de personas (el Registro Civil, por ejemplo); Registros de personas y bienes (Registro Mercantil); Registros de bienes: inmuebles (Registro de la Propiedad), muebles (Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, Registro de venta a plazos de bienes muebles) e inmateriales (Registro de propiedad intelectual)*». AMORÓS GUARDIOLA deja constancia de que el Registro Mercantil es un Registro de personas y bienes «*en su actual organización, en que se inscriben empresarios individuales y sociales junto con buques y aeronaves. Cuando se dé cumplimiento a lo establecido en la disposición final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y se cree el Registro de la Propiedad Mobiliaria, pasará a ser un Registro de personas*».

derechos referidos a los mismos debidamente registrados. Este aspecto se aprecia con mayor intensidad si se considera la propuesta de modificación acerca del tema de la transferencia de la propiedad.

Conforme se expresó precedentemente, el texto vigente del Código Civil establece que los bienes muebles se transmiten por la tradición (art. 948) y los bienes inmuebles mediante la creación de la relación obligatoria que constituye efecto del contrato correspondiente (art. 949). El sistema, particularmente en materia de bienes inmuebles, no ofrece seguridad alguna. El comprador del bien inmueble, con arreglo al art. 949, es efectivamente propietario, pero no plenamente en la medida en que su derecho no puede oponerle a los terceros. Se habla en este sentido de la existencia de una propiedad relativa frente a una absoluta, que sería aquella que cuenta a plenitud con la protección *erga omnes* debido al hecho de haber quedado inscrita.

Ese planteamiento da lugar a que se suscite una cuestión como la de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble y que tenga que establecerse un criterio de preferencia para favorecer al acreedor que actuó con mayor diligencia a fin de asegurar la firmeza de su derecho.

A este respecto, en el proyecto de reforma se ha establecido que la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente. Se agrega que tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente³⁴.

³⁴ Con fecha 17 de mayo de 2000, el Congreso de la República aprobó un proyecto de ley que, entre otros aspectos, incluía la incorporación del art. 883 al Código Civil con el siguiente texto: «Los bienes pueden ser registrados y no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico. La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo lo dispuesto en los arts. 660, 900 y 950. Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición». El proyecto de ley derogaba los arts. 947 y 949 del Código Civil, referidos a la transferencia de propiedad de los bienes mueble e inmuebles, respectivamente, y precisaba que entraba en vigencia el 2 de enero del año 2002. El referido proyecto fue observado por el Presidente de la República. Devuelto el proyecto al Congreso, se aprobó un nuevo texto con modificaciones, que fue nuevamente observado.

Establecidas las cosas de esta manera, tratándose de los bienes registrados, será el Registro el que definirá toda cuestión que pueda suscitarse, de modo que en la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado, tendrá trascendencia sólo el acto que hubiera quedado inscrito, dado el carácter constitutivo de la inscripción. Antes del registro no habrá nada. Esto explica, por ejemplo, que deberá suprimirse la regla del art. 1135 del Código Civil ³⁵ sobre la concurrencia de acreedores respecto de un mismo bien inmueble y deberá modificarse la regla del art. 1136 ³⁶ para hacerla de aplicación a los bienes no registrados en general, sustituyendo la referencia a los bienes muebles contenida en él.

La preponderancia que adquiere el Registro en la propuesta de reforma se ve reflejada también en el ámbito de las presunciones legales vinculadas a la posesión. Así, después de reiterarse el concepto de que se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario, se establece que tal presunción no puede oponerse a la persona con derecho inscrito, circunstancia ésta no establecida en el Código vigente.

A lo indicado se añade una regla según la cual se presume poseedor al propietario con derecho inscrito ³⁷.

³⁵ *Vide supra* nota 26.

³⁶ El texto vigente del art. 1136 señala lo siguiente: «Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua». El artículo tiene su antecedente en el art. 1173 del Código Civil de 1936, que a su vez se inspiró en el art. 593 del Código Civil Argentino.

³⁷ Explica a este respecto Jorge AVENDAÑO VALDEZ («Algunas reformas del Libro de Reales del Código Civil», en *El Código Civil del Siglo XXI*, t. I, Lima, Ediciones Jurídicas, 2000, págs. 616 y 617), que «*actualmente existe en el Código una presunción al revés: al poseedor se le presume propietario, salvo, desde luego, prueba en contrario. Es la presunción de propiedad, que la gran mayoría de los Códigos Civiles del mundo acoge. Pero en el proyecto, sin descartar la presunción de propiedad, se presume que el propietario con derecho inscrito es poseedor. ¿Cuál es la razón de ser de esta presunción? La prescripción adquisitiva no funciona usualmente como un modo de adquirir la propiedad de los bienes inmuebles. Lo frecuente es que*

Un aspecto que merece especial atención es el relativo a la organización de las garantías reales a partir de las clasificaciones de bienes mencionadas anteriormente.

Hoy día, en el ámbito del Código Civil, conforme se ha expresado anteriormente, para los bienes muebles registrados opera la prenda denominada con entrega jurídica, la misma que requiere de la inscripción en el registro correspondiente.

Para los bienes muebles no registrados procede la constitución de la prenda con entrega física, lo que supone la desposesión del bien de manos de su propietario. Finalmente, para los inmuebles corresponde la hipoteca.

Con la nueva clasificación, que distingue los bienes en registrados y no registrados, se hace indispensable la reformulación de este asunto. Tratándose de los bienes registrados, sean éstos muebles o inmuebles, operará la hipoteca. En cambio, tratándose de los bienes no registrados, muebles o inmuebles, procederá la prenda con entrega física.

Se dirá que tal garantía, esto es, la prenda con desplazamiento, resultará inconveniente para el deudor que debe despojarse del bien registrable de su propiedad, un inmueble no inscrito, por ejemplo. Tal vez. Pero para evitarlo, ese deudor tiene en sus manos la posibilidad de incorporarlo al registro correspondiente. Si como resulta evidente hay actualmente un número importante de inmuebles a lo largo de todo el país que no se encuentra registrado, una solución legislativa de esa clase constituiría en el fondo un mecanismo que alentaría la inscripción de inmuebles, generalizándose progresivamente el sistema.

a ella se recurra como medio de prueba de la propiedad. Si no hubiese prescripción adquisitiva, el propietario se enfrentaría a la llamada 'prueba diabólica' del Derecho Romano y le sería imposible probar su derecho. Pero en razón de la existencia de la prescripción adquisitiva, recurre a ésta para probar posesión durante el plazo exigido. Para esto acredita transferencias válidas y suma los plazos posesorios de sus antecesores. Pero para que la prescripción funcione contundente e inobjetablemente como medio de prueba, es necesario que el propietario pruebe la posesión suya y la de quienes lo antecedieron. Esta prueba es frecuentemente muy difícil. Por esto se incluye la presunción, con lo cual el propietario queda eximido de la prueba de su posesión. Se simplifica así la prueba de la propiedad».

A mi juicio, todas estas soluciones supondrán un medio para vigorizar el importante papel que cumplen los registros públicos en la sociedad.

Los cambios legislativos se justifican sólo cuando son necesarios. Los que he descrito tienen en mi opinión ese carácter. No puede olvidarse que el derecho es vida en permanente y constante fluir, por lo que resulta sencillo comprender la necesidad de actualizar -poner al día- la legislación para mantenerla a compás del tiempo, teniendo en cuenta, como presupuesto, las exigencias que impone el orden social.

A este respecto, ha expresado acertadamente el ilustre jurista español don Ramón Serrano Suñer que *«el Derecho, que es rémora detestable y odiosa cuando como reloj parado marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía insustituible de los valores personales cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo»*³⁸.

Sin duda la reforma de la legislación debe descartar por completo como idea inspiradora el mero afán de malabarismo técnico. Si así sucediera, se correría el serio riesgo de que la norma terminara siendo letra muerta debido a su nula correspondencia con la realidad a la que pretende ser aplicada.

Por ello, la prudencia debe presidir necesariamente la labor de reforma. No obstante, sobre este particular considero que debe tenerse muy presente la observación de Luis Diez Picazo cuando señala que *«se degrada la idea de 'prudencia' cuando se la quiere hacer sinónima de cautela, de precaución o de ritmo despacioso. La prudencia verdadera, la 'sofrosiné' clásica, es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin. Pues bien, es claro que cuando lo exijan así las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación. Con un símil automovilístico, en muchos casos lo prudente no es frenar, sino acelerar»*³⁹.

³⁸ Ramón SERRANO SUÑER, *Siete Discursos*, Bilbao, Ediciones FE, 1938, pág. 115.

³⁹ Luis DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, pág. 304.

VII. Necesidad de la implantación del catastro en el Perú

Los registros personales suponen que los actos de constitución, modificación, regulación o extinción de derechos reales se asienten tomando en consideración el nombre del propietario, de modo que en una misma partida registral estén inscritos los distintos inmuebles de los cuales es titular una misma persona.

Este sistema tiene gravísimos inconvenientes, puesto que si se desconoce el nombre del titular se ignorará la ubicación del inmueble. De otro lado, los registros no se encontrarán en aptitud de brindar una información completa sobre todos los derechos reales, cargas o medidas judiciales que recaigan sobre el bien. Por tanto, es más sencillo que el derecho de los terceros pueda verse perjudicado.

Los registros reales, en cambio, tienen como sustento el catastro, es decir el censo de todos los inmuebles de un país.

El catastro comprende muy diversas operaciones. Así, las geométricas, por las cuales es posible establecer la ubicación, medidas y superficie del inmueble. Las económicas, que permiten conocer las formas en que puede ser aprovechado y explotado. Las financieras, para calcular los tributos sobre el valor de la propiedad predial. Las jurídicas, que permiten conocer con toda certeza el estado de los derechos reales sobre un bien ⁴⁰.

En los registros reales aparece inscrito en los libros correspondientes el estado efectivo y la ubicación de los predios, con todos los derechos reales, cargas y gravámenes que pesan sobre ellos, destinándose una partida registral independiente para cada inmueble, en la que constarán los diversos asientos relativos a él.

Como lo recuerda Valiente Noailles ⁴¹, este procedimiento tiene ventajas sobre el registro personal, habiendo sido definido el registro real como la matriculación de cada parcela de terreno en los libros con arreglo

⁴⁰ Luis M. VALIENTE NOAILLES (H.), *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 1958, pág. 529.

⁴¹ Ob. cit., pág. 528.

del catastro, de suerte que todas las búsquedas relativas al estado jurídico de la propiedad tengan como punto de partida el inmueble mismo.

No existe duda de que la única forma de lograr un sistema de publicidad satisfactorio será a través de los registros reales.

El sistema registral peruano se sustenta en diversos principios, entre los cuales hay que destacar el de la especialidad, consagrado por el art. 13 del Reglamento de las Inscripciones ⁴². Por el principio de la especialidad, llamado también del «folio real», el estado jurídicodominial de la unidad inmobiliaria denominada finca se concentra en un solo instrumento (partida registral). En ese folio especial que se dedica a cada inmueble deben constar todos los derechos reales constituidos sobre él y las variaciones que sufra en el tiempo. Este sistema otorga mayor certeza y seguridad a las inscripciones e información que el Registro se encuentra obligado a suministrar. Pero la aplicación del sistema del folio real no es suficiente ⁴³.

Se ha expresado con razón ⁴⁴ que *«para que las constancias del folio real representen una seguridad de la efectividad de los derechos que reflejan, se requiere, desde luego, que ninguna mutación opere sin que se controle que quien transfiere una propiedad, cons-*

⁴² «Art. 13. En el libro denominado 'Registro de Propiedad' se harán los asientos de todos los títulos relativos a las fincas situadas dentro del respectivo distrito, en el primer asiento la historia de dominio o posesión; y en asientos por separado, unos a continuación de otros, se inscribirán las transferencias, hipotecas y demás derechos inscribibles. El primer asiento debe ser la inscripción del dominio o de posesión del inmueble».

⁴³ Conviene advertir que en el Registro de Propiedad Vehicular igualmente se aplica el sistema del folio real. En el Proyecto de reforma del Libro IX del Código Civil de 1984 se establece lo siguiente: «Art. 2019. *Folio real. Especialidad. Actos inscribibles.* Los registros de bienes se rigen por el sistema de folio real. Por cada bien se abrirá una partida registral, en donde se individualizará perfectamente, indicándose sus características y posteriores modificaciones. Asimismo, se inscribirá la primera de dominio, conforme señala el art. 2018, así como los derechos reales que con posterioridad modifiquen la situación jurídica real del bien. (...)».

⁴⁴ Mensaje ministerial de elevación del Proyecto de ley por el cual se establecen las normas a las que deberá ajustarse el funcionamiento de los catastros territoriales (Argentina). En: *Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Zavalía, 1977, págs. 1125 y 1126. El proyecto se convirtió en la ley 20440 de 22 de marzo de 1973.

tituye un gravamen o realiza un acto similar, procede en virtud de un título jurídico suficiente, como también que en el respectivo acto jurídico se han observado las formas legales ⁴⁵. Pero además se requiere que el inmueble objeto del derecho reflejado en el folio haya sido precisamente identificado y ubicado. La primera función, de control de los antecedentes jurídicos del título y de las formas del acto de mutación, la cumple el propio registro inmobiliario. La segunda función es ajena al registro inmobiliario y debe ser cumplida por el catastro territorial».

Por ello, es preciso llevar adelante la ejecución del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se logrará determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad ⁴⁶.

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño. Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible.

No se entienda por esto, sin embargo, que el catastro es un mecanismo de desenvolvimiento relativamente reciente. Muy por el contrario, su origen se encuentra en Egipto ⁴⁷, habiéndose aplicado en Babilonia, Asiria, Grecia y Roma ⁴⁸.

⁴⁵ Esto supone la aplicación del principio de legalidad, que el sistema registral peruano tiene consagrado en los arts. 2011 del Código Civil y IV del Título Preliminar del Reglamento de los Registros Públicos.

⁴⁶ En la actualidad, en el Perú, el Registro Predial, que tiene jurisdicción sobre los predios correspondientes a pueblos jóvenes, urbanizaciones populares y predios rurales, cuenta con un sistema que combina los aspectos propiamente registrales con una base geográfica (catastro). Lo deseable es que un sistema de esas características se extienda a todo el universo inmobiliario del país.

⁴⁷ Confr. Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en las sociedades antiguas. El Egipto Faraónico», Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1993.

⁴⁸ A propósito de la etimología de la palabra *catastro*, señala PARDO MÁRQUEZ lo siguiente (ob. cit., pág. 142, nota a pie de página): «del latín *catastrum*; en el bajo latín se acepta la procedencia de *capistratum* (*capitas*, *cabida*, *capacidad*); en el griego, *katastizo*,

Ahora bien; para obtener resultados óptimos es preciso lograr una correlación simultánea y armónica entre el registro inmobiliario y el catastro territorial, máxime si aquél se sustenta en el sistema del folio real.

El catastro debe pues convertirse en el soporte fundamental de los registros. *«Cumpliendo funciones distintas, los registros inmobiliarios y los catastros territoriales se complementan recíprocamente. Los catastros complementan los registros proporcionándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos; los registros complementan los catastros informándoles de los derechos reales que puedan llegar a invocarse sobre las cosas inmuebles cuya existencia surge de las mensuras inscriptas»* ⁴⁹.

En opinión de Pardo Márquez ⁵⁰, *«los positivos beneficios que representa el catastro, la función importante en el orden de los derechos privados, se advierte cuando se le considera como un medio eficaz para completar la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Sin catastro, el Registro es imperfecto porque no asegura la realidad física del inmueble. Sólo se refiere a que se ha inscrito una finca con determinada extensión superficial dentro de los linderos que se indican. La minuciosa descripción de las parce-*

distinción por puntos, o katastasis; en el francés antiguo se dijo capdastre; en el francés moderno, cadaastre; en catalán, catastro».

⁴⁹ Mensaje citado en nota 44 (loc. cit., pág. 1126). A decir de HERNÁNDEZ CRESPO (loc. cit., pág. XXXI), *«debidamente coordinado con un catastro fiable, (el Registro) se perfeccionaría en un doble sentido: De una parte porque permitiría que la protección registral además de surtir todos los efectos de la publicidad material en el ámbito del derecho privado, estos efectos y los derivados de la publicidad, también pudieran ser utilizados por las diferentes administraciones públicas de una forma más rápida y general que actualmente. En efecto, en el desarrollo técnico del registro tiene tanta importancia su eficacia autenticadora como la masa de información que suministra y que debe ser conocida y utilizada, cuando ello fuere necesario, en la actuación pública. De otra parte porque la coordinación con un buen catastro facilitaría la inmatriculación, restringiría las cuestiones sobre linderos o superficie, sin eliminarlas totalmente puesto que la decisión definitiva sobre esas cuestiones está reservada a los Tribunales, y, efectivamente, evitaría algunos casos, raros, pero no por ello menos graves, de doble inmatriculación por descuido o, lo que es peor, como consecuencia de una actuación dolosa que puede inhabilitar la protección registral al auténtico titular».*

⁵⁰ Ob. cit., pág. 146.

las de tierras inscritas en el Registro comprobadas en su existencia por el catastro, asegura el dominio sobre el bien por la identificación entre el asiento y el título, produciendo la transformación del título literal en el título real».

Ciertamente son muchas las ventajas de un catastro, pero aparte de las jurídicas, tributarias, etcétera, y debido a la información recogida sobre la riqueza inmobiliaria y su distribución, el catastro puede convertirse en un instrumento decisivo de planeamiento social y económico.

Desde el punto de vista jurídico, sus virtudes son varias:

- Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario.
- Impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco usuales. El sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en la realidad.
- Evitaría o, en todo caso, reduciría al mínimo los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios.
- Evitaría igualmente la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro.
- Suprimiría la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles.
- Debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.
- Permitiría la identificación de las tierras abandonadas.
- Promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias, que aumentarían su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles.

El catastro deberá establecerse con los siguientes propósitos principales:

- Determinar la correcta ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles, con referencia a los títulos jurídicos invocados o a la posesión ejercida.
- Definir el estado parcelario de los inmuebles y regular su desarrollo.

- Conocer la riqueza territorial y su distribución.
- Elaborar datos económicos y estadísticos de base para la legislación tributaria y la acción de planeamiento de los poderes públicos ⁵¹.

Para el efecto será necesario imponer como unidad catastral básica a la parcela.

La parcela es definida como «la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindada por un polígono de límites, perteneciente a un propietario o a varios en condominio, o poseída por una persona o por varias en común, cuya existencia y elementos esenciales consten en el documento cartográfico de un acto de levantamiento territorial inscripto en el organismo catastral ⁵².

El estado parcelario del inmueble será determinado mediante el levantamiento territorial (mensura). Deberá, pues, fijarse la ubicación del inmueble y sus linderos, su situación jurídica, y sus medidas lineales, angulares y de superficie.

La puesta en práctica del catastro debe ser inmediata, pero es imprescindible que vaya acompañada de un fortalecimiento del Registro Inmobiliario. A ello puede contribuir el hecho de establecerse la inscripción como requisito constitutivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

Como explicaba el profesor Oliveira en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, *«el sistema de la inscripción armoniza con el concepto moderno del derecho de propiedad. Cuando se mira este derecho como una relación meramente privada, se puede concebir que se trasmite por efecto de la mera voluntad; pero cuando se le considera como una función social, como una relación pública que interesa a todos, entonces se comprende la necesidad de que en su nacimiento, en su transmisión y en su extinción intervenga el Estado, en su carácter de representante de la colectividad, a fin de prestarle las condiciones necesarias para el cumplimiento de su fin»* ⁵³.

⁵¹ Art. 1° de la ley argentina N° 20440.

⁵² Art. 5° de la ley argentina N° 20440.

⁵³ Actas (*vide supra* nota 20), págs. 31 y 32.

VIII. Palabras finales

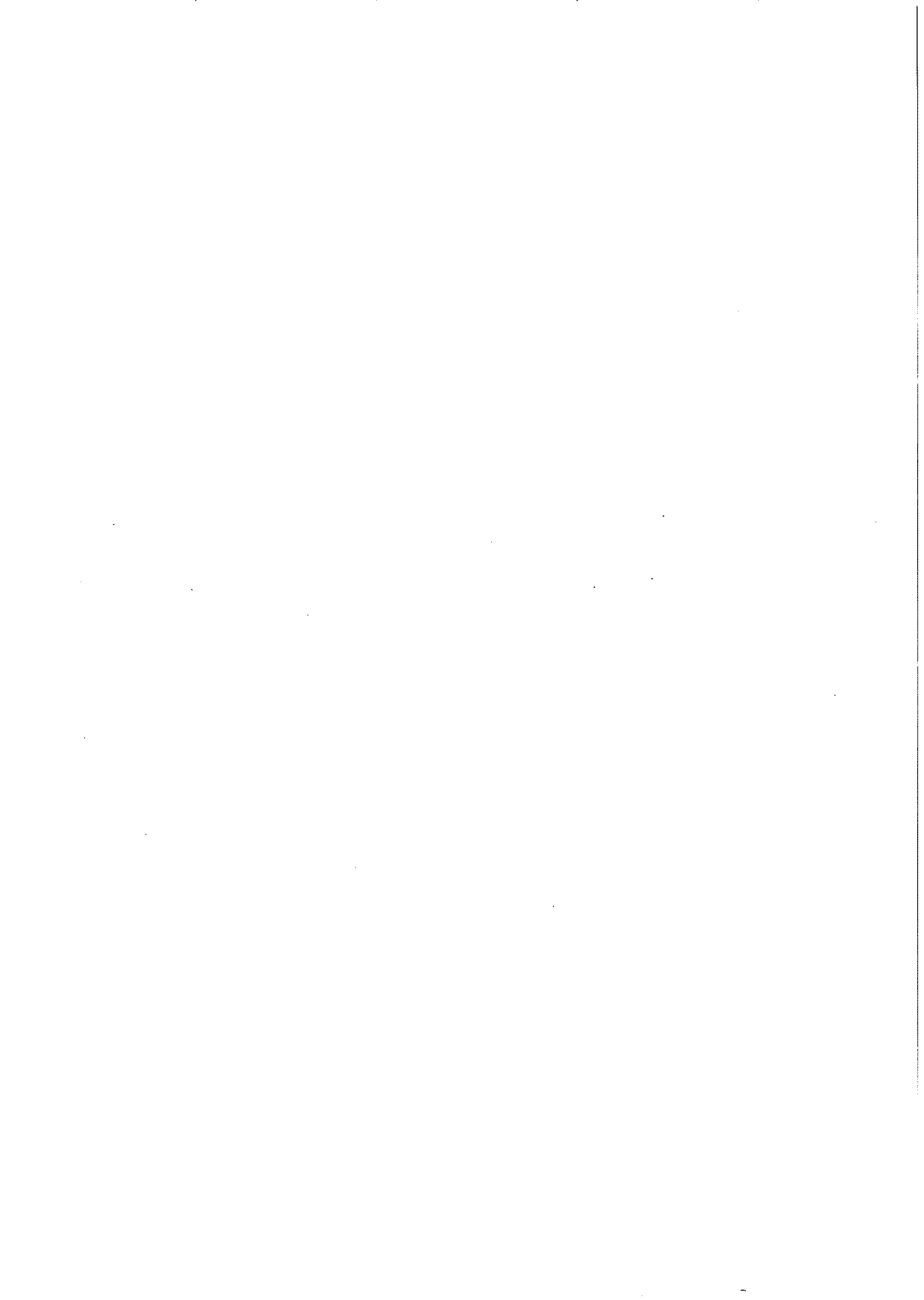
Debo terminar.

Decía don José Ortega y Gasset que la brevedad es la cortesía del orador. Yo he faltado sobradamente a esa recomendación, por lo que resulta aconsejable que concluya.

Lo hago recordando una anécdota que me contó hace ya algún tiempo el profesor José María Castán Vázquez. En cierta ocasión don Miguel de Unamuno, después de ser distinguido con una condecoración, pidió audiencia al Rey Alfonso XIII para expresarle su agradecimiento. Cuando se celebró la reunión le manifestó su gratitud por la condecoración recibida, agregando que la merecía. Sorprendido, el monarca le contestó que lo usual era que quienes recibían una condecoración semejante dejaran siempre constancia de no ser merecedores de ella, a lo que contestó Unamuno: «*Y es cierto*».

Lejos está de mi ánimo, por supuesto, la pretensión de emular la respuesta de don Miguel. Soy perfectamente consciente de que carezco por completo de los méritos que siquiera pudieran explicar en Unamuno, mas no justificar por supuesto, ese exceso de vanidad. Por ello, no puedo poner fin a estas palabras sin renovar mi gratitud imprescriptible al Pleno de Académicos que ha hecho posible mi presencia aquí esta noche.

Nada más.



EL CONCEPTO DE «FAMILIA» EN LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES *

por JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento inicial. III. La familia como sede de aplicación de las normas del derecho común español. 1. Derechos de uso y habitación. 2. El «interés de la familia». 3. Cargas de la familia. 4. La adopción. IV. La familia en los derechos forales o civiles territoriales españoles. 1. Derecho aragonés. 2. Derecho navarro. 3. Derecho vasco. 4. Derecho catalán. 5. Derecho balear. 6. Derecho gallego. V. Origen y evolución socio-jurídica del concepto de familia. 1. Origen etimológico. 2. Derecho romano. 3. Derecho germánico. 4. Derecho de Partidas. 5. Influencia de la Iglesia Católica. 6. Nuevas concepciones doctrinales de la familia. VI. Hacia un nuevo concepto de familia en los derechos civiles españoles. VII. A modo de colofón. VIII. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Con toda probabilidad, muchos de ustedes conocen sobradamente el sistema constitucional español de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil.

Para quienes lo desconocen y para quienes, aun conociéndolo, pueden tener alguna duda o laguna al respecto, permítanme unos breves apuntes introductorios en la materia.

La conformación de la unidad de España como Reino único con los Reyes Católicos, Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, viene pre-

* Recepción como académico correspondiente, el 10 de octubre de 2000 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

cedida en el tiempo, especialmente a partir del siglo XI, por la existencia en el hoy territorio español de varios reinos independientes que nacen, se fusionan, crecen o desaparecen al socaire de las sucesiones hereditarias monárquicas, en las que el Reino, como territorio y población, se considera un elemento patrimonial más del Monarca, transmisible y repartible, en su caso, entre sus herederos.

Reino de Navarra, Reino de Aragón, Condado de Barcelona, Reino de Castilla, Reino de Sobrarbe son otros tantos de esos estados independientes que, mediante distintas fusiones, bélicas o matrimoniales, dan lugar, en un momento determinado de la historia, en el siglo XV, y por lo que se refiere a los territorios que hoy integran España, a la existencia de solamente dos: la Corona de Aragón (a modo de lo que, con terminología actual, denominaríamos federación de Aragón, Cataluña, Valencia y Baleares) y el Reino de Castilla (el resto de la Península Ibérica no ocupado por los árabes).

La unión de ambos por el matrimonio de los Reyes Católicos, Fernando II de Aragón e Isabel de Castilla, tuvo como singularidad, a efectos jurídico-políticos, el mantenimiento de la estructura legislativa y administrativa de los reinos fusionados, y con ello, la posibilidad de seguir produciendo, cada uno de ellos, un derecho propio a través de sus respectivos parlamentos (Cortes, en la terminología de la época).

La llegada a España de la monarquía borbónica a principios del siglo XVIII supone un nuevo hito muy importante en esta materia. Los llamados Decretos de Nueva Planta suprimieron en un principio todos los «fueros y privilegios» de los antiguos territorios forales para, poco después, rehabilitar los civiles, aunque sin la posibilidad ya de su natural evolución legislativa, al suprimirse los llamados derechos públicos, y entre ellos, las facultades legislativas de los diferentes parlamentos territoriales.

Durante todo el siglo XVIII, el XIX y gran parte del XX los llamados derechos forales -principalmente, Aragón, Navarra, País Vasco, Cataluña, Galicia y Baleares- se mantienen con una vida aletargada, congelada la posible modificación de sus diferentes fuentes medievales de producción. A pesar de lo cual, alcanzan un grado muy alto de aplicación práctica, especialmente en las escrituras notariales en materia de derecho de familia y sucesiones.

Y así llegamos a la vigente Constitución española del 6 de diciembre de 1978, en la que su art. 148 viene a determinar lo que ha dado en

llamarse la «constitucionalización de los derechos forales o civiles territoriales», es decir, el respeto no sólo a la existencia de tales ordenamientos civiles, sino incluso a su modificación y desarrollo legislativo a través de los respectivos Parlamentos Autónomos, nacidos, para cada Comunidad Española, de la nueva estructuración autonómica del Estado configurada por la Constitución.

De esta suerte, los tradicionales ordenamientos forales -repito, singularmente Aragón, Navarra, País Vasco en parte, Galicia, Cataluña y Baleares-, durante las décadas de los ochenta y noventa, emprenden una carrera legislativa todavía imparada, con una producción normativa verdaderamente exuberante (excesiva me atrevo a decir), confrontada con la del tradicional Código Civil que, en la parte que no se considera derecho estatal, sólo es de aplicación al resto de las Comunidades Autónomas no forales (Madrid, Castilla-León, Castilla-La Mancha, Cantabria, Asturias, Valencia, Andalucía, Extremadura, Rioja, Murcia, Canarias, Ceuta y Melilla).

Pero a esa abundante y dispersa producción normativa en materia de derecho civil todavía cabe hacer dos añadidos más: el del antiguo territorio del Fuero de Baylío (ciertos pueblos extremeños) que defiende su derecho a legislar en materia de régimen económico matrimonial, y el resto de comunidades no forales que, con bastante frecuencia, al legislar en materias de su propia competencia -especialmente, agricultura e infancia- no dejan de establecer normas que, en gran medida, inciden en el campo del derecho civil sobre el que, en principio, no tienen competencias.

Con este panorama complejo y de impensable reajuste y armonización (al menos a corto plazo) afrontamos el objeto de este trabajo, que no es otro que el analizar, con el mayor detalle posible, la evolución que el concepto de «familia» está experimentando en todos estos ordenamientos civiles españoles actuales, partiendo del primero de ellos en el tiempo que es el Código Civil.

II. PLANTEAMIENTO INICIAL

El término «familia» es un vocablo que irrumpe en los códigos y leyes modernos con una vocación de incidencia en el campo del derecho priva-

do muy superior a la tenida en épocas anteriores. En España esa inmisión se aprecia de forma muy especial a partir de la vigente Constitución de 6 de diciembre de 1978 y de las reformas llevadas a cabo, consecuentemente, en el Código Civil a través de las leyes del 13 de mayo, 7 de julio de 1981 y 11 de noviembre de 1987, entre otras.

Pero donde el concepto adquiere mayor extensión normativa es en los llamados Ordenamientos civiles territoriales, los antiguos derechos forales españoles. Estos se han caracterizado desde siempre por la singularidad de sus instituciones civiles en los campos del derecho de familia y del derecho de sucesiones. En Aragón, Navarra, País Vasco, Galicia, Cataluña y Baleares, mucho más que en el ordenamiento común -hoy derecho propio del resto de Comunidades Autónomas no aforadas-, la familia se erige en el epicentro del elenco de normas que configuran cada uno de esos ordenamientos territoriales españoles.

Y así, en unos y otros sistemas de derecho nos encontramos frecuentemente con expresiones como «interés de la familia», «cargas familiares», «convivencia en familia», «permanencia en la familia» y otras similares.

Y, sin embargo, en la práctica la totalidad de los cuerpos legales civiles hispanos -sean forales o no- la irrupción del término «familia» se produce con una indefinición conceptual a la que los juristas no hemos prestado, según creo, la suficiente y necesaria atención, y a la que parece nos hemos acostumbrado.

Da la impresión de que se tratara de un concepto sobradamente acuñado, no necesitado de especiales definiciones; una especie de «sobreen-tendido» jurídico al que no fuera preciso prestar una mayor atención, ni por el legislador, ni por el intérprete de la norma.

Y, sin embargo, no es así.

De una época a otra, de un ámbito sociocultural a otro, incluso de un tipo de normas positivas a otras, el concepto varía sustancialmente, hasta el punto de resultar sorprendente que en los ordenamientos jurídicos españoles podamos llevar tanto tiempo sin haber pretendido normativizarlo, encauzarlo en moldes precisos y bien definidos, como se ha hecho con otros conceptos importantes, como la propiedad, el contrato, el testamento, la herencia, etcétera.

Y, ello no obstante, la «familia» aparece en determinadas normas positivas como el referente único de la atribución de determinados derechos o la imputación de ciertas obligaciones, sin otros criterios

añadidos a los que el intérprete pueda asirse para la más cabal hermenéutica del precepto.

Entre la doctrina civilística clásica de nuestro siglo no han faltado intentos de definición conceptual de la «familia» e, incluso, de su configuración como real sujeto de derechos y obligaciones.

El esfuerzo mayor al respecto proviene, probablemente, del civilista francés SAVATIER quien llegó a calificar a la familia de «*persona moral desconocida*», defendiendo la tesis de que, al menos en el derecho galo, existen ciertos derechos que no pueden atribuirse propiamente a ninguna de las personas individuales que constituyen la familia, sino directamente a ésta como entidad (entre otros, los apellidos, la sepultura familiar, los bienes integrantes de los llamados «recuerdos de familia», etcétera) ¹.

Son esfuerzos, sin embargo, que no han encontrado el suficiente eco en el legislador moderno que sigue apelando a la familia sin definirla ni, mucho menos, concederle la definitiva institucionalización que supondría el reconocimiento de su personalidad.

Como señalaba el filósofo aragonés LEGAZ LACAMBRA, «*la familia no suele ser reconocida en cuanto tal como sujeto de derecho por la legislación... El reconocimiento de la familia como sujeto de derecho no es, en realidad, necesario para valorar su significación en el orden social ni tiene nada que ver con su esencia ética y comunitaria. Pues lo que en el campo de las ideologías político-sociales se reclama muchas veces como derechos de familia puede transmutarse en derechos subjetivos atribuidos a un sujeto (individual) de derecho en razón de su situación familiar*» ².

Tiene razón este autor en cuanto hace referencia a los llamamientos de tipo social o político que, en muchos países, hacen los legisladores apelando a la familia como referente de una serie de atribuciones genéricas que, como él mismo señala, a la hora de precisar se concretan en derechos individuales de los miembros del colectivo familiar.

¹ *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1952, págs. 107 y ss., citado por José CASTÁN TOBEÑAS, t. V, vol. 1º, 9ª edic., Madrid, Reus, 1976, pág. 29.

² José LEGAZ LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, 1943, pág. 595, ídem anterior, pág. 30.

Sin embargo, el derecho civil, tan preciso en muchos de sus conceptos, en el caso de la familia peca habitualmente de una imprecisión que en no pocas ocasiones ha dado lugar al debate doctrinal e, incluso, a la contienda judicial, que hubiera podido evitarse de existir un mayor rigor en el uso del término.

La explicación a esa indefinición legal la encuentra CLEMENTE DE DIEGO en el hecho de que «*la familia es otra de las instituciones que originariamente no pertenecen al derecho; éste no hace más que regularla.*

*Ella en sí es una institución social sustantiva, objeto de estudio para el moralista, para el sociólogo, para el político, para el historiador»*³.

O, como señala PUIG BRUTAU, «*la familia es, ante todo, un fenómeno social y cultural*»⁴.

Quizás por ello dice VALLET DE GOYTISOLO que el matrimonio y «*la familia no pueden ser totalmente encuadrados en el derecho*»⁵.

LACRUZ BERDEJO afirma, en parecido sentido, que «*nuestro derecho positivo no contiene una definición de la familia. Lo que interesa al legislador no es definir, sino disciplinar los diversos aspectos de un fenómeno que le viene dado ab extra, y, a la vez, tenerlo en cuenta al regular las otras facetas de la vida humana*»; y, al respecto, califica a la familia de «*superestructura jurídica*»⁶.

De ahí creo que nace, precisamente, la contradicción que, a mi juicio, surge cuando los modernos códigos y leyes civiles tratan de referenciar a la familia determinados derechos u obligaciones. Porque una de dos: o la familia es un concepto metajurídico que escapa a cualquier definición legal, o no. En el primer caso, el concepto familia debería quedar al margen por completo de las normas positivas (o, como

³ Felipe CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Madrid, 1959, pág. 434.

⁴ José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, IV-1º, Barcelona, Bosch, 1967, pág. 5.

⁵ Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1963, pág. 246.

⁶ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, Bosch, 1963, pág. 8.

mucho, incluido en ellas como mera referencia genérica sin valor positivo alguno), sin intentar hacer descansar en ella el complejo de derechos y obligaciones que, en algunos casos, pretende el legislador. Y sólo en el supuesto -no necesariamente rechazable o, al menos, no apriorísticamente rechazable- de que el legislador fuera capaz de dar una definición (o varias) de familia, referir a ella cuantas atribuciones normativas sean convenientes.

Porque, de lo contrario, una vez más, *ante la imprecisión del legislador, el papel definitorio y de concreción queda reservado a los jueces y tribunales, lo cual no es precisamente, según creo, lo más aconsejable.*

Al mismo tiempo, resulta paradójico que los mismos autores que consideran la familia como un concepto indefinible legalmente, sean los primeros en tratar de dar un concepto preciso de ésta, como enseguida veremos.

III. LA FAMILIA COMO SEDE DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO COMÚN ESPAÑOL

Como antes apuntaba, el derecho civil común español -y no solamente el Código-, y especialmente a raíz de las reformas legislativas llevadas a cabo tras la promulgación de la vigente Constitución de 1978, contiene, en sus normas positivas, no pocas referencias a la familia, que están dando lugar a las más variadas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, sin que hasta la fecha haya podido conseguirse un mínimo de coherencia en la materia.

Repasemos brevemente las más importantes.

1. Derechos de uso y habitación

Este es un supuesto típico, dentro de la legislación civil española, en el que el término «familia» es utilizado de forma importante como punto de referencia para determinar en este caso la extensión subjetiva de determinadas atribuciones jurídicas.

Dos derechos, y muy especialmente el segundo, *el de habitación, que en los momentos actuales readquieren un valor socioeconómico*

importante, como vengo constatando en mi propio despacho notarial; consecuencia, muy probablemente, del aumento constante del precio de la vivienda, especialmente en los medios urbanos, y de las mayores dificultades para su acceso a ella para determinados sectores de la población (jóvenes, ancianos, parados, miembros de matrimonios rotos, etcétera).

Constituido por muy diferentes títulos -testamento, donación, compraventa- *hoy es bastante frecuente en el medio urbano español la configuración del derecho de habitación con el objeto de atender a las necesidades de vivienda de determinadas personas -hijos, padres, parientes próximos, personas de servicio, amigos- sin comprometer la propiedad del inmueble* ⁷.

Con el derecho de habitación se busca que el beneficiario, de por vida o por un tiempo determinado, pueda hacer uso y servirse de la vivienda de otro, pero sin tener además la atribución de cederla a terceros, como, por el contrario, podría tener lugar con la cesión de su usufructo.

Es cierto que a la hora de configurar este derecho, en el propio título constitutivo podrán establecerse y/o pactarse los condicionantes de todo orden a que éste habrá de sujetarse. Pero para cuando ello no se haga, interesa saber, en orden a su extensión subjetiva, qué significado ha querido dar el legislador al término «familia», cuando el art. 524.2 C.C. determina que «la habitación da a quien tiene este derecho *la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*».

Porque aquí sí que este concepto deja de ser algo metajurídico, para convertirse en una referencia estrictamente jurídica, que exige no poca precisión a la hora de su concreción.

En la jurisprudencia española parece que en más de un siglo de vigencia del Código Civil sólo se ha producido una *sentencia del Tribunal Supremo, la de 23 de marzo de 1925, en la que la alta magistratura española ha pretendido concretar la extensión subjetiva*

⁷ Una práctica frecuente en determinadas zonas del territorio español, llevada a cabo, fundamentalmente, por entidades financieras y compañías de seguros, es el contrato por virtud del cual una persona de avanzada edad, propietaria de una vivienda, cede la propiedad de ésta a una sociedad, a cambio de una renta vitalicia y con la reserva a su favor de un derecho de habitación vitalicio sobre el inmueble.

del derecho en cuestión, afirmando al respecto que por «familia» ha de entenderse «las personas que normalmente deben vivir en compañía del beneficiario».

Pero digo que «ha pretendido» porque, como enseguida se verá, el intento del Tribunal Supremo por dar un concepto exacto de familia en esta materia ha quedado justamente en eso, en un mero intento. La imprecisión que el término lleva consigo pretende ser resuelta con una no menor imprecisión: las personas que «deben» vivir con el titular del derecho. *Ese nuevo término «deber» vuelve a generar imprecisión y deja sin resolver definitivamente el problema interpretativo.*

De ahí que la doctrina española haya dudado siempre en esta materia (como lo hace, según veremos, en todo lo concerniente al concepto familia).

Así, por ejemplo, en el siglo pasado, y recién promulgado el Código Civil, SÁNCHEZ ROMÁN consideraba comprendidos en el término familia a los parientes próximos *«que habitualmente vivan o deban vivir por razones normales o circunstanciales formando un solo hogar, o a lo sumo sean parientes a los cuales debiera costear o hubiera costeado él (beneficiario de la habitación) la vivienda»*⁸.

Una definición, como puede fácilmente comprobarse, bastante imprecisa, pero en algunos aspectos más amplia que la dada, unos años después, por el Tribunal Supremo: constituyen familia, según este autor, no sólo las personas que deban convivir, sino también las que *habitualmente* convivan en la casa.

MANRESA tenía un concepto de «familia», a estos efectos, mucho más amplio: *«No puede haber duda -decía- de que constituyen la familia del usuario o del que tiene el derecho de habitación... todas las personas, sean o no parientes, que vivan en su compañía y a expensas, incluso los criados domésticos, y el alimentista a quien reciba y mantenga en su propia casa... Todas estas personas constituyen la familia y, por consiguiente, todas participarán de los beneficios del uso o de la habitación a que tenga derecho el jefe o cabeza de la misma, mientras a ella pertenezcan»*⁹.

⁸ Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1891, t. III, pág. 612.

⁹ José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Reus, 1972, t. IV, pág. 676.

En similar sentido, más recientemente, ALBALADEJO afirma que «*bajo el término 'familia' hay que englobar, no estrictamente al cónyuge del titular e hijos no emancipados, sino a cualesquiera personas -parientes o no- que vivan bajo su techo: por tanto, también sirvientes e invitados*». Y cita en su apoyo la STS 23 marzo 1925 ¹⁰.

Dos conceptos de la extensión subjetiva de los derechos de uso y habitación muy amplios, en los que la definición que hacen estos autores se aproxima mucho a la clásica de la Ley de Partidas, como luego veremos. Para ellos la familia deja de estar integrada, a estos efectos, exclusivamente por personas ligadas por vínculos de parentesco, para abarcar también a otras unidas aquí por vínculos de convivencia.

No tenía este criterio tan amplio PUIG PEÑA para quien el concepto «familia» del art. 524 C.C. debe quedar limitado a «los familiares más allegados» ¹¹, que para él, con una interpretación que debe ser restrictiva, abarca «*el grupo constituido por el titular, su cónyuge, los hijos legítimos o legitimados o, en su caso, los naturales reconocidos y los hijos adoptivos*» ¹².

Las dudas interpretativas en esta materia son una constante entre los autores españoles. Recientemente, DORAL se plantea la cuestión de si, a estos efectos, es también familia del titular del derecho de habitación el cónyuge con el que éste ha contraído segundas nupcias ¹³.

Estos problemas de interpretación parece que quisieron ser zanjados por el codificador argentino que, en esta materia, arriesgó una definición de familia en su art. 2953.2, relativo a los derechos de uso y habitación en esta República: «La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o

¹⁰ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1994, III, vol. 2º, pág. 95.

¹¹ Federico PUIG PEÑA, *Compendio de derecho civil español*, Pirámide, Madrid, 1976, II, pág. 440.

¹² Idem, pág. 441.

¹³ José Antonio DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1980, t. VII, vol. 1º, pág. 481.

de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos».

Volviendo al contenido de la sentencia del Supremo de 1925, y partiendo de una afirmación que parece interesante -el deber de convivencia-, el principal problema que se plantea es precisamente el de concretar el alcance de ese deber. Por supuesto, habrá que descartar en primer lugar toda obligación convivencial no jurídica, es decir, la que esté basada en puras exigencias éticas o en meras motivaciones de amistad o solidaridad humana. Ahora bien, aun con esta primera precisión, cabe todavía distinguir a este respecto dos diferentes clases de deberes convivenciales: los que podrían calificarse de primarios, es decir, los derivados directamente de la ley, y los secundarios, o sea, los surgidos de un pacto entre partes o de un acto de voluntad unilateral.

Deber primario de convivencia es, por ejemplo, el que tienen las personas que contraen matrimonio (art. 68 C.C.), o los hijos menores no emancipados con respecto a sus padres (art. 154.2.1º C.C.). No cabe la menor duda de que el derecho de habitación adquirido o reservado por una de estas personas se extiende subjetivamente a quienes, en los casos citados, tienen el deber jurídico de convivir con ella. Incluso, en ambas direcciones: quiero decir que si un hombre casado tiene el derecho de habitación sobre una determinada vivienda ajena, ésta podrá ser también ocupada por su cónyuge y por sus hijos menores no emancipados; pero también a la inversa, si el que tiene el derecho es un menor de edad sujeto a patria potestad, también sus padres tienen la facultad de ocupar la vivienda y servirse de ella para sus necesidades convivenciales.

Si nos atenemos a este criterio jurisprudencial, surge hoy una cuestión nueva, en modo alguno pensada, ni siquiera intuida por el codificador del siglo pasado, ni aun por la mayoría de los doctrinarios de este siglo: me refiero a las parejas estables no casadas, sean homo o heterosexuales. En efecto, en los momentos actuales existen en España, ya en vigor, dos leyes autonómicas, la catalana del 30 de junio de 1998 y la aragonesa del 6 de abril de 1999, que, al regular determinados aspectos de esta clase de parejas, exigen la convivencia de sus miembros como deber legal primordial para que las respectivas normas puedan serles de aplicación; así, en ambas leyes, la ausencia de convivencia de la pareja durante más de un

año determina la extinción, por ruptura, de ésta. ¿Les serán también aplicables a ellas los criterios expuestos sobre extensión subjetiva de los derechos de uso y habitación? Y si, como parece lógico, la conclusión ha de ser la afirmativa, ¿estamos con ello extendiendo el concepto de familia a este tipo de parejas en convivencia no matrimonial? Sobre esta interesante materia volveré más adelante.

Pero en tema de convivencia, como antes apuntaba, puede hablarse también de un deber secundario, es decir, no impuesto directamente por la ley, sino derivado de un pacto entre partes o de un acto unilateral de voluntad amparado por la ley. Ejemplos del primer supuesto serían el contrato de servicio doméstico en el que el empleado entra a convivir con su empleador, o los interesantes supuestos, muy propios del derecho aragonés de costumbres, de acogimientos convivenciales de parientes o de personas extrañas (de ellos hablaré con detalle más adelante). Ejemplos del segundo, todos los casos en los que existiendo obligación legal de prestar alimentos, el alimentista opta por la convivencia con el beneficiario; el art. 149 C.C. español determina que «el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

Estarían aquí comprendidos los casos de los hijos que, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, carecen de recursos propios para emanciparse económicamente de sus padres, y siguen viviendo en su compañía; o el de los padres ancianos que entran a vivir en compañía de sus hijos durante los últimos años de su vida.

Con todo lo dicho puede apreciarse fácilmente la dificultad que el intérprete ha tenido siempre, y sigue teniendo, a la hora de intentar abarcar el correcto sentido del concepto «familia» en la materia de los derechos de uso y habitación.

2. El «interés de la familia»

Este concepto aparece por vez primera en el Código Civil español a raíz de las reformas experimentadas en él en 1975. La expresión había sido reiteradamente usada por la ley francesa del 22 de setiembre de 1942 y por el Código Civil italiano en su reforma de 1975.

Esta nueva expresión viene siendo utilizada en el derecho español en muy distintas ocasiones.

Así, al regular el matrimonio civil, entre los «derechos y deberes de los cónyuges», *el art. 67 C.C. dispone que «el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»*. Un sobreañadido que confiere al matrimonio una trascendencia a sus propios integrantes; es el reconocimiento legal de que la célula básica matrimonial, en cuanto generadora de una familia contrae, desde su nacimiento, unas responsabilidades frente al grupo que superan el simple individualismo de cualquier actuación meramente recíproca de un cónyuge para con el otro.

Responde en gran medida a ese principio constitucional del art. 39.1 CE, conforme al cual «los poderes públicos aseguran la protección... jurídica de la familia». Una protección no sólo frente a cualesquiera elementos externos al grupo familiar -el propio Estado, la administración pública, los terceros ajenos-, sino incluso frente a los propios generadores de la familia: los mismos cónyuges. Estos, en su comportamiento habitual, no sólo han de mantener una actitud favorable entre sí, el uno para con el otro, sino que en su línea de actuación cotidiana han de tener como referente importante el grupo familiar en su conjunto. Pero la familia no como un ente abstracto, sino considerada individualmente en todos y cada uno de sus componentes.

De ahí que cuando alguno de éstos, en cuanto integrante de la familia, y no solamente un cónyuge, pueda verse gravemente afectado por el comportamiento de alguno de los consortes, la ley viene en su amparo, llegando a adoptar medidas tan importantes como es la contemplada en *el art. 82.4ª C.C.*. *Éste prevé expresamente, como una de las causas que puede provocar la separación judicial de los cónyuges, «el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales (de uno de los consortes), siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia»*. Esa disyuntiva «o» utilizada en este precepto por el legislador no deja, a mi juicio, lugar a dudas: la separación de los cónyuges puede provenir no sólo del hecho de que esos comportamientos peligrosos a los que la norma se refiere -alcoholismo, toxicomanía, perturbaciones mentales- alteren la normal convivencia entre los esposos, sino incluso si el desajuste convivencial que provocan afecta directamente al resto de los miembros de la familia, o a

alguno de ellos. Así, podría suceder que la toxicomanía de uno de los consortes (o de los dos) influyera de forma decisivamente negativa en el normal desarrollo y convivencia de otros miembros del grupo familiar -normalmente, los hijos menores; aunque no solamente-; la separación judicial podría ser decretada en este caso, aunque esos perjuicios convivenciales no afectaran directamente al cónyuge.

Ahora bien, llegados a este punto, una vez más se plantea el mismo interrogante: ¿A qué familia se refiere el Código en estos preceptos?

¿Es familia toda persona que convive con los cónyuges? Y a la inversa, ¿puede también considerarse familia, a estos efectos, a determinados parientes u otras personas no convivientes?

Para LACRUZ BERDEJO, con una interpretación a mi juicio muy restrictiva de estos preceptos, el término «familia» en ellos «no significa el conjunto de parientes, ni siquiera el de convivientes, sino el grupo de padres e hijos»¹⁴.

Quedan, pues, excluidos, según este autor cualesquiera parientes, que no sean los hijos, que convivan en el hogar conyugal y, por supuesto, otras personas no parientes que también sean convivientes, como, por ejemplo, el servicio doméstico o los acogidos.

José Luis DE LOS MOZOS, aunque sin manifestarlo de una forma expresa, parece seguir este mismo criterio de considerar como familia solamente la constituida por los cónyuges y los hijos menores viviendo en su compañía¹⁵.

ESPIN, por el contrario, estima que en ese «interés de la familia» a que se refiere la ley, deben comprenderse también los otros parientes convivientes, además de los hijos¹⁶.

Para GARCÍA GARCÍA el «interés de la familia» no puede ser otro que el de los cónyuges y los hijos¹⁷; y más concretamente: «la familia fun-

¹⁴ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1982, t. IV, pág. 107.

¹⁵ José Luis DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1982, t. XVIII, vol. 1º, págs. 98 a 133.

¹⁶ Diego ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de derecho civil español*, Madrid, 1981, t. IV, pág. 108.

¹⁷ María Angeles GARCÍA GARCÍA, "El deber de actuar en interés de la familia", RDP, 1984, pág. 244.

*dada por los cónyuges y los hijos no emancipados como conjunto de personas que conviven en el hogar y atienden en común e indiferenciadamente sus necesidades»*¹⁸. Aunque extiende también el concepto a los hijos de uno solo de los cónyuges «*mientras la familia subsista y sean convivientes y no emancipados*»¹⁹. Sin embargo, la autora excluye expresamente de este concepto de familia «*aquellos a los que la ley concede derecho de alimentos... aunque puedan satisfacerse en la propia casa*»²⁰.

Nuevamente, pues, puede apreciarse con facilidad la falta absoluta de unidad de criterios entre la civilística española a la hora de configurar y precisar el concepto de familia.

3. Cargas de la familia

El «interés de la familia», cuando de aspectos económicos se trata, adquiere una dimensión y una relevancia especiales en la normativa civil española.

Dentro de los preceptos que configuran el régimen económico del matrimonio, *el Código Civil español dedica una serie de preceptos a la que podríamos calificar de «traducción económica del interés familiar».*

Así, el art. 1318.3 considera que son de cargo del caudal común los gastos ocasionados a propósito de litigios mantenidos por un cónyuge contra tercero «si redundan en provecho de la familia». Una norma muy específica con la que el legislador amplía el campo de la responsabilidad de los bienes comunes matrimoniales al gasto de defensa judicial que un cónyuge pueda realizar, si con el pleito en cuestión está amparando derechos o intereses, ya no sólo de su consorte, sino incluso de cualquiera de los miembros de la familia (podría incluso pensarse en un pleito en estricta defensa de la familia como tal, como ente diferenciado,

¹⁸ Idem, pág. 246.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

autor ensancha el concepto de familia «eventualmente (a los) nietos» y, en lo que concierne a la alimentación y alojamiento (si conviven en la casa), a «las personas empleadas en el hogar», pero no otras personas aunque convivan en el mismo domicilio²⁷.

Por fin, en este punto MORO ALMARAZ denuncia tímidamente la inercia del legislador español identificando familia con matrimonio, cuando no pueden ya hoy equipararse²⁸. Un apunte muy breve a una cuestión verdaderamente importante, a la que dedicaré una buena parte de este trabajo.

4. La adopción

La adopción y su evolución legislativa en España, como luego explicaré con más detenimiento, representan uno de los fenómenos más importantes en orden a la evolución misma del concepto de «familia».

En el aspecto que aquí nos interesa, la culminación normativa del cambio social experimentado al respecto se produce en nuestro país con la última reforma llevada a cabo en el Código Civil por ley del 11 de noviembre de 1987. A través de ella se introduce un nuevo precepto, el art. 178, conforme al cual la adopción «produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior».

Es evidente que, con las salvedades que luego referiré, lo que el legislador español pretende con su nueva regulación es que la persona adoptada tenga, a partir de la adopción, una familia lo más parecida posible a la natural perdida, en principio, por el nuevo vínculo jurídico que la adopción representa. *Por ello, el adoptado deja de pertenecer, jurídicamente, a su antigua familia biológica, para pasar a pertenecer, íntegramente, a la familia de su adoptante.*

Y aquí sí que la doctrina no duda en lo más mínimo a la hora de interpretar el término «familia». Toda la derivada del parentesco. Porque,

²⁷ Idem, pág. 294.

²⁸ María Jesús MORO ALMARAZ, "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código civil español", RDP, 1986, pág. 1024.

en el fondo, lo que la ley ha querido decir precisamente es eso: que el adoptado pierde los vínculos parentales -y siempre, desde el punto de vista exclusivamente jurídico- con su familia de origen, y adquiere unos nuevos con toda la familia parental de su adoptante. Vínculos jurídicos sí, pero no necesariamente afectivos y sociales. Evidentemente, la ley no puede prohibir que la persona adoptada siga manteniendo lazos de afecto y de relación con sus anteriores parientes (familia natural que persiste, familia jurídica que se extingue). Este es un típico supuesto en el que la doble acepción de «familia», como institución natural y como base jurídica para la imputación de derechos y obligaciones, se disocian. En este caso, ese reconocimiento legal del fenómeno natural y social que la familia representa como al *ad extra* al derecho, desaparece. Y podrá suceder, como digo, que ambas familias coexistan: la biológica y la jurídica.

Y precisamente porque esa familia natural persiste, el derecho no puede sustraerse a su fuerza biológica, y de ahí que el art. 178.3 C.C. disponga que, no obstante esa «extinción de vínculos jurídicos del adoptado con su familia anterior», con respecto a ésta quedará sujeto a «lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales». Es decir, la prohibición, para el adoptado, de contraer matrimonio con quienes, antes de la adopción, eran sus parientes por consanguinidad en línea recta o en la colateral hasta el tercer grado.

Además, el propio art. 178 C.C. que comento contiene dos importantes excepciones a esa ruptura de vínculos jurídicos con la familia natural que la adopción impone al adoptado: 1º «Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante»; y 2º «Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor». En ambos casos, esa ruptura con la familia biológica no se produce. Parece como si el legislador quisiera proporcionar al adoptado una familia lo más parecida a la natural, partiendo, eso sí, del concepto de familia nuclear.

Como quiera que sea, lo cierto es que en estos casos especiales citados por la norma se va a producir la coexistencia de dos familias diferentes, y ambas con producción de efectos jurídicos.

En el supuesto dicho de los impedimentos matrimoniales, la persona adoptada mantendrá con su familia biológica unas relaciones jurídicas muy importantes: las que determinan la imposibilidad de contraer matrimonio con sus ascendientes, descendientes y colaterales hasta el tercer grado.

En el caso de la persona que adopta al hijo de su cónyuge -por cierto, un tipo de adopción que va en aumento en la sociedad española,

consecuencia de las segundas y ulteriores nupcias de viudos y divorciados-, el derecho admite la coexistencia de dos familias para el adoptado: la suya propia biológica (que es la de su progenitor casado nuevamente) y la que le proviene de su adoptante. Y aquí, a todos los efectos legales, sin excepción alguna.

Y lo mismo sucede en el supuesto de adopción por una sola persona que sea de sexo diferente del progenitor del adoptado, cuando biológicamente éste hubiera sido reconocido sólo por su padre o su madre. Y aquí, a diferencia del supuesto anterior, sin que exista ninguna relación, ni conyugal, ni de ninguna otra índole, entre el padre/madre natural y el adoptivo. Nuevamente, un claro supuesto de coexistencia, y a todos los efectos legales, de dos familias, la derivada de la procreación y la nacida de la adopción.

No insistiré en estas cuestiones. Sin embargo, conviene retener todos estos criterios legales a la hora de intentar configurar el concepto de familia y su extensión subjetiva frente a las diferentes normas civiles que la utilizan como referente jurídico.

IV. LA FAMILIA EN LOS DERECHOS FORALES O CIVILES TERRITORIALES ESPAÑOLES

Decía antes que es precisamente en los antiguamente llamados derechos forales, hoy conocidos como civiles territoriales españoles, donde el término «familia» es utilizado con una asiduidad superior a la del Código Civil. Son unos ordenamientos que han cimentado la mayor parte de sus normas singulares en el llamado derecho de familia y en el de sucesiones.

Veamos con cierto detenimiento lo que al respecto sucede en cada uno de ellos.

1. Derecho aragonés

Este ordenamiento foral está constituido hoy, fundamentalmente, por la Compilación del Derecho Civil del 6 de abril de 1967, modificada e integrada como derecho autonómico por la Ley de las Cortes de Aragón del 21 de mayo de 1985, y por las recientes leyes de sucesiones por

causa de muerte del 24 de febrero de 1999 y de parejas estables no casadas del 26 de marzo de 1999.

Las referencias que en la primera se hacen a la familia son muy numerosas e importantes.

A. La autoridad familiar sobre los hijos

Las primeras alusiones concretas se contienen en los arts. 9º y 10. En el primero de ellos se define la llamada «autoridad familiar» -el equivalente de la «patria potestad» en otros ordenamientos- como «el deber de crianza y educación de los hijos menores». Y en el segundo se prevé la extensión de esa «autoridad familiar» a otras personas distintas de los progenitores -concretamente, los abuelos y hermanos mayores del menor- en determinados supuestos de fallecimiento de los padres o privación judicial de su autoridad familiar sobre sus hijos menores. Además, en el art. 9º.3 se prevé la singular posibilidad de que el cónyuge no progenitor, si lo pide, participe de la autoridad familiar que su consorte tiene sobre sus hijos menores.

Como puede apreciarse de la simple enumeración de estos criterios legales, en el Aragón moderno, y en una materia tan importante en derecho de familia cual es la patria potestad, *se rompen abiertamente los esquemas clásicos de la llamada «familia nuclear» constituida por el matrimonio y los hijos convivientes*. La posible entrada en el ejercicio de la autoridad familiar por parte del cónyuge no progenitor, así como su extensión a parientes distintos de los propios progenitores, da al concepto «familia» una dimensión nueva y distinta de la tradicional en la mayor parte de los ordenamientos civiles, y desde luego, en el Código Civil español.

En gran medida, responde al viejo apotegma jurídico aragonés «*de consuetudine Regni nos habemus patriam potestatem*» (Observancia 2ª «*Ne vel pater vel mater pro filio teneatur*»), interpretado por la moderna civilística aragonesa como «*una expresión de la reacción sentida contra la influencia del romanismo*»²⁹, en donde la concepción de

²⁹ FRANCISCO PALÁ MEDIANO, "Sobre las relaciones personales entre ascendientes y descendientes", ADA, 1946, pág. 337.

la familia tenía un sentido marcadamente individualista, frente al sistema germánico, con el que el derecho aragonés quiere emparentarse, de carácter más colectivista ³⁰.

Ese sentido colectivista de la familia va a ser una nota predominante en todo el conjunto del ordenamiento civil aragonés. Un colectivismo que, como tendré ocasión de explicar, va a trascender, con mucho, al sentido ya no sólo nuclear y matrimonial de la familia tradicional española, sino incluso al parental, dando al término «familia» un sentido muy diferente del que se desprende de las normas de otros ordenamientos jurídico-privados.

B. La Junta de Parientes

Ese sentido colectivista de la familia aragonesa va a aparecer de forma muy importante en la regulación de la institución, singularmente foral, de la llamada Junta de Parientes. Es éste un órgano familiar llamado por la ley a cumplir un sin fin de misiones de la más variada índole. Así por ejemplo:

- Presta su asistencia -que no consentimiento- a los menores de edad aragoneses, mayores de catorce años, para cualquier actuación de su vida civil, en defecto de sus padres o por existir contradicción de intereses con ellos;
- Puede dirimir las diferencias existentes entre los padres en orden al ejercicio de su autoridad familiar sobre el hijo menor;
- Interviene para atribuir la autoridad familiar extendida a los abuelos o hermanos mayores del menor (recordar lo dicho anteriormente);
- Puede designar tutor del menor o incapacitado de entre los varios nombrados por quien tiene derecho a ello;
- Asiste al menor edad en el otorgamiento de sus capitulaciones matrimoniales;
- Puede intervenir, si se le pide, para resolver los desacuerdos entre los cónyuges en orden a la administración del patrimonio conyugal;

³⁰ Manuel GARCÍA ATANCE, "De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem", ADA, 1951-52, pág. 159.

- Puede decidir sobre la conmutación del usufructo viudal, por una renta vitalicia, a petición de los herederos nudo propietarios;
- Autoriza la disposición de bienes en fiducia cuando todos los legitimarios son menores de edad o incapacitados; etcétera.

Precisamente, bajo estos criterios, como antes ya apuntaba, con la Junta de Parientes se produce una reacción contraria a lo que CARBONNIER denunciaba, en lo que él consideraba la evolución moderna del derecho de familia: la cada vez mayor estatización, en su doble aspecto del Estado reemplazante de la familia (educación y pedagogía, subsidios familiares) y el Estado controlador de la familia (la tutela judicial, el arbitraje judicial para resolver los conflictos matrimoniales). La Junta de Parientes aparece y se muestra así en Aragón como una institución netamente desestatizadora de la familia, en la medida en que recupera para el círculo familiar una serie de funciones importantes, en otros sistemas atribuidas al juez. Por ello, el polígrafo aragonés Joaquín COSTA hablaba de *«la necesidad de que la familia se mueva en un círculo más ancho que el que en la actualidad le tiene trazado la ley civil; que el Estado le restituya multitud de derechos que contra toda razón le tiene usurpados de siglos»* ³¹.

Eso sí, la llamada Junta de Parientes mantiene en todo su sentido tradicional el concepto de familia parental, dado que del citado órgano sólo pueden formar determinados parientes próximos. Con la reciente ley aragonesa de parejas estables no casadas se ha perdido una oportunidad de ensanchar ese ámbito parental: la proposición de ley inicial, en su art. 13.2, preveía que «en lo que concierne a las disposiciones de la Compilación sobre constitución y funcionamiento de la Junta de Parientes, para resolver asuntos familiares o sucesorios, cada uno de los miembros de la pareja será considerado como cónyuge del otro». Un criterio que no ha pasado al texto definitivo de la ley.

Pese a ello, cuando la norma aragonesa establece, con carácter general, que la Junta de Parientes puede reunirse para «intervenir en asun-

³¹ Joaquín COSTA, *La libertad civil y el congreso de jurisprudencias*, Zaragoza, Guara Editorial, 1978, pág. 221.

tos familiares» (art. 20.1 Compilación), vuelve a plantear la cuestión relativa al concepto mismo de «familia»; de la misma manera que cuando la ley dispone que en caso de empate en la decisión de la Junta, la cuestión se resolverá, por designación del juez, por «la persona de la familia en quien delegue» (art. 21.2 Compilación). ¿Familia en sentido parental? ¿Familia en sentido más amplio?

C. Régimen familiar

La Compilación del Derecho civil de Aragón, en su art. 25, primero de los que regulan el otorgamiento de capítulos matrimoniales, establece que éstos «podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar... de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio».

Adviértase la importante diferencia de contenido con la similar norma del Código Civil español, el art. 1325, conforme al cual «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo».

La generalidad de la doctrina de derecho común considera en España que el contenido típico de los capítulos matrimoniales hace referencia estrictamente al régimen económico de sus otorgantes, y muy limitadamente admiten otro tipo de pactos de carácter personal, pero que hagan directa referencia a los propios cónyuges³². Parece, desde luego, la interpretación más ajustada del citado artículo del Código, el cual, aunque concluye admitiendo en capítulos «cualesquiera otras disposiciones», éstas han de serlo por razón del matrimonio, es decir, nacidas de la estricta relación entre los cónyuges.

No sucede así en el derecho aragonés. En primer lugar, el propio art. 25 de la Compilación, manteniendo una larga tradición en Aragón, admite

³² Ved, por ejemplo, José Luis DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 1982, t. XVIII, vol. 1º, pág. 185.

que en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, además de los cónyuges, intervengan otras personas -quienes con ellos (los cónyuges) concurren al otorgamiento»-, sin exigir en ningún momento que estas otras personas hayan de ser necesariamente parientes.

Luego, el mismo precepto, con un sentido muy amplio, *admite que en los capítulos se pacte cuanto afecte al «régimen familiar» de los propios cónyuges y aun de los otros otorgantes. Todo lo cual abre un amplio abanico de posibilidades.* Como dice LATORRE, «*la vida familiar y social ha cambiado, nuevas normativas la regulan..., y si queremos la Subsistencia de la institución como tal hay que reavivar su contenido y adaptarla a los nuevos imperativos*»³³.

Por mi parte, recientemente, he puesto de manifiesto en otro lugar³⁴ el amplio contenido que las capitulaciones matrimoniales pueden tener en Aragón, cuestión que ahora no me es dado desarrollar dada la limitación de este trabajo.

D. Instituciones familiares consuetudinarias. La Casa aragonesa

Pero donde el concepto «familia» adquiere en el derecho aragonés una dimensión diferente a lo que tradicionalmente se viene entendiendo por tal en el derecho español, donde la familia es entendida con un sentido de colectividad muy ajeno a la estricta familia nuclear del matrimonio y los hijos, y donde el concepto de parentesco no tiene por qué ir unido necesariamente al de familia, es en las llamadas tradicionalmente «instituciones familiares consuetudinarias».

Los textos legales aragoneses vigentes dedican tres escasos preceptos a ellas. Veámoslos: El art. 33 de la Compilación dice que «cuando las estipulaciones (capitulares) hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias, tales como 'hermandad llana', 'agermanamiento' o 'ca-

³³ Emilio LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1986, 1ª ed., t. XXX, vol. 1º, pág. 280.

³⁴ Ved *Comentarios...* cit. en nota anterior, 2ª ed. del t. XXX, vol. 1º, Madrid, Edersa, 2000, pág. 434 y ss.

samiento al más viviente', 'casamiento en casa', 'casamiento a sobre bienes', 'consorcio universal o juntar dos casas', 'acogimiento' y 'dación personal', se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre y a los usos locales».

El siguiente artículo, el 34, determina que «al disolverse un consorcio entre matrimonios u otra situación permanente de comunidad familiar, como las derivadas de heredamiento o acogimiento, los beneficios obtenidos con el trabajo común se dividirán entre los asociados en proporción equitativa, conforme a la costumbre y atendidas las diversas aportaciones de bienes o trabajo, los beneficios ya percibidos, las causas de la disolución y demás circunstancias». Por fin, en la nueva ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, y dentro de la regulación de los llamados «pactos sucesorios» (institución contractual de heredero), su art. 66.2 establece que «además del régimen sucesorio, puede también pactarse en capitulaciones matrimoniales en consideración a la casa el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran».

Al respecto, lo primero de lo que interesa informar en este acto es del concepto de cada una de esas instituciones familiares. Hoy no existe en el derecho aragonés norma legal que las defina. En otro lugar ³⁵ he explicado con todo detenimiento el origen, concepto y contenido específico de cada una de ellas, extraído de las viejas costumbres y tradiciones aragonesas y de los comentarios de autores clásicos.

De esas instituciones, algunas como el «casamiento en casa» (pacto por virtud del cual el cónyuge viudo conserva el usufructo viudal sobre los bienes del premuerto en el caso de contraer segundas nupcias), el «agermanamiento o casamiento al más viviente» (institución hereditaria universal mutua y recíproca entre cónyuges) y la «hermandad llana» (régimen matrimonial convencional cuya esencia radica en ampliar la comunidad matrimonial a más bienes que los legalmente considerados como comunes) tienen poca relevancia al objeto de este trabajo, dado que, normal-

³⁵ José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1986, 1ª ed., t. XXXIII, vol. 1º, pág. 335 y ss..

mente, consisten en pactos y convenios que afectan exclusivamente a los miembros de un matrimonio y la familia por ellos constituida.

Otras, sin embargo, dan, como antes decía, una dimensión nueva al concepto de familia en el derecho aragonés. Veámoslas sucintamente:

- «*Acogimiento o casamiento a sobre bienes*»: Pacto celebrado entre dos familias, por el cual una de ellas entra en la casa de la otra (acogida), para trabajar, usufructuar y beneficiarse en común de un determinado patrimonio.
- «*Consortio universal o juntar dos casas*»: Como variante del anterior, en este pacto dos familias ponen en común sus respectivos patrimonios para trabajarlos conjuntamente.
- «*Dación personal o arrogación consuetudinaria*»: Costumbre por la que una persona sola (donado) se da a una casa, en la que entra a trabajar y convivir, haciéndole cesión de todos sus bienes.

Tres instituciones que dan una idea aproximada del sentido extensivo que el concepto familia ha tenido en el tradicional derecho aragonés. Como decía Martín BALLESTERO, en Aragón «*constituye cada familia una verdadera asociación regida por un jefe, el padre o uno de los hermanos o incluso un pariente o extraño adoptado por ella*»³⁶. Y, resumiendo el sentido de esas instituciones familiares que acabo de definir, señalaba que «*la familia agnaticia la forman en Aragón los extraños que a ella van y a ella se integran acogiéndose en virtud de un contrato de dación personal. A veces es una familia entera la que acoge a otra y promete vivir y trabajar con ella haciéndola heredera de sus bienes... En situaciones es un pariente o un extraño o un criado el que se da a la casa, para que la casa le mantenga sano o enfermo a cambio de su vida consagrada al esfuerzo común de todos los miembros de la comunidad doméstica hacia el fin de la familia misma*»³⁷.

Y en el centro de estas concepciones familiares, la «Casa» como pilar básico en torno al cual giran la mayor parte de las instituciones jurí-

³⁶ Luis Martín BALLESTERO Y COSTEA, *La Casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, pág. 25.

³⁷ Ob. cit., pág. 28.

dicas aragonesas. Con un sentido y un concepto que trascienden con mucho al mero espacio físico de lo que hoy se denomina «hogar conyugal» u «hogar familiar». Porque de esa Casa aragonesa, nexo de unión de la familia tradicional de esta Comunidad, no sólo formarán parte parientes, sino incluso extraños; también serán miembros de la Casa, reiteraba Martín BALLESTERO, *«los extraños en ella acogidos, los donados, los mismos criados que a fuerza de años de trabajos en un mismo sitio se acostumbraron a hacer de la casa el espacio donde su vida pudiera desarrollarse»*³⁸. Y una Casa en la que su pertenencia no exigirá, necesariamente, una convivencia física al uso actual: *«La inexistencia de una vida en común -dice también Martín BALLESTERO- no impedirá subjetiva y objetivamente que tal individuo sea miembro de tal casa»*³⁹.

Por mi parte siempre he pensado que la institución de la Casa (y concretamente, de la Casa aragonesa) no tiene por qué quedar reducida a un recuerdo histórico o, como mucho, al reducto de un sector muy limitado de la sociedad rural aragonesa. He defendido y defiende (pese a las posturas mucho más positivistas y pragmáticas apuntadas desde ciertos medios jurídicos aragoneses) una posible recuperación práctica de la Casa, *«mantenida en su esencia y revitalizada en su forma y estructura»*⁴⁰; una Casa concebida no sólo en torno a la empresa agraria, sino también basada en la economía nacida de la empresa industrial, fabril, comercial y de servicios (incluso, la profesional: médicos, abogados, arquitectos, ingenieros, etcétera); eso sí, con una nueva configuración jurídica y con el tratamiento legislativo preciso para su normal desenvolvimiento, especialmente, de índole fiscal.

Recientemente, las Cortes de Aragón, y en debate celebrado con el objeto de estudiar las medidas que puedan poner freno al despoblamiento de Aragón, y especialmente del medio rural (gran preocupación hoy en nuestra Comunidad Autónoma), entre otras, y por unanimidad, ha aproba-

³⁸ Ob. cit., pág. 94.

³⁹ Idem.

⁴⁰ José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *Aragón y su derecho*, Zaragoza, Guara Editorial, 1978, pág. 54.

do una proposición no de ley (que yo me permití inspirar y redactar para cierto Grupo Parlamentario), por la que se insta al Gobierno de la Comunidad para que, dentro de la presente legislatura, estudie y, en su caso, plantee las iniciativas legislativas necesarias en orden a la revitalización de esas tres instituciones consuetudinarias a las que acabo de referirme - acogimiento, juntar dos casas y dación personal-, a través de las cuales podrían ensayarse métodos singulares para atraer mayor población, aragonesa y foránea, hacia el medio agrario aragonés.

E. La adopción

La institución de la adopción se rige hoy, todavía, en Aragón por la normativa legal estatal, como antes señalaba, el Código Civil reformado por la ley de 1987.

No obstante, esta es una de esas materias sobre las que el Parlamento Aragonés tiene conferidas, constitucionalmente, competencias para legislar con criterios propios (confr. art. 39 Compilación).

Si un día llegara a hacerlo, sería muy interesante tener en cuenta los criterios con que, en el histórico derecho aragonés de los Fueros y Observancias, era regulada esta institución.

En un interesante trabajo, el malogrado jurista aragonés Alonso LAMBÁN⁴¹ recordaba las pautas normativas (reflejo de los criterios sociales aragoneses de la época) por las que la adopción era regulada en Aragón. En síntesis, eran las siguientes:

- En Aragón podía adoptar cualquier hombre (en los textos legales no se mencionaba a la mujer);
- Podía ser adoptada cualquier persona, sin limitación alguna por razón de sexo, edad, parentesco ni cualquiera otra;
- No existía ningún tipo de intervención judicial al respecto (por lo tanto, la valoración de la conveniencia de la adopción quedaba

⁴¹ Mariano ALONSO LAMBÁN, "Acerca de la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos en el genuino derecho aragonés", ADA, Zaragoza, 1953-54, pág. 69 y ss..

- exclusivamente al buen criterio de ambos interesados, adoptante y adoptado o representante legal de éste);
- Podía adoptar incluso quien tuviera hijos propios (legítimos, en la terminología de entonces);
- El hijo adoptivo se equiparaba absolutamente con el legítimo, especialmente a efectos sucesorios.

Ya en el temprano Fuero de Jaca (probablemente, año 1164) se regulaba la figura de la adopción con los criterios que se acaban de exponer. De allí paso a la Compilación de Huesca de 1247, Fuero único «*De adoptionibus*», y su vigencia práctica se ve convalidada por la Observancia 27 «*De generalibus privilegiis*».

Tras más de setecientos años de vigencia, su desaparición en el Apéndice de 1925 se debe, con toda probabilidad, a la conclusión contraria a su mantenimiento adoptada en el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-81. Todo un sistema legislativo complejo se vino abajo por el convencimiento de nuestros antepasados juristas del XIX de la improcedencia de la adopción por parte de quienes ya tienen hijos propios. Sin embargo, detrás de esta especie de prohibición (desde el punto de vista normativo, tácita) subyace un conjunto de criterios jurídicos propios en la materia, el más importante de los cuales, sin lugar a dudas, es el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos adoptivos y los habidos por naturaleza.

De ahí que cuando el sistema legislativo español -Código Civil-, al que se remite el ordenamiento aragonés en esta materia, cambia su primitiva orientación tendente a prohibir la adopción a quienes tienen hijos propios, entiendo que el derecho aragonés tradicional readquiere todo su valor; pero ya no sólo en esta concreta materia, sino en todo el resto de su histórica regulación. En otras palabras, y por lo que aquí interesa, si la supresión normativa en Aragón de la plena equiparación de los hijos adoptivos con los biológicos se ha producido como consecuencia lógica de no permitir la adopción a quienes tienen hijos propios, levantada esta prohibición, la equiparación de derechos entre ambas clases de hijos readquiere también su pleno significado. Sólo hacía falta una norma concreta que así lo dispusiera, y ésta fue el nuevo art. 19 de la Compilación tras su reforma de 1988. En él se afirma que «los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturale-

za» (apartado 1), y que «siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como 'hijos y descendientes' o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes».

2. Derecho navarro

En Navarra, clásico territorio de Fuero en España, su vigente Compilación, Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, rotula el Libro Primero «De las personas y de la familia».

Como en el resto de ordenamientos civiles españoles, no se encuentra en éste una definición conceptual de la familia. Sin embargo, de las diferentes normas que integran su ordenamiento civil se desprende la posibilidad de un concepto de familia más amplio del que es habitual en otros ordenamientos. O, al menos, la posibilidad de que existan diferentes clases de familias o grupos familiares sujetos a dicha normativa.

Así, el Título VII del indicado Libro Primero se denomina «De los principios fundamentales del régimen de bienes en la familia».

Luego, es cierto que el legislador navarro, como los demás españoles, pone en primer plano a la familia nuclear o matrimonial, a la que dedica el Título IX del mismo Libro, bajo el rótulo «Del régimen de bienes en el matrimonio». Y dentro de él, y como tantos otros códigos hispanos, *considera carga de la sociedad conyugal (allí llamada «de conquistas»), «el sostenimiento de la familia» (ley 84)*, sin mayor especificación. No cabe duda, sin embargo, de que en este Título la ley quiere referirse solamente a la familia matrimonial; buen ejemplo de ello lo constituye la ley 87, en la cual, y al regular la disolución de la sociedad conyugal, prevé que de la masa común se pagarán alimentos, pero solamente «a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos». Lo que en buena lógica induce a pensar que ese «sostenimiento de la familia» de que habla la ley 84 no puede ser otro que el del matrimonio y los hijos.

Sin embargo, la legislación navarra, recogiendo una vieja tradición de costumbre, contiene una interesante regulación en torno a las agrupaciones de personas, incluso no parientes, integrando verdaderas «comunidades familiares».

En primer lugar, la denominada «sociedad familiar de conquistas» (leyes 92 a 100) que surge cuando «se pacta la convi-

vencia de donantes o instituyentes y donatarios o instituidos» (ley 92). No determina la norma ningún especial requisito subjetivo o de relación parental entre los instituyentes y los instituidos. La única exigencia es que exista un pacto de convivencia entre dos grupos de personas -donantes o instituyentes y donatarios o instituidos-, eso sí, precedido de una atribución patrimonial de los primeros a favor de los segundos.

Igual criterio preside el Título XIII, «De la disolución de las comunidades familiares» (leyes 128 y 130).

Y rubrica este sentido amplio de la familia navarra el Título XIV dedicado al «acogimiento a la Casa», institución por virtud de la cual una persona, no necesariamente pariente (aunque también pueda serlo), adquiere el derecho a vivir en la Casa (tradicional institución familiar navarra, similar a la aragonesa), para «ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad» (ley 131).

Como digo, ninguna exigencia especial de orden subjetivo respecto de las personas que celebran estos pactos de convivencia. Ni en el número de quienes puedan otorgarlo por uno y otro lado, ni en la relación parental que pueda existir o no entre todos ellos, ni tan siquiera en la existencia de vínculos conyugales de una y otra parte del pacto. A este respecto, es cierto que la ley 98, para la sociedad familiar de conquistas, determina que al fallecimiento de los instituyentes, la sociedad familiar «continuará entre los cónyuges», dando a entender así, bien claramente, que sus integrantes han de estar ligados por vínculo matrimonial. Sin embargo, no puede olvidarse que esa norma no tiene sino un valor meramente supletorio, ya que, conforme a la ley 93, «la sociedad familiar de conquistas se rige por lo pactado, por la costumbre y, en su defecto, por las disposiciones de este capítulo».

En otro orden de cosas, aunque relacionado con las cuestiones que en este trabajo me planteo, la legislación navarra es -y ha sido tradicionalmente- una de las pocas hispánicas en las que la legítima sucesoria, desde el punto de vista substantivo patrimonial, no existe. Conforme a la ley 149 de la Compilación Foral, «los Navarros pueden disponer (sucesoriamente) libremente de sus bienes». Lo que, a mi juicio, representa un avance importante en la superación de la estricta vinculación del concepto familia al parentesco.

Y una última precisión con respecto al derecho navarro. Su Compilación contiene una regulación propia respecto de *los derechos de uso y habitación*. Cuando la ley 424 se refiere a este último establece que el mismo «concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, **para sí y los que con él convivan...**». Como puede apreciarse, el legislador elude la utilización del término «familia», entendiéndolo, con mejor criterio que otras normas hispanas, que lo esencial de este derecho, a efectos de su extensión subjetiva, es la convivencia.

3. Derecho vasco

En el País Vasco, el Fuero de Vizcaya (Libro I de la Compilación del Derecho civil foral, de 1 de julio de 1992), en las escasas ocasiones en que utiliza el término familia, lo hace, como la mayor parte de las legislaciones civiles españolas, *vinculándolo al parentesco o al régimen económico matrimonial*.

Así, el art. 17, al justificar la institución de la troncalidad foral, afirma que con ella «se protege el *carácter familiar* del patrimonio».

A continuación, los siguientes preceptos dejarán claro que el concepto familia va indisolublemente unido al de parentesco. Precisamente, y como sucede en todas las legislaciones forales españolas, en la idea de troncalidad quedan siempre excluidos los cónyuges. La vinculación troncal de los bienes deja fuera del concepto de familia a éstos, limitándola estrictamente a la «familia parental».

Más adelante, el Fuero, al tratar del régimen económico matrimonial de los aforados vizcaínos, utiliza expresiones similares a las de otros ordenamientos civiles. Así, el art. 99, al regular los actos de disposición de bienes sujetos a la «comunicación foral», admite la autorización judicial, en defecto de la de uno de los cónyuges, si el negocio lo considera «de interés para la familia». En el art. 102 se prevé que las deudas contraídas por uno de los cónyuges lo hayan sido «en beneficio de la familia». Y en el art. 109 se regula lo procedente en caso de que, a la disolución de la comunidad conyugal, se compruebe que alguno de los bienes de un cónyuge o su valor se hubiese gastado «en interés de la familia».

4. Derecho catalán

Es en el derecho civil catalán -uno de los más modernos y actualizados derechos civiles españoles- en donde el concepto «familia» parece haber querido irrumpir con mayor fuerza.

Sin embargo, el legislador catalán, como el resto de los españoles, no acaba de concebir la familia fuera de los estrechos cauces en los que ésta ha sido «reconocida» legislativamente a partir de los parámetros que, fundamentalmente en este siglo, han marcado las teorías canonistas y los autores que han bebido de sus fuentes.

Harto conocido es el sentido burgués y conservador que de la familia tienen los sectores socioeconómicos dominantes en Cataluña. Precisamente, la reciente aprobación, en su Parlamento Autonómico, de la ley de uniones estables de pareja, del 15 de julio de 1998, ha venido a demostrarlo una vez más; si cabe, con mayor claridad.

Se trata de una ley que, por primera vez en España, concibe una regulación específica para las parejas estables no casadas, tanto hetero como homosexuales, pero lo hace desde una óptica de franca confrontación con la pareja de hombre y mujer, limitándole de forma muy importante su posible equiparación con las parejas matrimoniales, e imponiéndole unos condicionantes de gran exigencia; frente a la regulación de las parejas homosexuales mucho más flexible y con la concesión para éstas de una serie de derechos y beneficios que se niegan a las heterosexuales. Una discriminación que el legislador catalán justifica en el hecho de que «la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia» (preámbulo de la ley).

Pero al margen de otras consideraciones en torno a esta nueva ley, interesa poner de relieve aquí que ésta fue debatida en el Parlamento de Cataluña, simultáneamente con el Código de Familia, cuya aprobación se produjo en la misma fecha y, sin embargo, en todo momento se quiso mantener una neta diferenciación entre ambas normas autonómicas.

Con ello se evidencia que, aun en los albores del siglo XXI, para el legislador catalán no existe más familia que la que se genera por el matrimonio.

Tanto es así que en el propio *preámbulo del vigente Código de Familia, aprobado, como señalaba, por ley del Parlament de Catalunya el 15 de julio de 1998*, aludiendo directamente a la Constitución española de 1978 -por cierto, una de las pocas constituciones euro-

peas en las que se alude directamente a la familia-, *se afirma que pese al compromiso estatal, contenido en su art. 39, de proteger a la familia social, económica y jurídicamente, «no desarrolla esta protección más allá de los hijos, iguales ante la ley, y de las madres, al margen de su estado civil, así como respecto a las personas que pretenden encabezar una familia formando una pareja unida en matrimonio».*

Sin lugar a dudas, en el Código catalán no se concibe otra familia que la tradicionalmente llamada «nuclear», la integrada por el matrimonio y los hijos. Porque aunque la ley no la define expresamente en estos términos, de toda su normativa se deduce este aserto.

Así, en el Capítulo Primero del Título Primero, en el que se hacen constantes referencias a la familia bajo advocaciones como «interés de la familia», «domicilio familiar», «dirección de la familia», «gastos familiares» y «vivienda familiar», la rúbrica general se denomina «Los efectos del matrimonio». De manera que sólo éste es, para el legislador catalán, capaz de generar una familia (o, como señala el art. 1º de la ley, «una comunidad de vida en la que marido y mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»).

En esta concepción legal resulta curioso cómo de este estrecho cauce familiar se excluye ya no sólo a los que convivan sin haber contraído matrimonio -ya se hable de pareja estable no casada, ya de otras agrupaciones de personas, parientes entre sí o no, estableciendo una comunidad de vida-, sino a todo tipo de parientes que no sea la prole, incluso a ésta cuando deja de convivir en el hogar de sus padres.

Esto último se pone especialmente de manifiesto en distintos preceptos del Código: así, por ejemplo, el art. 5º.2, en el que, al hablar de la «contribución a los gastos de mantenimiento familiar», se incluye a «los hijos, mientras convivan con la familia»; o el art. 146, en el que, de forma similar, se dispone que «los hijos tienen el deber de contribuir equitativamente a los gastos familiares, mientras convivan con la familia».

Al respecto, existe otro precepto en el Código catalán verdaderamente singular: el art. 2º, en el que se define como domicilio familiar «aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y *la mayor parte de la familia*». Evidentemente, en la concepción del legislador catalán, esta curiosa expresión -a mi juicio, muy poco jurídica- hace exclusiva referencia al padre o madre que conviven con los hijos no emancipados (padres o madres viudos, separados o divorcia-

dos). Porque, en efecto, si la «familia catalana» la integran solamente los cónyuges y los hijos convivientes con ellos, en el momento en el que sólo uno de los progenitores convive con los hijos no emancipados, la familia no está completa, a ella le falta el otro progenitor. Criterio que se reitera en otro lugar de la ley: concretamente al regular los efectos de la nulidad matrimonial, del divorcio y de la separación judicial: el art. 76.1.c), dispone que debe establecerse «la forma, si corresponde, en que los cónyuges siguen contribuyendo a los gastos familiares», y parece que ello con independencia de la indemnización entre los cónyuges, de la pensión compensatoria y aun de los alimentos a los hijos.

De cuyos preceptos no resulta nada difícil extraer otra conclusión: que la familia contemplada por el legislador catalán, constituida, como digo, por los cónyuges y los hijos no emancipados, sigue subsistiendo en los casos de nulidad, separación o divorcio. Un concepto de familia restrictivo en cuanto a sus elementos subjetivos por una parte, pero por otra, extensivo en el tiempo y en el espacio, y en el que la idea de convivencia desaparece como elemento esencial.

Los parientes que no son los hijos quedan igualmente excluidos de la «familia catalana», como se desprende del art. 5º.2, en el que se prevé que contribuyan también a los gastos del mantenimiento familiar «los demás parientes que conviven con la familia».

En cuanto a la exclusión que de forma manifiesta se produce de las parejas no casadas -la simultaneidad en el debate de ambas leyes, el Código de Familia y la de parejas no casadas, lo demuestra suficientemente-, precisamente ha sido una de las cuestiones objeto de mayor crítica por parte de los detractores -muy amplia mayoría de autores- de la ley de parejas ⁴².

Por fin, y en lo que al derecho civil catalán se refiere, ese concepto estrecho de familia se pone nuevamente de manifiesto con *la reciente ley 19/1998, del 28 de diciembre, del Parlament, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua*. Una norma que, en su momento, formó parte del proyecto de ley de parejas no casadas, y que en el trámite

⁴² Ved, por todos, Sergio LLEBERÍA SAMPER, “Glosa crítica a esta (nuestra) nueva ley de uniones estables de pareja”, *La Notaría*, N° 10, octubre 1998, pág. 57 y ss..

parlamentario autonómico fue separada para integrar una ley diferenciada. En ella se regulan *«las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas...»*.

En esta ley, y a diferencia de lo sucedido en otras forales modernas (como enseguida se verá con respecto al derecho gallego, por ejemplo), se ha perdido una buena ocasión para ampliar el concepto tradicional de familia.

Como expresamente dispone el legislador, estos grupos de personas en convivencia no constituyen una «familia nuclear» que, como antes señalaba, parece ser la única que preocupa y ocupa al legislador catalán. Pero es que tampoco constituyen ningún otro tipo de familia. Como en la propia ley se indica, estas personas sólo están «unidas por vínculos de parentesco... o de simple amistad o compañerismo». Expresiones que dejan entrever claramente la intención del legislador, opuesta a todo ensanchamiento del concepto de familia. Criterio que queda igualmente patente en los escasos derechos que la ley concede a los convivientes (una pensión alimenticia, por un máximo de tres años, a cargo de los herederos del conviviente fallecido, o el derecho a permanecer en la vivienda por un periodo de entre tres meses y un año en caso de ruptura de la convivencia).

5. Derecho balear

Como en el resto de los derechos civiles españoles, en el balear el concepto de familia parece estar relacionado con el matrimonio de una parte, y con el parentesco de otra.

La Compilación del Derecho Civil de Baleares, texto refundido del 6 de setiembre de 1990, utiliza el término familia en algunos de sus preceptos -quizás, menos que en el Código Civil y otras legislaciones territoriales- partiendo, según creo, de esos criterios de conexión.

Así, por ejemplo, el art. 4.1, tras establecer, como legal y en defecto de capitulaciones matrimoniales, el régimen matrimonial de separación de bienes, dispone que los «bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de *las cargas del matrimonio*... entendiéndose como contribución *«el trabajo para la familia»*. Como pue-

de fácilmente constatarse, en esta norma matrimonio y familia van indisolublemente unidos: no cabría pensar que el trabajo realizado para un familiar no relacionado directamente con el matrimonio -por tanto, la familia nuclear- pudiera considerarse como contribución al levantamiento de las cargas matrimoniales.

La palabra familia vuelve a aparecer en la Compilación al regular la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria. En el art. 25 hace el legislador una distinción entre sustituciones fideicomisarias familiares y no familiares, pero enseguida liga las primeras a la idea estrecha del parentesco, al establecer que los beneficiarios de ellas sólo podrán ser las «personas que no pasen de la segunda generación».

Los propios autores baleares dan por buena esa identificación con lo que podríamos denominar «familia parental». Así, COLL CARRERAS afirma que para distinguir unas y otras sustituciones fideicomisarias «*hay que acudir a la imagen civil de la familia*», para lo cual necesita remitirse al art. 915 y ss. del Código Civil español, presididos por la rúbrica «Del parentesco»⁴³.

Entre las disposiciones previstas específicamente para las islas de Ibiza y Formentera, el art. 66 de la Compilación prevé que en capítulos matrimoniales podrá regularse el «régimen económico de la familia», incluso pactando lo que interese en materia de «instituciones familiares consuetudinarias» (denominación idéntica a la utilizada tradicionalmente en el derecho aragonés, al que el balear moderno sigue en no pocas instituciones). Es posible que en este punto el concepto de familia pueda tener un sentido más amplio, atendiendo a la voluntad de los propios capitulantes.

Por fin, el art. 67 mezcla los conceptos de familia y matrimonio, al hablar en uno de sus párrafos de «cargas del matrimonio» y en otro, de «cargas familiares», al parecer, con un alcance igual.

Es curioso, sin embargo, que en la específica regulación que del derecho de habitación hace la Compilación balear, el concepto familia desaparece por completo. Así, para las islas de Mallorca y Menorca, el art. 54 califica al «estatge» (nombre peculiar allí de esta institución;

⁴³ Miguel COLL CARRERAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1980, t. XXXI, vol. 1º, pág. 489.

¿origen inglés del vocablo?) de «derecho personalísimo» de su beneficiario, que le permite ocupar «privativamente las habitaciones necesarias (y) compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble».

Y con mucha mayor claridad al respecto, para las islas de Ibiza y Formentera, el art. 85 determina la extensión del derecho de habitación (allí no tiene nombre especial) «en la medida suficiente para atender a las necesidades del titular del derecho». Por supuesto, ambos, sin perjuicio de lo pactado.

Con respecto al derecho de Mallorca, MIR DE LA FUENTE confirma esta interpretación al afirmar que al citar el art. 54 de la Compilación las necesidades del habitacionista «*no se refieren a la familia*», y considera que en este punto no es aplicable por analogía el correspondiente precepto del Código Civil ⁴⁴.

CERDÁ GIMENO, con mayor precisión y haciendo alarde de sus amplios conocimientos de la sociología de los isleños -específicamente para él, los ibicencos; *pitiuosos* en terminología popular- y de su historia pasada, clarifica esta cuestión afirmando que ese específico derecho de habitación está estrechamente ligado a la idea de los heredamientos sucesorios y de la comunidad familiar, en la que el *hereu* -sucesor universal del patrimonio familiar- mantiene en la casa solariega a un hermano o hermana solteros, a quien debe proporcionar una habitación independiente, «*amb porta fora*», con llave propia, y con derecho a ser alimentado con cargo a la casa y compartir los elementos comunes de ésta ⁴⁵. En definitiva, la familia juega aquí un papel relevante, pero no para tener en cuenta la extensión subjetiva del derecho de habitación, sino su origen.

6. Derecho gallego

De todos los ordenamientos privados hispanos, es quizás en el derecho civil gallego moderno en donde se advierte un criterio de mayor aperturismo en la cuestión que nos ocupa.

⁴⁴ *Comentarios...* cit en nota anterior, pág. 854.

⁴⁵ José CERDÁ GIMENO, *Comentarios...* cit., Madrid, Edersa, 1981, vol. 2º, pág. 538 y ss.

En primer lugar, en la Compilación de Derecho civil de Galicia, aprobada por ley 4/1995, de 24 de mayo, del Parlamento Autónomo de esa Comunidad, recogiendo una vieja figura consuetudinaria, se regula de forma expresa la llamada «compañía familiar gallega», constituida «entre labradores con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o alguno de los reunidos» (art. 100.1). Y dentro de ella, la institución de «casar para casa», entendiéndose por tal «el hecho de integrarse un nuevo matrimonio en la vida comunitaria de un grupo familiar ya constituido» (art. 101.2).

Dos interesantes fórmulas de agrupación familiar que, en una u otra modalidad, supera ampliamente el estrecho concepto de «familia nuclear» en el que se desenvuelve la mayor parte de las legislaciones civiles españolas.

En la compañía familiar gallega, como su propio nombre indica, se genera una nueva familia mediante la integración convivencial y laboral de personas distintas del matrimonio y los hijos con que se integra la pretendidamente clásica «familia nuclear». Es verdad que en esta disposición normativa el legislador gallego todavía se encuentra influido por uno de los elementos determinantes del concepto de «familia» en el derecho actual: el parentesco. Sin embargo, amplía notablemente su campo conceptual al admitir un ensanchamiento importante a base de considerar familia a un conjunto de personas que se unen en convivencia, más allá del matrimonio y su descendencia; además de no establecer límites al grado de parentesco de esas personas que se unen, lo que puede dar lugar a que se trate de parientes en grado muy alejado. Lo que, a su vez, se demuestra por la previsión que el art. 109.3 de la Compilación hace de considerar que la «compañía familiar» se extingue «por el matrimonio entre sí de dos socios únicos» (norma que no parece prevista solamente para los parientes en grado parental de los que se consideran impedimentos dispensables para contraer matrimonio; conforme al Código civil español, art. 48, el tercer grado en línea colateral, o sea, tíos y sobrinos y primos carnales).

Ese mayor avance en el concepto amplio de familia ha quedado reflejado en el derecho civil gallego en la más reciente ley de la familia, la infancia y la adolescencia, del 11 de julio de 1997, cuyo art. 2º, referido a su ámbito de aplicación, establece que «son fami-

lias, a los efectos de la presente ley, los conjuntos de personas unidas por vínculos de matrimonio o de parentesco, o las unidades de convivencia cuando constituyen núcleos estables de vida en común».

Un muy importante avance en esta materia, que podría servir de modelo en una futura revisión del concepto de familia por parte de otros ordenamientos civiles españoles. A esta ley gallega le ha faltado el «atreimiento» de extender su nuevo concepto de familia a todo el derecho civil de esa comunidad, pues sólo la define «a los efectos de la presente ley».

V. ORIGEN Y EVOLUCIÓN SOCIO-JURÍDICA DEL CONCEPTO DE FAMILIA

Ante el panorama de dispersión e imprecisión normativa en lo que concierne al empleo del término «familia» en los diferentes ordenamientos civiles españoles, como acabo de exponer, y a la vista de esa absoluta falta de unidad de criterio por parte de los autores, no es ocioso el detenerse un momento en estas reflexiones y echar la vista atrás, para intentar aprehender el sentido que al término familia le han dado otros sistemas antiguos de derecho, principalmente aquéllos con los que los hispanos han mantenido una determinada relación de influencia; contemplar la posible evolución experimentada al respecto en ellos y ver en qué medida puede la misma inspirar a los legisladores e intérpretes españoles del siglo XXI.

1. Origen etimológico

La generalidad de los autores hacen depender el término «familia» de un doble origen etimológico: de una parte, del latino «familia» en cuanto equivalente a «conjunto de esclavos y criados de una persona» (del vocablo latino *famulus* igual a sirviente o esclavo).

A su vez, según explican, la palabra *famulus* provendría del término osco *famer* equivalente también a esclavo.

Pero existe otro término, muy interesante, de origen sánscrito, al que igualmente se acude para localizar ese origen histórico del concepto en cuestión: *vama*, cuyo significado es el de «hogar» o «habitación».

Pocas veces se alude en los textos jurídicos a un tercer posible origen etimológico del vocablo, en cuanto procedente del latino *fames*, que quiere decir «hambre», «*pues una de las indicaciones que llena esta asociación es la de proveer a las necesidades cotidianas de la vida*» (TAPARELLI).

Como vemos, tres distintas acepciones, las cuales, a mi juicio, se complementan y, en conjunto, pueden dar un concepto muy aproximado de lo que, a lo largo de la historia, ha querido significarse con el término familia: una determinada agrupación de personas (*familia*), viviendo en una misma casa (*vama*) y con recíprocas obligaciones alimenticias (*fames*).

De esta manera, pues, familia, casa y alimentos parece que van a ir unidos conceptualmente para designar una misma idea. Conviene no perder de vista estas tres acepciones, pues pueden servirnos para tratar de hallar un concepto de familia que se acomode a las necesidades de los cambios socio-jurídicos experimentados al respecto en los últimos años.

2. Derecho romano

Los autores coinciden en diferenciar dos etapas, dentro del derecho romano, en lo que concierne al concepto de familia. En síntesis, la familia primitiva romana, llamada *agnaticia*, se caracteriza por ser una colectividad sujeta a una única autoridad (*paterfamilias*), conformada por un conjunto de personas unidas al jefe por matrimonio, por sangre, por adopción o por dependencia servil. Como señala LACRUZ BERDEJO, «*en la evolución posterior de la familia, los vínculos de la patria potestad y la agnación se relajan, aumentando la importancia del parentesco de sangre*», dando lugar a la llamada «*familia cognaticia*»⁴⁶.

LACRUZ resumía así dicha evolución: lo que en la familia cuenta es «*el linaje, y no la casa... decaen las formas solemnes de celebrar el matrimonio, haciéndose regla general la independencia personal y patrimonial de la mujer. El poder paterno, teóricamente ilimitado, ha de usarse 'more maiorum'... El hijo va cobrando propia personali-*

⁴⁶ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1963, pág. 12.

*dad civil, y la teoría de los peculios le permite ser titular de un patrimonio, mientras la emancipación le convierte cada vez más fácilmente en 'sui iuris'»*⁴⁷.

Interesante descripción de la evolución experimentada por la familia en Roma, sobre la que habrá que volver al final de este trabajo.

3. Derecho germánico

En el derecho germánico, la familia propiamente dicha se denomina *Haus*, equivalente a «Casa», la cual, en descripción de CASTÁN TOBEÑAS, «*es una comunidad erigida sobre la potestad (Munt) del señor de la casa y que abarca, además del mismo, la mujer, los hijos, los siervos e incluso extraños acogidos a la hospitalidad de la casa*»⁴⁸.

Un claro precedente del derecho aragonés histórico que ha basado la conformación de sus tradicionales instituciones jurídicas más en el derecho germánico que, como en otros ordenamientos civiles españoles, en el romano, del que se aparta claramente en no pocas materias. Aun hoy, en la reciente ley de sucesiones de 1999 (como ya hizo el compilador de 1967), el legislador aragonés, cuando trata de completar o aclarar sus normas, bebe directamente en las fuentes del BGB.

4. Derecho de Partidas

Traigo a colación en este punto la legislación hispana de Partidas porque representa, a mi juicio, un hito interesante en esa evolución del concepto de familia dentro de los derechos civiles españoles.

Este código medieval utiliza el término familia en alguno de sus preceptos -pocos, a decir verdad- como referente de una determinada

⁴⁷ Ob. cit., pág. 12.

⁴⁸ José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, 1969, t. V, vol. 1º, pág. 38.

norma positiva. Por ejemplo, en la Ley X, Título V, de la Partida VI, se establece que la sustitución pupilar dejará de surtir efectos («se desface»), entre otros casos: cuando el heredero menor de edad («mozo») «pierde la libertat que ha, et la cibdat et la familia»; «quando pierda la cibdat et la familia et non perde la libertat»; y «quando pierde la familia et non la cibdat nin la libertat».

En otros casos, sin embargo, prefiere hacer referencia al término parentesco, por ejemplo, para definir la desheredación: «Desheredar es cosa que tuelle á home el derecho que habie de heredar los bienes de su padre, ó de su abuelo ó de otro qualquier quel tanga por parentesco» (Ley I, Título VII, Partida VI).

Pero lo verdaderamente interesante de este ordenamiento legal es el deseo que su autor tiene de dejar bien claro todo tipo de conceptos por él utilizados. La Partida VII se dedica en buena parte a establecer definiciones legales de determinados conceptos jurídicos. Así, en su Título XXXIII, bajo la rúbrica «Del significamiento de las palabras et de las cosas dubdosas et de las reglas derechas», se afirma: « En todas las siete Partidas deste nuestro libro fablamos de las personas de los homes et de los fechos dellos, et de todas las cosas que les pertenescen. Mas porque en las palabras et en el declamamiento dellas podrien nacer contiendas entre los homes sobre las razones de que hi fablamos; por ende queremos en este título departir en la fin deste nuestro libro cómo se deben entender et espaladinar las palabras dubdosas quando acaescieren: et mostraremos primero qué quiere decir significamiento ó declamamiento de palabra: et sobre qué razones ó cosas puede acaescer: et quien lo pudo facer: et sobre todo diremos de los fechos et de las cosas dubdosas: et de las reglas que son como palabras generales á todo el libro».

En concreto, y por lo que se refiere a la familia, la Ley VI de este Título, bajo la rúbrica «Del entendimiento et del significamiento de otras palabras dubdosas et obscuras», establece: «... E aun decimos que por esta palabra familia se entiende el señor de la casa et su muger, et todos los que viven con él sobre que ha mandamiento, así como los hijos, et los servientes, et los siervos et los otros criados. Et familia es dicha aquella en que viven mas de dos homes à mandamiento del señor, mas dende ayuso non serie familia».

De alguna manera este Código, de marcada influencia romanista, se sustrae a la que representaba el derecho canónico en esta materia. Al-

fonso X de Castilla vuelve, con el término que da de familia, al sentido clásico romano, sin dejar constancia de esos criterios que antes se veían como definitorios del cristianismo en esta materia: para nada menciona al matrimonio como origen de la familia, pues aunque pudiera parecer lo contrario de las primeras palabras de la ley -«el señor de la casa et su muger»-, el texto, en su parte final, muestra la amplitud de criterio del legislador al establecer que «familia es dicha aquella en que viven mas de dos homes á mandamiento del señor».

5. Influencia de la Iglesia Católica

Determinados autores españoles no dejan de advertir la influencia que el cristianismo primero, y la Iglesia Católica después, han tenido en la concepción de la familia en el derecho español.

Por encima de todo se destaca el valor del matrimonio como generador único de cada nueva familia; matrimonio, además, cimentado sobre las bases de la unidad y de la indisolubilidad.

En esta familia es elemento primordial la ilimitada autoridad paterna, ejercida «en nombre de Dios y para el bien de los hijos»⁴⁹.

LACRUZ BERDEJO reconoce el choque de estos criterios con la legislación romana en vigor, no llegando a influir en el *Corpus iuris*. Influencia, sin embargo, que sí se deja sentir en los textos escritos del derecho germánico, más susceptible a dejarse moldear por los principios cristianos, hasta el punto de llegar la Iglesia, a través del Derecho canónico, a arrebatarse al poder civil la regulación de la institución primordial de la familia, que es el matrimonio⁵⁰.

Como recuerda CASTÁN TOBEÑAS, «la familia, y en especial el matrimonio, han sido regidos durante muchos siglos por el derecho canónico, sobre la base de que el matrimonio entre cristianos es un sacramento, y, en consecuencia, debe estar sujeto totalmente a la

⁴⁹ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, cit. en nota 46, pág. 13.

⁵⁰ *Idem*.

*legislación y a la jurisdicción eclesiásticas»*⁵¹. Y añade: «*Aun después de haber tenido lugar en muchos pueblos modernos la reconquista del derecho matrimonial y de la jurisdicción en las causas matrimoniales por el poder del Estado, todavía subsiste, con mayores o menores modificaciones, la concepción matrimonial cristiana»*⁵².

Recientemente, la profesora de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Alicante, Nieves MONTESINOS, citando a NAVARRO VALLS, reconoce la influencia decisiva que la Iglesia Católica y, por consecuencia, el derecho canónico han tenido en la construcción del modelo matrimonial europeo y americano, y aunque no han llegado a positivar un derecho de familia propio, «*el modelo familiar -dice- se ha visto fuertemente caracterizado por la construcción de la institución matrimonial y en especial de la construcción matrimonial canónica»*⁵³.

Consecuencia de ello ha sido la existencia en España de un elenco de civilistas, pertenecientes a unas determinadas generaciones de post-guerra que, en estas cuestiones (y otras), no han sabido diferenciar los conceptos religiosos católicos de los puramente jurídicos. Su propio pensamiento religioso, sus particulares creencias en la materia, las han trasladado, sin ningún tipo de disquisición o disección racional, a los conceptos jurídicos. Pertenecen a una determina escuela de pensamiento, nacida especialmente en los años siguientes a la Guerra Civil española de 1936-39 y, en gran medida, se identifican con el sistema político-religioso impuesto en España por la dictadura del general Franco.

En los temas de familia se pone ello especialmente de manifiesto.

En una primera época de sus trabajos jurídicos, estos autores, defensores a ultranza del derecho natural tomista y de la interrelación entre la moral católica y el derecho, no tienen empacho en formular definiciones o dar conceptos de la familia muy cercanos a los emanados de la doctrina católica imperante en la España del franquismo.

⁵¹ Ob. cit. en pág. 48 y pág. 39.

⁵² Idem.

⁵³ Nieves MONTESINOS SÁNCHEZ, "Familia y derecho: aproximación a la configuración jurídica y social del modelo familiar", en *XI Jornades jurídiques Unions de hecho*, Universitat de Lleida, 1998, pág. 363.

Así, por ejemplo, MUCIUS SCAEVOLA dice, al hablar del concepto familia en los derechos de uso y habitación, que se trata de un «*concepto moral del que devienen estados civiles*»⁵⁴.

En parecido sentido, DE DIEGO afirma que la familia es «*un organismo ético natural*»⁵⁵. Y mucho más explícito al respecto: «*También se suele nombrar familia la institución querida por Dios para la reproducción de la especie humana*»⁵⁶.

LACRUZ BERDEJO, tras calificar a la familia de un hecho connatural al hombre, apostilla: «*Los creyentes explicamos a veces esto que entra en el plan de Dios sobre la perpetuación y desarrollo de la especie humana*»⁵⁷.

Más adelante, estos mismos autores, y otros, omitiendo ya expresamente sus particulares creencias religiosas, insisten, sin embargo, en un concepto de familia cimentado sobre la base de los pilares católicos antes dichos: matrimonio y parentesco. Además, pese a la no necesidad de definición legal que, según se ha visto, predicán no pocos autores, son ellos mismos, sin embargo, los que se sienten impulsados a efectuar esa conceptualización de la familia, y aun a resaltar con ello sus rasgos esenciales.

Así, PUIG PEÑA afirma que familia es «*aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida*»⁵⁸.

LACRUZ BERDEJO, al hablar de la potestad doméstica del art. 1319 C.C., afirma que el concepto familia «*suscita la idea de un hogar común, ocupado por un matrimonio legítimo*»⁵⁹.

⁵⁴ Quintus MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día*, Madrid, Reus, 1948, t. IX, pág. 488.

⁵⁵ Felipe Clemente DE DIEGO, pág. 436.

⁵⁶ Ob. cit., pág. 437.

⁵⁷ *Derecho de familia*, cit., pág. 11.

⁵⁸ Federico PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, Madrid, Pirámide, 1976, t. V, pág. 18.

⁵⁹ *Derecho de familia*, cit., pág. 292.

En parecido sentido MUCIUS SCAEVOLA dice que *«familia es la que se constituye por el vínculo matrimonial, para sus fines»*⁶⁰. *«Con un margen -añade- para que la 'familia natural' pueda legitimarse por un matrimonio subsiguiente... Mayor extensión ya no sería familia, sino una agrupación generativa 'more familiae'»*⁶¹.

ALBALADEJO define la familia en sentido estricto como *«el grupo de personas compuesto por quienes están unidos en matrimonio y los hijos que se hallan bajo su potestad, o (a lo más), aun emancipados, no abandonaron el hogar paterno»*⁶². En un sentido más amplio -continúa- *«por familia se entiende... también el grupo de personas ligadas por vínculos de parentesco matrimonial de sangre»*⁶³. Y añade: *«Cuando se habla de familia se puede aludir (y así lo hacen frecuentemente la ley y los autores) a diferentes grupos de personas»*⁶⁴.

Recientemente, DÍAZ ALABART insiste en este concepto clásico de familia al definirla como *«un grupo de personas que se encuentran unidas entre sí por matrimonio o parentesco»*⁶⁵. *«El Código -dice- utiliza a veces la expresión 'interés familiar' o 'interés de la familia'...con una cierta dosis de indeterminación, pues tampoco aclara quienes componen el grupo familiar»*⁶⁶.

Para GARCÍA GARCÍA, *«familia, en un sentido técnico-jurídico, es el conjunto de personas entre las que median relación de matrimonio, parentesco o afinidad a la que la ley atribuye algún efecto jurídico»*⁶⁷.

⁶⁰ Ob. cit. pág. 488.

⁶¹ Idem.

⁶² Manuel ALBALADEJO GARCÍA, pág. 9.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Ob. cit., pág. 839.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Ob. cit., pág. 246 (concepto patrocinado por ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949).

6. Nuevas concepciones doctrinales de la familia

A finales de los años 60, el jurista francés JEAN CARBONNIER⁶⁸ describía los síntomas de la evolución social de la familia, a saber:

- La estatización. O sea, la progresiva intromisión del Estado en la familia tradicional, de por sí cerrada en sí misma, marginada del conjunto de la sociedad. Un intervencionismo estatal manifestado en un doble sentido: sustitución de la familia por el Estado en una serie de funciones (por ejemplo, la educación), y control de la familia por el Estado en otras (por ejemplo, intervención del juez en los conflictos matrimoniales).

Un fenómeno que en España ya es antiguo; digamos que tiene, cronológicamente, carácter preconstitucional. La intromisión del Estado, del poder civil, en las funciones de la familia es evidente.

Sin embargo, al respecto resulta curioso que algo que también se daba como hecho, como una situación estable e inatacable, comienza a ser puesto en tela de juicio por ciertos sectores sociales y jurídicos. Así, por ejemplo, recientes sentencias en España reconocen el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos la educación que libremente deseen, sin necesidad de sujetarse a las estrictas normas del sistema educativo estatal, permitiendo que los educandos no asistan a centro escolar alguno y reciban la instrucción y educación que sus progenitores quieran proporcionarles en su domicilio o en centros creados ad hoc. Por otra parte, legislaciones como la aragonesa tratan de evitar la intromisión del poder judicial en las cuestiones, ya no sólo matrimoniales, sino más genéricamente familiares, y atribuye a la llamada Junta de Parientes, como antes explicaba, un papel importante decisor en determinados conflictos y cuestiones de índole familiar.

- *El estrechamiento*. Refiriéndose con ello al paso de la tradicional «familia patriarcal o extensa» a la más limitada «familia nuclear o conyugal». Desde el punto de vista legislativo, pone como ejemplo la limitación de llamamientos, en la sucesión intestada, de los parientes colaterales, o la anteposición del cónyuge a los parientes colaterales del difunto.

⁶⁸ *Derecho flexible*, Madrid, Tecnos, 1974.

Siendo ello cierto, lo es también que hoy, y cada vez más, se abre camino la idea de la creación de agrupaciones familiares más extensas y distintas de la tradicionalmente llamada «familia nuclear». No es exactamente un retroceso hacia la antigua «patriarcal» (aunque de ella tome rasgos importantes), sino una configuración nueva y distinta en la que personas sin vínculo conyugal ni paterno-filial, con o sin relación alguna de parentesco, deciden agruparse en un proyecto de mutua ayuda y solidaridad recíproca, en la que juegan de forma importante elementos convivenciales, económicos, afectivos y otros. Un ejemplo claro de ello lo muestra el primer ensayo legislativo efectuado en la materia, concretamente, la ley catalana «sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua», de 28 de diciembre de 1998, prevista para regular «las situaciones de convivencia de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda, unidas por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que ponen en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y permanencia» (preámbulo de la ley).

Como digo, un primer ensayo normativo, al que estoy seguro seguirán otros en el resto de los ordenamientos civiles españoles.

Concretamente, y como antes apuntaba, en un reciente debate en las Cortes de Aragón, se ha aprobado una proposición no de ley por la que se insta al Gobierno Autónomo de esa Comunidad para que, dentro de la presente legislatura, remita al parlamento uno o varios proyectos de ley que desarrollen las tradicionales instituciones consuetudinarias aragonesas, y en especial las denominadas «acogimiento» y «dación personal».

- *La proletarización. Es decir, la desaparición de las grandes familias capitalistas y, con ellas, de instituciones clásicas como la dote o, incluso, en algunos casos la herencia misma (si no existe nada que heredar).*

Ello es así en España desde hace años. Muchos ordenamientos civiles han hecho desaparecer de su normativa la regulación de la dote. En otros que la mantienen, como el aragonés, la misma se ha convertido en una verdadera «reliquia histórica», inaplicable en la práctica cotidiana de las relaciones familiares.

- *La democratización. «Las relaciones de autoridad que caracterizaron en otro tiempo a la familia -decía-, han dejado el sitio a relaciones de reciprocidad, y... la autoridad del marido-*

padre, jefe de familia, se ha ido borrando ante la autonomía de la mujer y de los hijos» ⁶⁹.

En efecto, los cambios en los sistemas educativos, el soberbio desarrollo de los medios de comunicación, el progresivo avance de la mujer en la equiparación de sus derechos políticos y sociales, un auge sin precedentes en el reconocimiento del valor de la juventud, unido al propio hecho de la nuclearización de la familia, son algunos de los factores que han incidido de forma importante en un cambio profundo de las relaciones interpersonales de los miembros que la integran. De la «*autoritas paterna*» de la antigua familia patriarcal, se ha pasado a un núcleo familiar en el que cada uno de sus componentes -el padre, la madre, cada uno de los hijos, esencialmente-, tiene reconocido un papel importante en su sostenimiento y desarrollo. En esta nueva familia, lo que haya podido perderse en unidad formal (o uniformidad), se ha ganado en diálogo, respeto mutuo y recíproca confianza.

- *La desencarnación.* «*En la constitución de la familia, el elemento carnal o biológico ha perdido importancia en beneficio del elemento psicológico y afectivo*» ⁷⁰; son palabras literales del autor, quien al respeto añade: «*La familia no es ya una invisible red tejida iure sanguinis, sino que es un medio educativo, que no existe más que a condición de ser cotidianamente vivido*» ⁷¹.

Ciertamente, en la cultura moderna se ha superado ya el viejo criterio de la Iglesia Católica de considerar la procreación como uno de los fines esenciales del matrimonio y, por lo tanto, de conformación de la familia. La unión de un hombre y una mujer puede -y debe tener- un sentido importante per se, al margen del papel generador que esa unión pueda jugar.

El matrimonio sin hijos se erige así en la familia nuclear por excelencia que, en el orden interpersonal, desempeña el mismo papel, y con no menos valor, que la familia nuclear más amplia.

Sin olvidar que en esa nueva configuración de la familia puede entrar a formar parte también no sólo la pareja que se casa y no tiene hijos, sino

⁶⁹ Ob. cit., pág. 166.

⁷⁰ Idem, pág. 169.

⁷¹ Idem, pág. 170.

incluso la que no se casa porque no quiere o no puede (homosexuales, personas vinculadas con matrimonio anterior no disuelto), y, sobre todo, la que no puede procrear (homosexuales).

- *La desacralización. Según el autor, en el siglo XX ha desaparecido esa aura sagrada que, en otros tiempos de mayor religiosidad, envolvía todo lo familiar. Actualmente, la familia se contempla solamente como un hecho natural al que hay que tratar de un modo utilitario. «El derecho y las costumbres -dice- no se ordenan ya en este punto de conformidad con unos datos morales o religiosos, sentidos como algo trascendente»⁷². Y como claros ejemplos de ello cita el número creciente de matrimonios civiles y, de forma muy especial, las uniones libres no matrimoniales.*

Aproximadamente veinte años más tarde, otro pensador, Alvin TOFFLER, partiendo de la calificación de «familia de la segunda ola» a la tradicionalmente llamada «nuclear» -constituida por el matrimonio y los hijos-, auguraba que, sin perjuicio de su permanencia en el tiempo, la misma iba a tener que coexistir en parigual con otros tipos o modelos de familia⁷³.

«La llegada de la tercera ola -decía- no significa, naturalmente, el fin de la familia nuclear, como tampoco la de la segunda ola significó el fin de la familia ampliada. Lo que significa es que la familia nuclear no puede ya servir de modelo ideal para la sociedad» (aducía que en los EE.UU. el 93 % de la población no se ajusta ya a este modelo ideal de la segunda ola)⁷⁴.

Y citaba como ejemplos de esa «familia de la tercera ola»:

- La pareja estable no casada;
- Las parejas, casadas o no, que deliberadamente han decidido no tener hijos;
- Las «familias uniparentales», es decir, las constituidas por sólo el padre o la madre y los hijos (producto, en gran medida de las separaciones y divorcios);

⁷² Idem, pág. 171.

⁷³ *La tercera ola*, Barcelona, Plaza y Janés, 1984.

⁷⁴ Ob. cit., pág. 251.

- La «familia agregada», en la que dos cónyuges divorciados y con hijos se vuelven a casar, aportando los hijos de ambos matrimonios;
- Los matrimonios de homosexuales;
- Las comunas;
- Los grupos de personas de edad avanzada que se reúnen para compartir gastos;
- Las agrupaciones tribales entre ciertas minorías étnicas.

Y concluye afirmando: *«En lo sucesivo, la familia nuclear no será más que una de las muchas formas socialmente aceptadas y aprobadas»* ⁷⁵.

El primer síntoma de evolución apareció con el propio desarrollo industrial, y con él, la imparable disminución de la población rural, en beneficio de las modernas ciudades. Los cambios en el sistema de producción, unido al establecimiento de una estructura vital urbana, en nada parecida a la agraria, hicieron pasar de la tradicionalmente llamada «familia patriarcal o extensa», a la también denominada «familia nuclear o reducida».

Este primer paso ha dado lugar al desdoblamiento del concepto de «familia». Frente al sentido único que la patriarcal tenía, su nuclearización hace hablar hoy de dos clases de familias: la propiamente «nuclear», constituida normalmente por los padres y los hijos, conviviendo unidos durante un cierto tiempo, y una familia en sentido más amplio, integrada por una serie de parientes, directos y colaterales -abuelos, nietos, tíos, primos, sobrinos, etcétera-, que normalmente no conviven unidos, pero que mantienen unos determinados lazos afectivos y jurídicos todavía importantes.

Junto a estos elementos evolutivos, que podrían calificarse de naturales, otros, de carácter legislativo, producto a su vez de las propias demandas sociales, están también incidiendo de forma muy importante en ese proceso de cambio -que no de destrucción- del concepto de familia.

⁷⁵ Idem, pág. 255.

VI. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE FAMILIA EN LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES

A raíz de la promulgación en España de la vigente Constitución de 1978, comienza a atisbarse un cambio de orientación en toda esta materia. Unos autores por convicción (son, normalmente, personas nacidas en la post guerra), y otros por conversión (algunos de la etapa política anterior), desligan el concepto de familia de la tradición católica, restando importancia (o eliminándolos por completo) a esos elementos o pilares básicos sobre los que la misma se asentaba, especialmente, en lo concerniente al matrimonio.

Así, por ejemplo, MORO ALMARAZ habla de la *«familia a partir del matrimonio o sin este vínculo»* ⁷⁶. Y más concretamente: Hoy *«no pueden equipararse el concepto de matrimonio y familia»* ⁷⁷, o *«familia no es siempre equivalente a matrimonio»* ⁷⁸. Siguiendo a NAPOLI y DE CUPIS, afirma que *«la noción de familia es una variable dependiente del desarrollo social; se puede decir más, de los usos sociales de cada época histórica que llevan a una reducción o ampliación según las generaciones que vivan conjuntamente»* ⁷⁹.

En este sentido, citando a LECHERER, LACRUZ BERDEJO afirma que *«para obtener un concepto de familia podemos recurrir, sea a lo que como tal considera la gente, ahora y en el pasado, sea a las concepciones jurídicas de cada momento: a la representación normativa del instituto. En un libro de derecho parece esto último lo más adecuado»* ⁸⁰.

Para el derecho español, volviendo a MORO ALMARAZ, opina esta autora que *«el principio inspirador de las reformas del 13 de mayo y del 7 de julio de 1981 supuso un cambio de rumbo de la normativa del derecho de familia... (y) todo ello conlleva una renovación global en la concepción de la familia»* ⁸¹.

⁷⁶ Ob. cit., pág. 1021.

⁷⁷ Ob. cit., pág. 1024.

⁷⁸ Idem, pág. 1026.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ *Derecho de familia* cit., pág. 9.

⁸¹ Ob. cit., pág. 1027.

Como reconoce Encarna ROCA, «los cambios producidos en el derecho de familia en los últimos veinte años tienen su base indiscutible en los cambios sociales que han tenido lugar en el mismo período»⁸².

En la España actual, el principal de ellos ha sido la reintroducción normativa del divorcio. Durante más de cuarenta años de régimen dictatorial, en nuestro país el divorcio ha estado prohibido. Existía la separación matrimonial, pero sin la alternativa legal de la posibilidad de «romper» el vínculo matrimonial y, eventualmente, constituir uno nuevo por segundo matrimonio. Era algo así como tolerar el «elemento destructivo» de la unión conyugal, pero sin permitir ese segundo «elemento constructivo» que puede ser el divorcio como vía hacia una ulterior unión matrimonial. Al régimen de Franco, cimentado en una ética nacional-católica que, por cierto, se quedó notoriamente aislada del resto del mundo occidental, no parecía importarle que una pareja rota solemnizase su desencuentro mediante un proceso de separación matrimonial; sin embargo, la posibilidad de una reconstrucción de la vida afectiva en pareja, mediante una nueva unión matrimonial, a partir del divorcio previo, le parecía inaceptable. Es decir, y hablando en términos de familia, romper la existente era posible, tratar de «recomponerla», una «infamia» (y en algunos momentos, un delito, el de adulterio).

En sus primeros momentos, a raíz de 1981, el divorcio fue utilizado en España como un instrumento para resolver situaciones de ruptura matrimonial ya existentes por la vía de los hechos o, en muchos casos, «larvadas».

En esta primera etapa, el divorcio sólo servía para dar forma legal a la separación definitiva de dos personas cuyo matrimonio había fracasado.

Después, y conforme el divorcio se ha ido introduciendo y aceptando en la sociedad española, éste ha servido, dando un paso más, para el establecimiento legal y formal de una nueva situación matrimonial y, con ella, la creación de una nueva familia, o mejor, de unas nuevas familias. Unas veces, la que constituyen el marido o la mujer divorciados solos con sus hijos; otras la que uno u otra, o ambos, generan al contraer un nuevo matrimonio del que tienen nueva descendencia; en determinadas ocasiones, esa nueva pareja matrimonial conviviendo con los hijos -todos o sola-

⁸² Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 31.

mente algunos- de cualquiera de sus miembros o de ambos; otras, en fin, la que se forma viviendo en común el nuevo matrimonio con hijos comunes, habidos de la nueva unión, y con hijos propios de uno de ellos o de ambos. Todo un sin fin de posibilidades que genera una casuística difícil de encerrar en simples esquemas.

Pero lo que no puede negarse es que en todos esos supuestos surge o se da lugar a unos nuevos tipos o modelos de familia, tan dignos de protección como la nacida de la unión matrimonial única y estable. El legislador español ha tomado conciencia de ello y, poco a poco, las normas legales de todo orden van acomodando sus disposiciones a estas nuevas orientaciones sociales, tratando de evitar que a su través puedan generarse situaciones de privilegio para uno u otros tipos de familias.

En paralelo con estas reformas en materia matrimonial, se han venido produciendo, en España, otras afectantes en este caso a la filiación. Me refiero a las habidas, a lo largo de varias décadas, y en sucesivas reformas del Código Civil primero, y de las legislaciones territoriales después, tendentes a la equiparación de los hijos adoptivos con los habidos por naturaleza.

Desde la época en que los hijos adoptados eran tenidos como algo distinto de los biológicos, como una especie de «hijos de segundo grado», se ha pasado actualmente a una equiparación prácticamente total de unos y otros. En lo que aquí interesa, la afirmación legal más importante es la que determina que, en caso de adopción, el hijo adoptivo «rompe» sus relaciones familiares con su familia biológica de origen y, simultáneamente, adquiere unos lazos de familia, como si de un hijo de procreación propia se tratara, con sus padres adoptantes y con los parientes de éstos.

Surge así una nueva concepción de la familia que trasciende la esfera de la naturaleza, para dar entrada en ella a un nuevo tipo de miembros que, desde ese momento, van a tener iguales derechos y obligaciones que anteriormente tenían sólo los descendientes procreados en el seno de un matrimonio.

Y un paso más al respecto: las modernas legislaciones españolas ya no sólo permiten la adopción por parte de los matrimonios, sino que también la autorizan a las personas no ligadas por vínculo matrimonial, normalmente, viudos o solteros, incluso a las parejas no casadas.

Y llegamos en esta compleja evolución de la familia al fenómeno de la pareja no casada. Un fenómeno relativamente nuevo desde el

punto de vista legislativo. Ha sido en los finales del siglo XX cuando determinados legisladores -estatales o regionales- han comenzado a prestar especial atención a éste, tratando de regularlo de una u otra manera. No resulta fácil en los momentos actuales tener una perspectiva lo suficientemente amplia en el tiempo para juzgar acerca de la evolución que, en el futuro, pueda experimentar este fenómeno.

Las causas que lo generan son, desde luego, muy complejas, pero el hecho real es que, de una manera creciente, dos personas, de igual o diferente sexo, se unen afectivamente, al margen de la institución matrimonial, con el objeto de generar una convivencia estable muy similar al matrimonio. Incluso, en algunos casos, con hijos propios o adoptados.

A mí, personalmente, no me cabe la menor duda (mi experiencia profesional así me lo dicta) de que en esas relaciones de pareja -y tanto sea ésta homo o heterosexual- surge o puede surgir una familia, en nada distinta, «naturalmente», de la generada por el vínculo matrimonial.

En la jurisprudencia española va abriéndose ya camino esta idea. Tras el voto particular del magistrado Gimeno SENDRA a la STC de 15 de noviembre de 1990, en el que hace una distinción entre lo que él llama «familia jurídica» -la nacida de la unión matrimonial- y «familia natural» -la generada por la unión libre en pareja de hecho (él se refiere aquí sólo a la heterosexual)-, la primera y más importante resolución al respecto fue la STC de 11 de diciembre de 1992, en la que se afirma categóricamente que «nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio», dos instituciones, «matrimonio» y «familia», cuya protección constitucional aparece en dos preceptos nítidamente diferenciados -los arts. 32 y 39 CE, respectivamente-, y que la protección a la segunda «responde a imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen.»

En también muy importante resolución, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de octubre de 1992, tras reconocer «la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer», afirma «la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial».

O la más reciente sentencia, también del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998, en la que se da ya por sentado que la protección al con-

viviente de una pareja no casada está basado en el art. 39 CE regulador de la protección a la *familia*.

La Audiencia Nacional, en su importante sentencia de 2 de julio de 1996 (de equiparación de la pareja no casada con el matrimonio al objeto de aplicar en la sucesión hereditaria entre los miembros de aquélla la Tarifa I del Impuesto de Donaciones y Sucesiones), habla también de «la extensión y generalización que de las ‘uniones de hecho’ se va produciendo en nuestra sociedad, como una opción legítima más en la creación de una familia».

Criterio jurisprudencial que se pondrá especialmente de manifiesto en los procesos judiciales afectantes a las parejas de hecho. Sirva como ejemplo, por otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 29 de abril de 1998, en la que con referencia a los artículos de la Constitución referidos a estas materias, se afirma que «en el 39 se viene a proteger genéricamente a la familia», sin distinción entre la matrimonial y la de hecho.

No sin excepciones, *la doctrina más reciente se hace eco de estos criterios*.

Así, por ejemplo, LLEBERÍA SAMPER, con apoyo en la doctrina jurisprudencial expuesta y en la propia realidad social, viene defendiendo abiertamente un concepto amplio de «familia», comprensivo no sólo de la matrimonial, sino también de la nacida de la unión libre ⁸³.

Con igual claridad, TALAVERA FERNÁNDEZ da un paso más y concluye que «*los principios constitucionales de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, además de la protección social, económica y jurídica de la familia no matrimonial, propugnada por la interpretación que del art. 39.1 CE realiza el TC, parecen exigir un derecho de familia menos referencial al matrimonio y más abierto a formas alternativas de desarrollo y organización de la afectividad*» ⁸⁴.

⁸³ Sergio LLEBERÍA SAMPER, *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997.

⁸⁴ Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, Dykinson, 1999, pág. 129.

En igual sentido, MONTESINOS SANCHEZ afirma que *«se nos abre por delante la posibilidad de análisis del modelo familiar desde una perspectiva globalizadora. En ella el binomio unión de hecho-familia de hecho no se plantea como contrario u opuesto al de unión matrimonial-familia matrimonial, sino como integrantes ambos de la institución familiar que ampara el artículo 39 de nuestro texto constitucional»*⁸⁵.

LLEBERÍA SAMPER, y a propósito de las críticas que dirige a la ley catalana de uniones estables de pareja, de 1998, una de las mayores censuras a la misma es no haber contemplado la posibilidad de que los miembros de esas parejas heterosexuales puedan sucederse, entre sí, abintestato. Dice el autor: *«Creyó el legislador que la sucesión intestada está para premiar el matrimonio»*. Y añade: *«La sucesión intestada no está para premiar a nadie ni para privilegiar instituciones, sino para avenirse con la realidad. Su misión es distribuir un caudal conforme criterios de equidad y justicia»*⁸⁶, los cuales entiende se encuentran *«en los afectos y sentimientos que son lógicos y naturales se profesen en favor de un determinado círculo de personas cercanas al causante»*⁸⁷.

De una manera más directa, MARTINELL afirma que *«sería deseable, tanto por razones de fondo como de método, configurar un derecho de familia menos referencial al matrimonio»*. Y añade: *«Urge superar, en suma, buena parte de los agregados culturales y dogmáticos que se han ido acumulando a lo largo de los siglos, y que permanecen en la institución (matrimonial) de forma larvada, residual y anacrónica, pero originando todo tipo de conflictos, contradicciones y reticencias»*⁸⁸.

O, por fin, como apunta Encarna ROCA, *«el matrimonio ya no identifica una familia»*⁸⁹, *«ha perdido -dice- su valor como elemento básico*

⁸⁵ Ob. cit., pág. 361.

⁸⁶ Sergio LLEBERÍA SAMPER, *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, pág. 101.

⁸⁷ Ob. cit., pág. 102, nota 55.

⁸⁸ Josep M. MARTINELL GISPERT-SAÚCH, "La llei d'unions estables de parella", La Notaría, febrero, 1999, pág. 64.

⁸⁹ Ob. cit., pág. 91.

*para determinar cuándo va a existir un grupo al que vamos a otorgar el nombre convencional de familia»*⁹⁰; consecuentemente - concluye- «*la estructura tradicional, basada en el matrimonio, no puede asegurar una protección total*» a la familia⁹¹.

A la vista de estas afirmaciones jurisprudenciales y doctrinales, podría sacarse una primera conclusión al respecto: el concepto de familia da un paso más en su evolución, y en las postrimerías del siglo XX se abre, constitucionalmente, a las parejas de hecho -hetero u homosexuales- en convivencia estable «análoga a la conyugal», respondiendo a una realidad social a la que el legislador no puede ser ajeno. Esa célula básica social que es la familia sigue existiendo, sólo que transformada, o mejor dicho, ampliada en sus formas y en sus orígenes

Hay, sin embargo, un aspecto del concepto tradicional de la familia en el que, ni los autores, ni la jurisprudencia han prestado atención en esto que estamos dando en llamar la evolución social de la familia. Me refiero a la idea del parentesco, de la familia llamada parental.

A mi juicio, uno de los fallos que los legisladores e intérpretes de este siglo cometen cuando hablan de familia es confundir a ésta con los parientes, identificarla con el parentesco, cuando ambos conceptos no tendrían por qué ir necesariamente unidos. Ya se ha visto que en épocas anteriores la familia tenía un sentido de mayor amplitud, comprendiendo en ella a otras personas que no mantenían entre sí relación parental alguna.

Desde mi punto de vista, el parentesco es un instrumento legal concebido con el objeto de obtener unos determinados resultados prácticos. Con él se parte de unos criterios objetivos, aislados completamente de cualquier consideración subjetiva, que en algunos momentos resultan útiles, aunque en muchas ocasiones no sean justos. El parentesco responde a criterios meramente pragmáticos, y va unido a la determinación de efectos económico-jurídicos que, muchas veces, poco o nada tienen que ver con el concepto auténtico de familia. Así, por la vía del parentesco al legislador le resulta cómoda la determinación, por ejemplo, de quienes son legitimarios, o de quienes tienen derecho en la sucesión

⁹⁰ Ob. cit., pág. 225.

⁹¹ Idem.

intestada de una persona fallecida o a quienes les está vetado el contraer matrimonio con otra persona. El parentesco es algo así como la asepsia familiar, fría, objetiva, despersonalizada, pragmática. Una concepción, a mi juicio, errónea de la familia que ha inducido a ciertos autores a calificar a ésta como *«la institución de que dispone la sociedad para regular la procreación, el cuidado y educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad»*⁹².

Con esta concepción de lo que daría en llamar «familia parental» se dejan fuera una serie de situaciones sociales tan o más relevantes que el propio parentesco. Con ella, además, puede darse lugar a situaciones no enteramente justas, al atribuir derechos o posiciones jurídicas a determinadas personas por el solo hecho de «encontrarse» en un determinado grado de parentesco con otra u otras: un punto de partida absolutamente «pasivo», en el que para nada juegan actitudes, afectos o relaciones personales.

A veces, algunas leyes civiles son conscientes de ello y tratan de eludir esa identificación tan poco justificada entre familia y parientes.

Así, por ejemplo, la Compilación del derecho civil de Aragón, en su redacción de 1985, al tratar de la composición de la Junta de Parientes (auténtico tribunal familiar con muy amplias atribuciones), determina que la misma «la formará (el juez) con dos parientes idóneos... teniendo en cuenta preferentemente el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco» (art. 20.3). Aunque tímido, este texto normativo supone un avance relativamente importante con respecto al anterior de 1967 (primera redacción oficial de la vigente Compilación aragonesa), en el que el mismo artículo se limitaba a señalar que la Junta «la formarán los dos más próximos parientes, uno por cada línea o grupo familiar, prefiriendo, en igualdad de grado, el varón y, en igualdad de sexo, el de más edad».

Con independencia de otros criterios diferenciadores, nótese que en 1985 el legislador aragonés, aunque en esta materia sigue aferrado a la idea de la «familia parental» (el propio nombre de la institución, Junta de Parientes, delata la intención), trata de relativizar la importancia del parentesco al exigir, aunque dentro de éste, ese «mayor

⁹² Robert BIERSTEDT, *The social order*, New York, 1957, pág. 341.

contacto con la casa». Como he señalado al comentar este precepto foral, «en la práctica, con bastante frecuencia los parientes más próximos son personas muy alejadas de la casa, física o moralmente, o ambas conjuntamente, mientras que hay parientes, más lejanos en grado parental, que, sin embargo, y por muy diversos motivos, están más próximos... a los intereses de la familia. Ellos serán los que habrán de formar parte de la Junta de Parientes»⁹³.

Sin lugar a dudas, el parentesco, tal y como hoy es concebido por las leyes, ya no constituye, ni mucho menos, el único elemento determinante del nacimiento y existencia de una familia. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en la comunidad convivencial que conforman los matrimonios de segundas o ulteriores nupcias con los hijos de uno solo de los cónyuges. Nadie discute hoy que los cónyuges entre sí y cada uno de éstos -padrastros y madrastras en la terminología popular- con la prole del otro, conforman una auténtica familia. En Aragón, la reforma llevada a cabo en la Compilación de 1967, por ley autonómica de 21 de octubre de 1985, al dar nueva redacción al art. 9, tuvo en cuenta estas situaciones familiares, y dispuso que «cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar que corresponda a éste, si así se lo pide».

Un precepto que, aunque motivo de «escándalo» para algunos «juristas ortodoxos», goza de importantes antecedentes en el derecho aragonés del presente siglo: así, el Apéndice Foral de 1925 disponía en su art. 2º, regla 1ª que «no se podrá separar a los hijos e hijastros de la compañía del cónyuge supérstite... mientras haga efectiva la obligación legal de alimentarlos...»; y el art. 10.2 de la Compilación de 1967 determinaba que «fallecido un cónyuge bínubo, el sobreviviente podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación...». Por mi parte justificaba esta reforma legislativa en base a la necesidad de lograr una buena convivencia familiar entre los cónyuges y los hijos propios de uno solo de ellos, convivencia que *«exige una unidad de dirección en el seno del hogar, y ésta sólo se puede lograr legal-*

⁹³ José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios...*, Madrid, Edersa, 1986, 1ª ed., t. XXXIII, vol. 1º, pág. 243.

mente si ambos cónyuges tienen iguales derechos y obligaciones sobre todos los menores que convivan en la casa» ⁹⁴.

Por su parte, CASTÁN VAZQUEZ elogiaba esta norma foral por cuanto «*se aparta del criterio de desconfianza apriorística hacia los padrastrros que siguió el C.C.*» ⁹⁵.

Si, como señala la mayor parte de los autores, la familia es un fenómeno social natural, al que el derecho acoge y delimita con sus normas positivas, creo que el actual aferramiento a la idea del parentesco es algo que, aunque en otros momentos haya podido tener su importancia, incluso haya podido reflejar una realidad social, en la actualidad ésta desborda con mucho, me parece, ese sentido hermético que el legislador quiere dar a la familia. Creo que ha llegado el momento en el que las normas civiles cambien de orientación, si no quieren quedar, una vez más, al margen por completo de la realidad social a la que tratan de servir.

VII. A MODO DE COLOFÓN

A modo de colofón, permítaseme realizar unas reflexiones finales en torno a toda esta compleja materia.

En mi opinión, la familia, y pese a las profundas transformaciones estructurales que está experimentando, sigue siendo esa «célula básica» de la sociedad de que suele hablarse; la sede en la que el ser humano nace y se desarrolla en los primeros años de su existencia. La familia es el elemento generador del individuo y el lugar en el que éste adquiere las primeras nociones de su propia existencia y alcanza los conocimientos básicos que van a permitirle emprender el camino de su personal evolución.

La familia es núcleo generador de vida, pero también apoyo y sustento -material y espiritual- de cada uno de sus componentes. Y no sólo de los nuevos seres en ella engendrados, sino también de sus propios elementos creadores, la propia pareja; y, en muchos casos, de «allega-

⁹⁴ *Comentarios...* cit., tomo XXXIII, vol. 1º, 1ª edic., Edersa, Madrid, 1986, pág. 125

⁹⁵ José María CASTÁN VAZQUEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1982, t. III, vol. 2º, pág. 250.

dos» a la misma que encuentran en ella el «refugio vital» del que han carecido siempre o han perdido en algún momento de su vida. Encarna ROCA la califica, muy plásticamente, de «*agencia de bienestar social*»⁹⁶, y al respecto advierte que «*en un Estado social y democrático de derecho, las instituciones familiares tienen su razón de ser en tanto que aseguran al individuo que forma parte de las mismas la garantía de los derechos fundamentales de que es titular*»⁹⁷.

En la familia, y no solamente en los primeros años de su vida, el hombre encontrará -o debería encontrar- la base de sus más elementales relaciones interpersonales. Un núcleo humano, asentado en el amor y la confianza, en el que cada uno de sus miembros enriquece y conforma su propia personalidad en la convivencia, en el recíproco intercambio de ideas, modos de vivir, hábitos y costumbres, sentimientos, derechos y obligaciones. Además, la familia, que es el punto de arranque básico de la persona para su proyección hacia el futuro, es al mismo tiempo el lugar al que también se regresa cada vez que el individuo siente la necesidad de «refugiarse» en el presente. Es y debe ser un punto de referencia permanente con el que todo ser humano debe poder contar en cada momento de su trayectoria vital en el que necesite retomar las fuentes primigenias de su propio ser.

Es, por fin -puede y debe serlo- el refugio último, la etapa final del ser humano, los momentos en los que la sociedad deja de ofrecer ese sustento, ese punto de apoyo del que todo individuo se sirve en el normal desarrollo de su personalidad cuando se encuentra en la plenitud de sus fuerzas físicas y morales. La familia entonces como retiro físico y espiritual de quienes ya han cumplido con la «misión de vivir» y sólo les queda la función biológica de morir.

La familia es una célula básica en la que los Estados modernos se apoyan para la inicial preparación del ciudadano hacia el logro de sus metas personales, alcanzadas en beneficio propio, pero necesarias también para el propio sustento de la sociedad en la que se inserta. Pero una célula, también, que mantiene todo su sentido interpersonal y social aún cuando en ella no se produzca el fenómeno generador de vida.

⁹⁶ Ob. cit., pág. 205.

⁹⁷ Ob. cit., pág. 22.

Tal como se concibe la estructura sociopolítica en los países de nuestro entorno -la llamada cultura judeocristiana occidental-, la familia ha sido y seguirá siendo por mucho tiempo una estructura vital básica, de la que no se debe pensar en prescindir, al menos, en un futuro a medio plazo.

VIII. CONCLUSIÓN

En mi opinión, y de acuerdo con cuanto queda expuesto, creo que el legislador, o mejor, los legisladores españoles deberían revisar el concepto de «familia» en su aplicación práctica a las diferentes instituciones en las que la misma es utilizada como punto de referencia para atribuir determinados derechos y obligaciones. Y hacerlo desde los siguientes parámetros:

- 1º) La eliminación del matrimonio como requisito imprescindible para el nacimiento de una nueva familia;
- 2º) Prescindir igualmente del parentesco para la determinación de los derechos y obligaciones vinculados a la familia;
- 3º) En sustitución de ambos, dar un valor preferente a la convivencia, como elemento a partir del cual puede existir un grupo familiar determinado;
- 4º) Tratar de establecer, con la mayor generalidad posible, un concepto legal de familia en el que, volviendo a los criterios etimológicos clásicos, utilizar como elementos definitorios la Casa (*Munt*) en un sentido amplio, la convivencia (*Familia*) y la dependencia solidaria derivada de la obligación de alimentos (*Famer*).

Con ello creo que se conseguiría alcanzar dos metas importantes: una, dar respuesta a las nuevas necesidades sociales; y dos, clarificar, definitivamente, todas aquellas normas e instituciones civiles en las que el referente «familia» está situado en el centro de atribución de una serie de derechos y obligaciones personales y patrimoniales.

El asunto es arduo, pero merece la pena. La sociedad, primera y principal receptora de las normas civiles, necesita conocer, en cada momento, el alcance exacto de las atribuciones que la ley le confiere y el límite preciso de sus derechos y obligaciones en sus relaciones interpersonales, dentro y fuera del ámbito familiar.

He dicho. Muchas gracias.



TEORÍA GENERAL DE LOS TÍTULOS VALORES EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL DE HONDURAS

por SERGIO ZAVALA LEIVA *

SUMARIO: I. Notas preliminares. II. Denominación. III. Definición. IV. Su naturaleza jurídica y características. V. Notas características o esenciales. VI. Conclusiones.

I. Notas preliminares

He querido introducir este tema aplicado a la ley hondureña para compartir con mis colegas argentinos una cuestión que trato desde el punto de vista del derecho comparado, con sus reminiscencias históricas y el análisis doctrinario de los tratadistas que he seguido en el desarrollo de la presente exposición, no sin antes confesar que no pretendo expresar algo nuevo, sino plantear en el seno de esta augusta Academia una temática que está vinculada al derecho argentino por tener su misma *ratio* y naturaleza jurídica.

En el derecho comercial moderno, uno de los fenómenos de mayor importancia es el surgimiento y posterior desarrollo de la gran categoría de cosas mercantiles que son los títulos valores, que se perfeccionan de la edad moderna en adelante y que tienen como su función principal la de «*circular con leyes propias sobre el inmenso cúmulo de cosas, muebles e inmuebles, que forman la riqueza social*»¹.

* Discurso pronunciado en su recepción el 17 de octubre de 2000.

¹ César VIVANTE, *Tratado de derecho comercial*, t. II, pág. 135.

La época mercantilista y materialista que estamos viviendo ha realizado la paradoja de convertir la riqueza material en un fenómeno ideal, en conceptos jurídicos incorporados en títulos de crédito. Puede decirse, según Cervantes Ahumada ², que en la actualidad un gran porcentaje de la riqueza comercial se representa y se maneja por medio de tales títulos, los cuales no han surgido en los ordenamientos legales en forma intempestiva, sino que su desarrollo se ha dado en la práctica, que ha producido las diversas clases de títulos (letras de cambio, pagarés, cheques, certificados de depósito, etcétera) para llenar una necesidad comercial típica, de donde se han recogido y regulado como una institución jurídica por las diversas leyes, que los han extendido a todos los países, ameritando una regulación internacional especial.

Ascarelli ³ sostiene que la mayor contribución del derecho mercantil en la evolución de la economía moderna se produce por medio de los títulos valores, institución que, fruto de la práctica y de la realidad, debe su acabada perfección instrumental a los esfuerzos de la doctrina.

Siguiendo a Broseta Pont ⁴, diremos que la importancia económica de los títulos valores radica en que por medio de éstos se materializan las grandes fortunas personales, se ejerce el control económico por aquellos grupos que detentan el poder económico y financiero nacional y extranjero, y se hace posible acceder al mercado de capitales para una adecuada explotación de las actividades mercantiles e industriales en las economías modernas. Por medio de los títulos valores se realizan la mayoría de las operaciones bancarias, de cuya intervención e intermediación en el crédito depende en gran parte la vida económica de las naciones. Los títulos valores son, además, instrumentos jurídicos esenciales en el transporte de mercaderías, que frecuentemente posibilitan las ventas internacionales, operaciones de exportación e importación de cuya seguridad o equilibrio depende la prosperidad de las economías nacionales.

² Raúl CERVANTES AHUMADA, *Título y operaciones de crédito*, México, Herrero, 1976, pág. 7.

³ Tulio ASCARELLI, *I titoli di credito*, Padova, 1933.

⁴ Manuel BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, 7ª edición, Madrid, Tecnos, 1955, pág. 2.

El estudio y regulación de los títulos valores se ha producido en tiempos diversos, habida cuenta que éstos han surgido en momentos también diversos. Se ha desarrollado desde principios del siglo XX una teoría unitaria o general, dentro de la cual quedan contemplados toda esa gran gama de documentos, llamados títulos valores o de crédito, como son los estudios realizados por el gran maestro italiano César Vivante y por los eminentes juristas que lo han seguido, destacándose entre ellos Francesco Messineo y Tulio Ascarelli.

Los indicados juristas se han enfrentado al obstáculo de la falta de una legislación unitaria de títulos valores, por lo que han realizado un estudio particular de cada título para destacar las características fundamentales de cada categoría. La ley mexicana, dice el maestro Cervantes Ahumada ⁵, ha tenido la ventaja de que, siguiendo las doctrinas más modernas sobre la materia, ha promulgado la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 1932, que reduce los títulos a una sola categoría, estableciendo normas generales que regulan sus características fundamentales y normas o preceptos especiales para la regulación de cada especie de título. Con posterioridad a la ley mexicana otras legislaciones han establecido este tratamiento general o unitario, como el Código Suizo de las Obligaciones, en vigor desde 1937, y el Código Civil Italiano, vigente desde 1942, aunque Italia mantiene separada su ley cambiaria.

II. Denominación

En la doctrina existen tres nomenclaturas diferentes para representar la institución que tratamos. El Prof. Gutiérrez Falla ⁶ las agrupa así: *papel* o *título valor*, a que se refiere la doctrina alemana, *título de crédito*, conforme a la doctrina italiana, y finalmente, *instrumento negociable*, como los llama la doctrina anglo-americana.

⁵ Ob. cit., pág. 8.

⁶ Laureano GUTIÉRREZ FALLA, *Apuntes de derecho mercantil*, Tegucigalpa, Imprenta López y Cía., pág. 195.

Para Jacobi ⁷ es la Ordenanza alemana de 1848, elaborada por los grandes mercantilistas de la época, la primera ley orgánica sobre la materia que eleva la letra de cambio a instrumento de crédito; posteriormente la legislación alemana, completada por una serie de leyes adicionales, fue adoptada por el régimen cambiario de gran número de países, lo que constituye el sistema alemán antes mencionado; para este autor, la segunda nomenclatura es introducida por el sistema cambiario del Código francés, en lo que no estamos de acuerdo, puesto que es la legislación italiana la que lo desarrolla, aunque posteriormente se pasa al sistema alemán, tal como se encuentra plasmado hoy día en el Código Civil italiano de 1942. Finalmente Jacobi se refiere al tercer grupo, reseñado anteriormente, que se opone como una tercería a los dos sistemas anteriores y es adoptado por Inglaterra y Estados Unidos de América, en donde rige la Ley sobre instrumentos negociables; de ahí su tercera nomenclatura.

De todas ellas la que encuentra mayor profusión en las legislaciones latinas es la de «título de crédito», como se le conoce también en varias legislaciones, incluyendo la argentina, y que es tomada del derecho italiano y francés. Esta denominación ha sido controvertida por autores que siguen las doctrinas germánicas, quienes aducen que la connotación gramatical no concuerda con la connotación jurídica, ya que no en todos los títulos predomina como elemento fundamental el derecho de crédito; Garrigues ⁸, por ejemplo, es del parecer de que la designación de «títulos de crédito» es poco comprensible, porque por un lado no alude a otro aspecto distinto del crédito, cual es la denominación jurídica de la cosa misma, propia de los títulos llamados de tradición; mientras que por otra parte existen títulos, como las acciones de las sociedades anónimas, que no atribuyen un solo derecho de crédito a su titular, sino más bien un conjunto de derechos subjetivos de índole variada, que componen una cualidad o posición jurídica compleja, prefiriendo dicho autor el nombre de títulos-valores, que adopta la ley hondureña, para designar jurídicamente a estos documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo.

⁷ Ernesto JACOBI, *Derecho cambiario*, 1ª edición, Madrid, Editorial Lagos, 1930, pág. 9.

⁸ Joaquín GARRIGUES, «Tratado de derecho mercantil», t. II, Revista de derecho mercantil, Madrid, 1955, pág. 2.

La ley mexicana que antes citamos sustituye el término de «títulos de crédito» adoptando el de «títulos valores», traducido de *Wertpapiere*, como se conoce a estos documentos en la doctrina alemana, y que la legislación hondureña toma por haber sido el jurista mexicano Joaquín Rodríguez y Rodríguez su principal redactor, junto con el maestro hondureño Don Roberto Ramírez. En efecto, para Rodríguez y Rodríguez ⁹ *«la expresión títulos de crédito es incorrecta para expresar el auténtico contenido que la ley les quiere dar, ya que parece constreñir el ámbito de esta categoría de cosas mercantiles a una sola de sus variedades: la de los títulos que tienen un contenido crediticio; es decir, que imponen obligaciones que dan derecho a una prestación en dinero u otra cosa cierta. Por eso preferimos la expresión títulovalor, que fue utilizada por primera vez en lengua castellana por el español Ribó, en un artículo publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, y que después ha sido utilizada por numerosos escritores»*.

En nuestro criterio, el término empleado por la ley hondureña es el que más se ajusta a la definición que hace Vivante ¹⁰ al definir los títulos valores como *«los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo en ellos consignado»*, concepto que es recogido por el art. 449 del Código de Comercio vigente en Honduras.

Se ha criticado también que el término aludido no es exacto en cuanto a su significación gramatical, porque existen muchos títulos que representan un valor y no están comprendidos dentro de la categoría de los títulos de crédito, y por su parte hay muchos títulos de crédito que en realidad no puede decirse que incorporen un valor. Sin desconocer estos inconvenientes, algunos autores, como Cervantes Ahumada, sostienen finalmente que los conceptos jurídicos no deben ser interpretados etimológica o gramaticalmente, sino desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Los defensores del término adoptado por la legislación hondureña aducen que si bien es cierto que el valor puede servir de instrumento de crédito, su característica más notable es la incorporación del derecho al título, siendo imposible el ejercicio de la acción cartular por

⁹ Joaquín RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *Curso de derecho mercantil*, t. I, 2ª edición, México, Porrúa, pág. 251.

¹⁰ César VIVANTE, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, Reus, 1936, t. III, epig. 953.

aquel que no tenga el título, y a *contrario sensu*, como lo expone Gutiérrez Falla ¹¹, se puede ejercitar en ciertos casos dicha acción por quien posea el título, aunque en realidad no sea el dueño del derecho contenido en el negocio causal.

En la práctica se demuestra que el término *títulovalor* adoptado por las legislaciones que lo han hecho suyo, incluyendo la hondureña, es correcto a pesar de las críticas que pudieren hacersele; la idea original que estos títulos tenían de cambio trayecticio y la posterior de documento de crédito han ido evolucionando, llegándose al punto en el cual lo que los comerciantes buscan en estos documentos no es solamente el cambio de una plaza a otra, ni el de instrumento de crédito, ya que en ciertos casos no lo es, como acontece por ejemplo con las acciones en una sociedad anónima, sino por contra, el de un documento negociable y con cuya tenencia pueden ejercitarse los derechos en él incorporados; en otras palabras, un documento «con valor». De ahí el origen de «título valor», lo cual ha sido recogido en las practicas bursátiles, en cuyas operaciones se le denomina «valores».

Como queda expuesto anteriormente, la importancia de los títulos valores en las economías nacionales estriba en que modernamente éstas son esencialmente de tipo crediticio; en ellas el crédito se ha convertido en la palanca fundamental de su dinámica. De esta forma el empresario que vende concede crédito a sus compradores para acrecer el número de éstos y para aumentar el volumen de sus ventas; y los bancos preferentemente conceden a quienes lo necesitan el crédito que han recibido de sus clientes. De esta forma el crédito, como cualquier otro derecho, contiene intrínsecamente un valor que debe someterse a circulación, porque la economía moderna exige la transmisión de todo lo que implique un valor patrimonial, lo que debe efectuarse con el máximo de rapidez, simplicidad y seguridad jurídica, lo que únicamente puede lograrse con los títulos valores, en contraposición a la antigua figura de la *cesión de créditos* del derecho civil que no procuraba su rapidez en el tráfico ni ofrecía aquella deseada seguridad. De ahí que la fuerza creadora del derecho dio vida a los títulos valores, concebidos éstos

¹¹ Ob. cit., pág. 157.

como una institución jurídica que ha permitido la rápida y segura transmisión de los derechos incorporados a dichos títulos.

El maestro César Vivante ¹² considera que los títulos valores son una categoría de cosas que circulan con leyes propias y que tienen la función económica de ser representativas de la riqueza, que en esta forma circula con sencillez y seguridad, favoreciendo poderosamente el ahorro y su empleo útil en el comercio, en la industria y en las obras públicas. De ahí que Tulio Ascarelli haya afirmado: *«Si nos preguntasen cuál es la contribución del derecho comercial en la formación de la economía moderna, tal vez no podríamos apuntar otra que haya influido más típicamente en esa economía que la institución de los títulos de crédito. La vida económica moderna sería incomprensible sin la densa red de títulos de crédito; a las invenciones técnicas les habrían faltado medios jurídicos para su realización social adecuada; las relaciones tomarían necesariamente otro aspecto. Gracias a los títulos de crédito el mundo moderno puede movilizar sus propias riquezas; gracias a ellos el derecho consigue vencer tiempo y espacio, transportando con la mayor facilidad, representando en estos títulos bienes distantes y materializando en el presente las posibles riquezas futuras».*

En este mismo sentido Garrigues ¹³ expresa: *«las notas de rapidez, y seguridad que caracterizan el moderno tráfico mercantil no se concebirían sin la existencia de ciertos documentos de variada naturaleza y desigual historia, pero coincidentes en la misión de facilitar la circulación de bienes».*

III. Definición

La ley mercantil hondureña expresa en su art. 449, siguiendo a Vivante, que los títulos valores son «los documentos necesarios para

¹² Ob. cit., pág. 136.

¹³ Ob. cit., pág. 18.

ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna». Esta definición la consideramos nosotros como la de mayor importancia, por cuanto en ella se basan la mayoría de las legislaciones que definen esta institución, entre las que se encuentra, como queda explicado, la de Honduras. Agustín N. Matienzo, al prologar la obra de Mauricio L. Yadarola¹⁴, expresa: «*Todos los tratadistas y articulistas de la materia estudian como estructura de los títulos de crédito las tres características expuestas por Vivante y aunque en sus definiciones quieren modificarla, o complementarla o mejorarla, en mi concepto, no lo han podido alcanzar*».

Otras definiciones de mucha importancia son, por ejemplo, la de Brunner¹⁵, quien define el título valor como la «*documentación de un derecho privado, cuyo ejercicio está subordinado a la posesión del título*». De acuerdo a esta definición, Brunner considera: 1) La necesidad de la posesión del documento para el ejercicio del derecho, 2) Tiene en cuenta, primordialmente, el ejercicio o realización sobre la transmisión y 3) En su teoría se insinúa la literalidad, aunque prescinde de ella y de la autonomía, lo que da lugar a considerar como tales títulos a ciertos instrumentos de simple legitimación, o sea aquellos que la doctrina conoce por títulos impropios. Esta definición es seguida por Garrigues, quien dice que «*Título valor es un documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento*». A criterio de Williams¹⁶, la posición adoptada por Brunner encuentra su fundamento en la dificultad que encontró para considerar e incorporar como títulos valores a los títulos nominativos y, en consecuencia, fue eliminando caracteres comunes a los títulos al portador y a la orden, llegando, de esta manera, al concepto expresado en su anterior definición.

Asquini¹⁷, por su parte, expone que «*es el documento de un derecho literal destinado a la circulación e idóneo para conferir*

¹⁴ Mauricio L. YADAROLA, *Títulos de crédito*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1961, p. XVI.

¹⁵ «Wertpapiere», en *Endemann Handbuch*, t. II, pág. 147.

¹⁶ Jorge N. WILLIAMS, «Reseña acerca de la evolución histórica de la teoría del crédito y de las obligaciones», *Revista de derecho comercial*, año 7, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 79.

¹⁷ Alberto ASQUINI, *Títulos de crédito*, Padua, 1961, pág. 375 y ss..

de modo autónomo la titularidad del derecho al propietario del documento, y la legitimación para el ejercicio de ese derecho a su poseedor regular».

El Prof. Gutiérrez Falla ¹⁸ define el título valor de acuerdo a la perspectiva del derecho hondureño, como un documento formal, esencialmente circulable, en cuyo texto literal o por referencias hechas en el mismo se describe totalmente el derecho en él incorporado, y contra el cual no pueden oponerse excepciones personales no vinculadas directamente al tenedor del mismo que nazcan de relaciones jurídicas no referidas en el título. Al efecto, el art. 450 del Código de Comercio de Honduras establece que «Los documentos y los actos a que se refiere este Título sólo producirán los efectos previstos por el mismo cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley que ésta no presuma expresamente», de lo cual se infiere sin la menor duda que los títulos valores son para la legislación hondureña documentos formales; el fundamento de la norma citada descansa en el supuesto de que el derecho cartular es un derecho extraordinariamente riguroso, literal, en el cual se debe excluir para evitar equivocaciones o errores conceptuales la posibilidad de la libre determinación de la forma, por lo cual se exige en todos los títulos valores los requisitos mínimos expuestos en la codificación hondureña en forma unitaria; de esta forma tanto los suscriptores como los tenedores pueden determinar el derecho que están recibiendo o entregando. El Dr. Gutiérrez Falla explica lo anterior al expresar: «No debemos olvidar que toda la sistemática de la responsabilidad del suscriptor, de haber divergencia entre su declaración y su voluntad interna, se basa en la apariencia del título y de su responsabilidad para con ella, razón por la cual, cuando el título, por su forma, no aparenta ser, por citar un ejemplo, una letra de cambio, no existe esa responsabilidad objetiva del suscriptor, no surgiendo, por ende, ninguna obligación cartular».

Yadarola, por su parte, basándose en la definición expuesta por Vivante y de acuerdo con la doctrina italiana, establece con bastante sencillez que: «Título de crédito es el documento de un derecho literal y autónomo, cuya posesión es necesaria para el ejercicio de ese derecho», dis-

¹⁸ Ob. cit., pág. 9.

tinguiendo así conceptualmente entre lo que es el documento como representativo de un derecho, y el crédito, que es un hecho representado por un documento; ambos, documento y crédito, a juicio del maestro argentino se unen funcionalmente para formar el título valor.

Yadarola nos explica en sus estudios de sistematización de los títulos valores iniciados en la cátedra universitaria en esta ciudad de Córdoba, que existe una necesidad de generalizar y sistematizar los títulos valores; la primera nos conduce a su sistematización, cuya importancia resulta de su propia función y de su enorme influencia en la vida económica, bajo las garantías de su certeza y seguridad de su realización, que en suma favorece el intercambio de bienes y valores en el mercado interno y en el comercio internacional, acrecentando los elementos de la producción. Esta tesis fue planteada por primera vez por César Vivante en su famoso *Tratado*¹⁹, donde expuso una teoría general de los títulos valores fundada en el carácter autónomo del derecho que ellos transfieren a cada adquirente y cuyo carácter resulta de la estructura misma del documento, es decir de sus elementos constitutivos: forma, posesión del documento y literalidad. Carnelutti²⁰, siguiendo la teoría vivantiana, nos ha expresado que «*los títulos valores no son una maravilla aislada sino la punta de un magnífico movimiento del derecho*» .

Esta función e influencia económica de los títulos valores no se cumplen sino a merced de esas garantías de que nos habla Yadarola, con una adecuada regulación jurídica. El fenómeno económico les da a los títulos valores la fuerza expansiva que para nosotros constituye su naturaleza jurídica.

IV. Su naturaleza jurídica y características

Para estudiar la naturaleza jurídica de los títulos valores en la legislación hondureña, es imperativo estudiar las dos formas en que puede esto suscitarse: como objeto de derecho y como fuente de obligaciones.

¹⁹ *Trattato de diritto commerciale.*

²⁰ FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, t. VIII.

a. *Como objeto de derecho*: Los títulos valores son cosas mercantiles; en consecuencia son cosas muebles, como lo establece el art. 601 del Código de Comercio de Honduras, que pueden ser objeto de compraventa, cesión, traspaso, etcétera, como cualquier otro bien de lícito comercio. Para la legislación hondureña el título valor debe siempre ser considerado como un bien mueble catalogado como «cosa mercantil», siendo consecuentemente cualquier operación realizada en ellos un acto de comercio, en el sentido del Código napoleónico ²¹.

b. *Como fuente de obligaciones*: La declaración unilateral de voluntad del obligado hace surgir una nueva obligación, que es distinta a la contenida en el negocio principal, para cuyo ejercicio es esencial la posesión del documento. Bolaffio ²² indica que «*El tercer poseedor de un título valor ejercita un derecho propio y originario, que arranca de la posesión de buena fe del título*», lo que quiere decir que lejos de incorporarse al título valor el derecho principal motivante del giro, una vez creado el título existen dos derechos paralelos e independientes uno del otro: el surgido del negocio fundamental (compraventa, mutuo, etcétera) cuya prueba está en el documento público o privado suscrito con ocasión del mismo, y el derecho cartular que se une al título, que nace y se ejercita con aquél. El art. 474 del Código de Comercio de Honduras así lo confirma, al expresar «Si de la que dio origen a la emisión y transmisión de un título valor se deriva una acción, ésta subsistirá a pesar de aquellas, a

²¹ Citado por GUTIÉRREZ FALLA: «La mayoría de las legislaciones mercantiles han abandonado a partir del Código de Comercio francés de 1807 el sistema subjetivo, estableciendo normas para su competencia que están basadas, entre otros, en el principio filosófico expuesto por DEL-PIERRE en la declaración que promulga el Código de Comercio francés o Código Napoleónico. El Código de Comercio de Honduras, que ha sido estructurado de acuerdo a la actividad de la empresa, hace enfoques que pertenecen al sistema subjetivo, ya que si bien es cierto que, de conformidad a la Exposición de Motivos del Código de Comercio hondureño: «El acto de comercio subsiste sólo muy relativamente conectado con los antiguos principios objetivos y subjetivos; la mercantilidad del acto no se basa en su realización por una persona comerciante ni en un simple criterio objetivo, sino en las circunstancias de ser acto en masa de una empresa, con lo que quedan superados esos antiguos criterios...», a criterio de dicho autor, la legislación positiva hondureña establece que «son actos de comercio, salvo que sean de naturaleza esencialmente civil, los que tengan como fin explotar, traspasar, o liquidar una empresa, y los que sean análogos», actos que sólo pueden ser realizados por comerciantes.

²² En *Derecho mercantil*, Madrid, 1933, pág. 382.

menos que se pruebe que hubo novación». Es decir que tanto la acción causal derivada del negocio principal como la cartular contenida en el título pueden ejercitarse independientemente una de la otra.

La explicación doctrinal de lo anterior la encontramos en el clásico «*pactum de cambiando*» o sea, la convención mediante la cual las personas que intervienen en la relación subyacente o principal acuerdan la emisión del título valor como negocio causal.

Concluyendo sobre lo anterior podemos afirmar que la fuente de las obligaciones cartulares tiene que buscarse de acuerdo a la legislación hondureña en la declaración unilateral de voluntad contenida en el título valor y no en el contrato principal motivante del mismo que se perfeccionó por el consentimiento de las partes ²³.

Siguiendo a Rodríguez y Rodríguez ²⁴, cuya teoría, como queda explicado, adopta la ley mercantil de Honduras, diremos que los títulos valores son documentos constitutivos y dispositivos, por cuanto no se trata de simples documentos probatorios, que solamente tienen la eficacia de servir en un juicio para probar una relación jurídica con existencia por completo independiente de la del documento. Son documentos constitutivos, sostiene el maestro mexicano, en cuanto su redacción es esencial para la existencia del derecho, pero tienen un carácter especial en cuanto el derecho vincula su suerte a la del documento; en este sentido puede expresarse que el documento es necesario para el nacimiento, para el ejercicio y para la transmisión del derecho, por lo que con razón debe hablarse de documentos dispositivos.

La esencia del título valor estriba en el nexo que existe entre una cosa corporal y una incorporeal, que se traduce en una subordinación de ésta a aquella, la cual se manifiesta en un doble sentido, que es determinante de las notas esenciales al concepto del título valor, que son: a) La posesión material del título valor, lo cual es una condición *sine qua non*

²³ Esta teoría queda enfatizada en el art. 712 del Código de Comercio de Honduras, que establece: «Las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a los negocios y actos jurídicos en general, y en particular a los actos unilaterales *inter vivos* que tengan contenido patrimonial, en lo que no se opongan a su naturaleza o a disposiciones especiales sobre ellos.»

²⁴ Ob. cit., pág. 269.

para el ejercicio y transmisión del derecho. De lo anterior resulta que el derecho derivado del título sólo obtenga plena eficacia cuando se ha llevado a cabo determinado acto jurídico real relativo al documento; por ello el crédito cambiario no podría cederse si no es con entrega simultánea del título. Ferri ²⁵ expone que la conexión entre el documento y el derecho, aun con relación a la función de legitimación, opera solamente si existen los presupuestos requeridos para que tal conexión se verifique; estos presupuestos se refieren a la voluntad del emisor, la cual puede ser libre o impuesta por el sistema legislativo, es decir que pueden estar fijados por la ley o, en cambio, sujetos a la libre determinación del creador del título; y b) Que la vigencia del derecho debe regirse por lo que aparece del título, de lo cual resulta la legitimación por su posesión y la literalidad de su derecho, que constituyen los elementos conceptuales del título.

La legislación mercantil hondureña en particular, y en general las centroamericanas o latinoamericanas, han hecho ya estudios ²⁶ y serios esfuerzos para promulgar una legislación que les permitirá en el futuro que la institución que tratamos forme una rama autónoma del derecho privado, posición que algunos juristas de la talla de Mossa ²⁷ resaltan, expresando que *«en sus orígenes, el derecho cambiario fue derecho unitario, porque la cambial fue una formación es-*

²⁵ Giuseppe FERRI, *Títulos de crédito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pág. 34.

²⁶ El primero, denominado «Anteproyecto de Convenio Centroamericano sobre Títulos Valores», que surgió como una iniciativa del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado con sede en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, con participación de juristas del área, quienes fijaron las bases para la redacción de un proyecto de ley uniforme sobre títulos valores. La redacción del Proyecto fue encomendada al Prof. Raúl Cervantes Ahumada, autor de varias obras sobre este tema. Este texto se transformó en el llamado «Anteproyecto de Convenio Centroamericano sobre Títulos Valores», pendiente aún de aprobación por los gobiernos que formaron el Mercado Común Centroamericano, a saber: Costa Rica, Honduras, El Salvador, Guatemala y Nicaragua. Dicho anteproyecto dio origen a otro instrumento más ambicioso, el proyecto de «Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina», que pretende, como su nombre lo indica, servir de ley única a través de una convención internacional para los veintidós países latinoamericanos, proyecto que también fue redactado por Cervantes Ahumada a solicitud del Intal. Ninguno de los dos proyectos, sin embargo, ha sido aprobado oficialmente a través de una convención internacional, como estaba previsto.

²⁷ MOSSA, *Derecho mercantil*, II parte, Buenos Aires, Uteha, pág. 408.

pontánea y uniforme, que vivía sobre todo en la realidad de los usos, en las reglas naturales y comunes. Sólo la codificación positiva pudo, en una primera época, gracias a la diferencia de los Estatutos de las ciudades, separar el derecho cambiario hasta hacer de él a principios del siglo XIX un conjunto compacto y distinto, aun en el Continente».

El legislador hondureño, a diferencia de otras legislaciones que regulan la disciplina que exponemos en leyes particulares, la refundió en el Código de Comercio como parte esencial del mismo; por ello la naturaleza jurídica de los títulos valores debe ser estudiada de acuerdo a las perspectivas de nuestro código, no como una institución aislada sino de manera de hacer concordar el nacimiento de aquellas obligaciones derivadas del título con los principios generales de la doctrina y la legislación mercantil hondureña, criterio que es compartido por Larenz, citado por Gutiérrez Falla ²⁸.

La primera nota característica de la regulación de los títulos valores en el Código de Comercio de Honduras la encontramos en la técnica legislativa utilizada, que en vez de hacer su estudio a través de algunos instrumentos aislados lo hace comenzando por una amplia parte general que contiene las normas comunes a todos los títulos valores, como igualmente lo hacen modernamente los Códigos de Comercio de El Salvador, Guatemala y Costa Rica, así como el Proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores.

La estructura legislativa de la ley mercantil hondureña se basa, respecto a obligaciones y contratos, en la teoría del negocio jurídico, aplicándose las normas de los contratos en general, en lo procedente, a los demás negocios jurídicos, lo cual así expresamente es determinado por el art. 712 del Código de Comercio ²⁹.

Vista la situación desde la perspectiva de la ley positiva hondureña, la que, como queda expuesto, hace el estudio del título valor a partir del negocio jurídico, se nos plantea en la práctica el primer problema, que consiste en saber si el título configura o no un hecho jurídi-

²⁸ En Foro Hondureño, año XXXIII, Nos. 1 y 4, 1967, pág. 31.

²⁹ Ya transcrito.

co, lo que es negado por algunos juristas como Garrigues, Carnelutti y Mossa ³⁰, para quienes lo básico en el derecho cartular es la apariencia de la promesa cambiaria. La creación del derecho cartular se debe considerar no como un negocio jurídico sino como un negocio de voluntad, ya que sus efectos son predeterminados por la ley sin que quepa la voluntad de las partes.

Para nosotros el título valor debe ser considerado como un negocio jurídico, tal como lo concibe la ley mercantil hondureña, y como así también lo consideran insignes juristas como Messineo, Betti, La Lumia, Bracco, Ascarelli, Ferrara, Larenz, Ennecerus Lehmann, y Rodríguez y Rodríguez.

En cuanto a que si el título valor, de acuerdo a la ley hondureña, es un negocio jurídico unilateral o bilateral, del simple contexto de la misma se deduce que el suscriptor de un título queda obligado desde el momento en que lo firma, desde el momento en que hace su declaración con las formalidades exigidas por la ley, sin necesidad de que esta declaración sea aceptada por otro. La doctrina mayoritaria italiana expuesta por Ferrara ³¹ afirma que *«la ley no va a investigar por qué el suscriptor emite la cambial o el obligado la acepta; limita su consideración al fenómeno último y objetivo de la asunción de la obligación cambiaria; y se tiene por tanto, en los títulos valores, un cúmulo de actos unilaterales, como el endoso, el aval, etc.»*.

La Exposición de Motivos del Código de Comercio de Honduras establece: «El Ejecutivo cree necesario tomar partido en relación con el problema relativo al momento en que el título valor obliga, aceptando la teoría de la creación, que es, a su juicio, la que más responde a las exigencias del tráfico comercial y a los requerimientos de la práctica». Esta tendencia doctrinal se encuentra enfatizada en el art. 459 del Código de Comercio, cuyo párrafo final establece: «La suscripción de un título obliga a quien la hace al cumplimiento de las prestaciones y derechos incorporados en favor del titular legítimo». De lo anterior resulta:

³⁰ En *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1955, t. II; «Titoli di credito», RDC, 1933, t. I, pág. 240 y ss.; y *La dichiarazioni cambiaria*, Padua, 1930, pág. 91.

³¹ FERRARA, «Principi direttivo della legge uniforme cambiaria», RDC, 1934, pág. 89.

a. Que la obligación cartular surge por los efectos de un solo acto de voluntad, lo que el legislador hondureño expone muy claramente al hacer que dependa la obligación del deudor de su firma, acto netamente voluntario, y

b. La determinación de que el título valor es un negocio jurídico unilateral. Por lo que puede concluirse que la obligación cartular nace con la suscripción del documento, y por ende, la creación del título da vida a una obligación perfecta e indeclinable, legal y absoluta, cuya validez no está subordinada a aceptación o contraprestación alguna.

Este criterio queda fundamentado en la parte final del citado precepto legal, que establece: «... aunque el título haya entrado en circulación contra la voluntad del suscriptor o después que sobrevino su muerte o incapacidad».

Para el Código de Comercio hondureño con la sola declaración de voluntad surge el título, ya que la suscripción recoge el valor de la promesa, porque la suscripción, por sí sola, es controlable en un acto que se complementa en sí mismo, sin contacto con su destinatario, tal como lo expone Mossa ³².

En conclusión y de acuerdo con lo anterior se infiere que el Código de Comercio hondureño acepta la teoría de la creación, en tanto no admite las excepciones de falta de emisión, debiéndose considerar el título valor de acuerdo a dicha legislación como un negocio jurídico unilateral, no recepticio, quedando por tanto obligado el suscriptor, desde el momento de la firma en el documento ³³, tal como doctrinalmente lo sostiene Rodríguez y Rodríguez ³⁴ al afirmar que: «*Los títulos valores de contenido crediticio contienen declaraciones unilaterales de voluntad, no recepticias; es decir, se refieren a manifestaciones de voluntad, no contractuales, hechas por el sujeto que las realiza en favor de los futuros tenedores legítimos del documento, con un alcance obligatorio que depende de la voluntad del sujeto (hecho jurídico negocial), sin que la perfección de estas obligaciones de-*

³² Ob. cit., pág. 181.

³³ Ver GUTIÉRREZ FALLA, ob. cit., pág. 233.

³⁴ Ob. cit., pág. 269.

penda para nada de la aceptación de su contenido por parte del titular o de los futuros titulares del documento».

Estas declaraciones corresponden con la opinión de la doctrina dominante y más autorizada, y además con el texto de la ley hondureña relativo a la declaración unilateral de voluntad, y con la teoría de la creación adoptada por la ley hondureña³⁵. De acuerdo a la indicada legislación y a la numerosa doctrina, las obligaciones cambiarias surgen desde el momento de la *creación* del documento y vinculan a los que la hacen, aunque el título se ponga en circulación sin la voluntad del suscriptor (art. 459 del Código de Comercio de Honduras). Otra prueba de que la teoría de la creación es la que sustenta la ley mercantil hondureña es que la capacidad del suscriptor se aprecia cuando firma, no cuando se emite el documento (arts. 459 y 465).

Si bien es cierto que el suscriptor tiene plena libertad para concluir el contrato, lo que constituye una de las razones para considerar al título como negocio jurídico, su libertad, en lo que respecta a su configuración interna, es muy reducida, entendiéndose por libertad de concluir siguiendo la clasificación propuesta por Larenz: «*la posibilidad de decidir libremente si va a concluir el negocio jurídico y con quién va a hacerlo*», y libertad de configuración interna: «*la posibilidad de establecer libremente el contenido del negocio*»³⁶.

V. Notas características o esenciales

Los títulos valores deben analizarse en atención a la posición jurídica de su tenedor, o del sujeto en quien recae la facultad de exigir el cumplimiento del derecho que el título incorpora, de acuerdo a la doctrina dominante. Son tres las notas características fundamentales, a saber:

a. La legitimación por la posesión: Para Garrigues³⁷ el concepto del título valor se centra sobre la necesidad de posesión. La posesión del

³⁵ Ver al final art. 459 del Código de Comercio de Honduras.

³⁶ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1958, pág. 65 y ss..

³⁷ Ob. cit., pág. 723.

título es una condición mínima para el ejercicio del derecho, pero no es siempre una condición suficiente.

En los títulos al portador la posesión se legitima sin necesidad de prueba alguna. En los títulos a la orden, la posesión legitima unida a una prueba relativa al derecho derivado del título y que se facilita por la fuerza legitimadora formada de ciertas cláusulas; finalmente, en los llamados títulos nominativos la posesión no legitima por sí misma de un modo decisivo ni aún unida a pruebas suministradas por el título mismo; es necesario en este caso completar la legitimación por medio de la inscripción en un libro del deudor. Pero en todos estos casos subsiste la función legitimadora de la posesión del título.

La legitimación por posesión de los títulos valores significa que en ellos la posesión es condición indispensable o *sine qua non* para ejercitar el derecho incorporado y en consecuencia para exigir al deudor o emisor del título la correspondiente prestación, pero no suficiente, como lo hemos expuesto anteriormente.

Si esta posesión es indispensable para ejercitar el derecho incorporado al título, diremos como Brosseta Pont³⁸: I. Que ello no significa que la simple posesión del mismo sea por sí sola y en todo caso requisito suficiente para exigir su cumplimiento. La posesión del título es requisito que por sí mismo legitima al poseedor para exigir el cumplimiento del derecho que incorpora, ello en los llamados títulos al portador, aún en los casos en que la posesión sea de mala fe, siempre que el deudor desconozca esta circunstancia. II. La posesión del título es indispensable para ejercitar el derecho en el incorporado, aunque no sea por sí sola suficiente, en los llamados títulos a la orden y en los nominativos. En definitiva, como concluye Garrigues, para ejercitar el derecho incorporado la posesión es suficiente en los títulos al portador y es necesaria pero insuficiente por sí sola en los títulos a la orden y en los nominativos. Lo anterior es recogido por la ley hondureña en los arts. 502, 480 y 484 del Código de Comercio.

La posesión del título como signo legitimador opera no sólo a favor del deudor y acreedor, sino también en contra suya. Solamente quien tiene la posesión del documento puede ejercitar el derecho mencionado en

³⁸ Ob. cit., pág. 564.

el título. Quien no tenga la posesión no puede legitimarse de otra manera, aunque sea propietario del título. Por otra parte, el cesionario de un derecho de crédito incorporado a un título, si adquirió el título sin el documento no adquiere ningún derecho contra el deudor, aunque se hayan cumplido los presupuestos del Código Civil sobre la cesión de créditos.

De acuerdo a la teoría ascarelliana ³⁹, la legitimación por la posesión o función legitimadora, como la llaman algunos autores, es uno de los problemas más delicados dentro del sistema jurídico: el de demostrar la identidad entre aquel que concretamente ejerce el derecho y aquel que es su titular.

De conformidad al art. 456 del Código de Comercio de Honduras, el que es dueño del documento es el titular del derecho incorporado, que por la simple presentación del título puede ejercitar el derecho cartular (legitimación activa), no porque necesariamente sea el titular del derecho, sino porque está formalmente investido para ello, y el deudor que pague al que posea en legal forma el documento queda liberado, por haber pagado correctamente (legitimación pasiva), ya que en este caso la legitimación dispensa la prueba de la titularidad. De lo anterior concluimos que la legitimación puede ser: a) Legitimación activa y b) legitimación pasiva. Por la primera se le otorga al poseedor de buena fe del documento la apariencia de verdadero titular del derecho incorporado al mismo y en consecuencia se convierte en acreedor de la obligación en el contenido, teoría que es recogida por el art. 459 del Código de Comercio hondureño, que establece: «La suscripción de un título obliga a quien la hace al cumplimiento de las prestaciones y derechos incorporados a favor del titular legítimo, aunque el título haya entrado a la circulación contra la voluntad del suscriptor o después que sobrevino su muerte o incapacidad».

En cuanto a la legitimación pasiva, tiene para el deudor de la operación cartular un doble significado; por una parte, le señala la persona a la cual tiene que pagar, ya que el que pague de buena fe al que legítimamente posea y exhiba el documento queda liberado de la obligación, y por la otra parte, le da el derecho de pagar a quien le presente el documento sin tener que demostrar que es el verdadero acreedor de la obli-

³⁹ Ob. cit., pág. 215.

gación cartular, como así lo informa el art. 498 de la citada codificación, que se transcribe al pie ⁴⁰.

Siempre que actúe, dice Gutiérrez Falla ⁴¹, de buena fe, no tiene que demostrar que el tenedor del documento es el verdadero titular de la obligación, ya que por el solo hecho de poseerlo de acuerdo con las reglas de la circulación, queda investido de la facultad de ejercitarlo.

Todas las transmisiones que puedan ser posibles acerca del derecho derivado de un título valor están dominados por el dogma de la subordinación de ese derecho al derecho sobre el título. Por ello la adquisición del derecho incorporado al título presupone la adquisición del derecho sobre el título y la posesión del título mismo, pero puede adquirirse, tanto un derecho pleno derivado del título (títulos a la orden por medio del endoso o títulos a la orden mediante simple tradición), como un derecho limitado, como sería el caso de la prenda o el usufructo que exigen un contrato precedente y la transmisión real del título por medio del endoso. Otras veces la limitación del derecho que se transmite consiste en atribuir al *accipiens* solamente una posesión legitimadora para ejercitar el derecho, como sería el endoso de apoderamiento o la cesión legitimadora de acciones para el ejercicio del derecho de voto.

b. La incorporación: Cervantes Ahumada ⁴², siguiendo la doctrina italiana, considera que el título valor es un documento que lleva incorporado un derecho, en tal forma que el derecho está íntimamente ligado al título y su ejercicio está condicionado a la exhibición del documento; sin exhibir el título, no se puede ejercitar el derecho en el incorporado. Es evidente que por una ficción jurídica el documento representa el derecho que se consigna en el texto del respectivo título; de ahí, agrega el maestro: quien posea legalmente el título, posee el derecho en el incorporado y su razón de poseer el derecho es el hecho de poseer el título; lo cual a su vez Mossa sintetiza con la expresión: «*poseo porque poseo*», esto es, se posee el derecho porque se posee el título.

⁴⁰ Art. 498: «El que paga no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos, ni tiene la facultad de exigir que ésta se le compruebe; pero sí debe verificar la identidad de la persona que presente el título como último tenedor, y la continuidad de los endosos».

⁴¹ Ob. cit., pág. 242.

⁴² Ob. cit., pág. 10.

Esta característica de los títulos valores denota la íntima relación que existe entre el título y el documento, de tal forma que quien posea el título posee el derecho, mismo que requiere para ser ejercitado la exhibición de aquél.

La incorporación del derecho al documento es tan íntima que el derecho se convierte en algo accesorio del documento; en materia de títulos valores, el documento es lo principal y el derecho lo accesorio: el derecho ni existe ni puede ejercitarse si no es en función del documento y condicionado por él.

Pallares⁴³ considera que la incorporación no es sino una manifestación de la literalidad del derecho incorporada en el título; que el derecho se encuentra incorporado en la letra del documento; literalidad e incorporación son diversos aspectos de una misma cosa.

Garrigues lo explica de la siguiente manera: *«En el aspecto activo, el nexo entre cosa corporal y cosa incorporal se manifiesta en un doble sentido. Primero: la posesión del título es condición sine qua non para el ejercicio y transmisión del derecho. De aquí que el derecho derivado del título sólo obtenga plena eficacia cuando se ha realizado un determinado acto jurídico real relativo al documento. Segundo: la vigencia y extensión del derecho se rigen exclusivamente por lo que resulta del título. De aquí se deduce que son dos las notas esenciales del título valor desde el punto de vista del derecho incorporado a él: legitimación por la posesión y literalidad del derecho».*

Vemos pues del estudio de los diferentes sistemas que norman o regulan los títulos valores, que en la mayor parte de ellos es imprescindible la noción de incorporación del derecho ligado al título, como así se relaciona en los arts. 455, 456 y 457 del Código de Comercio hondureño.

c. *La literalidad:* Esta característica esencial de los títulos valores se encuentra refundida en el art. 460 del Código de Comercio de Honduras, que establece que: «El texto literal del documento determina el alcance y modalidades de los derechos y obligaciones consignados en él». Como

⁴³ Eduardo PALLARES, *Títulos de crédito en general*, 1ª edición, México, Libr. Botas, 1952, pág. 29.

todas las características del derecho cartular, la literalidad, expone Gutiérrez Falla ⁴⁴, se encuentra íntimamente relacionada con el resto de las mismas. Así, ella tiene su fundamento en la incorporación del derecho al título y forma parte esencial de la misma, de lo que se deriva la división de los títulos valores en perfectos (letra de cambio) e imperfectos (bonos hipotecarios). En este último caso, el derecho que se incorpora se fundamenta y se rige en elementos extraños aunque referidos en el título.

Este derecho debe ser literal, ya que solamente se puede ejercitar a través del título mismo.

Por otra parte, la característica de legitimación, tanto activa como pasiva, se basa en la de literalidad, ya que el deudor, al cumplir su obligación, tiene imperativamente que cumplirla en la forma en que se describe en el documento y solamente será acreedor del título valor, en cuanto a lo que se exprese en el título y que de él se infiera que lo posee de buena fe.

Siguiendo a Broseta Pont ⁴⁵ somos de la opinión de que en su sentido más absoluto, la literalidad significa que el deudor de la obligación consignada en el documento no puede oponerse a su cumplimiento, alegando o esgrimiendo razones o excepciones, aunque reales y existentes, si no se desprenden de lo escrito en el documento. En opinión de Messineo, la literalidad así concebida actúa en favor del acreedor y en perjuicio del deudor del título, si bien señala Ascarelli que la literalidad favorece también al deudor al impedir que el poseedor le exija su prestación en términos distintos de lo que constan escritos en el título.

Muy claramente Muñoz ⁴⁶ nos explica que la literalidad significa que únicamente lo que aparezca en el título puede influir sobre el derecho incorporado; quiere esto decir que la literalidad delimita ese derecho conforme al tenor del documento y salvo en el caso de la *exceptio doli*, no pueden oponerse, en principio, excepciones derivadas de convenios que no consten en el documento.

La literalidad de esta forma circunscribe el derecho incorporado, lo hace cierto, no siendo posible oponer a terceros las excepciones

⁴⁴ Ob. cit., pág. 242.

⁴⁵ Ob. cit., pág. 565.

⁴⁶ Luis Muñoz, *Derecho mercantil*, 1ª edición, t. III, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974, pág. 138.

derivadas de convenciones particulares que no consten literalmente en el documento, y naturalmente, los terceros tampoco pueden oponer o invocar derechos que se basen en ellas, lo que es remarcado por Gutiérrez Falla, cuando expone que la aplicación de esta característica contribuye a la seguridad cambiaria del título al excluir, en este tipo de institución, la posibilidad de alegar en su contra excepciones nacidas de las obligaciones extracartulares. No obstante, dicho autor cree, siguiendo a Salandra ⁴⁷ que es posible aplicar en Honduras la *exceptio doli* contenida en el art. 21 de la Ley Uniforme de Ginebra, el maestro italiano afirma, en efecto, que «*la regla general de literalidad no se aplica, según la ley cambiaria, cuando el título haya sido adquirido obrando conscientemente en daño del deudor; es decir, sabiendo que se priva al transmitente de una excepción que había podido oponer, ocasionándole un daño*».

Lo anterior podría ser en mi opinión la excepción a la regla general antes apuntada, la cual está inspirada en la misma finalidad, que consiste en proteger a quienes adquieren honestamente el derecho fundándose en el texto del título. Si una persona no adquiere un derecho tal como resulta del texto del título, sino a sabiendas de que en realidad es distinto, desaparece la razón para concederle una protección especial. En consecuencia, la regla general de la literalidad no se aplica, según la ley cambiaria hondureña, cuando el título haya sido adquirido «*obrando conscientemente en daño del emisor*» (art. cit.); es decir «*sabiendo que se priva al transmitente de una excepción que habría podido oponer, ocasionándole así un daño*», como es la opinión autorizada de Salandra.

Ascarelli ⁴⁸ opina: «*La explicación de la literalidad, que la doctrina eleva a característica esencial del título valor, está en la autonomía de la declaración consignada en el mismo título (declaración cartular) y en función constitutiva que, respecto de la declaración cartular y de cualquiera de sus modalidades, ejerce la redacción del título; esa declaración está sujeta exclusivamente a la disciplina que proviene de las cláusulas del propio título*».

⁴⁷ Vittorio SALANDRA, *Curso de derecho mercantil*, México, Jus, 1949, pág. 136.

⁴⁸ Ob. cit., págs. 50 y 54.

Para Tena ⁴⁹ la literalidad es una nota esencial y privativa de los títulos valores, y agrega: «*Para Vivante, es justamente esa literalidad del derecho, a la par de su autonomía, la que forma el verdadero elemento generador de toda la disciplina jurídica del título valor*».

Además, como lo afirma el maestro Cervantes Ahumada ⁵⁰, la literalidad quiere decir que el derecho se crea en su extensión y demás circunstancias por la letra del documento; si una letra de cambio expresa que el obligado deberá pagar mil pesos en determinado lugar y fecha, estará obligado en esa medida, aunque haya querido obligarse por menos cantidad y en otras circunstancias.

A pesar de lo anterior, existen algunas teorías al respecto, que niegan la literalidad constitutiva de los títulos valores; ellas son:

I. La teoría procesalista de Carnelutti: que desarrolla en su obra *Sistema de Derecho Procesal* ⁵¹, para quien lo que decide el traspaso del derecho de un sujeto a otro no es el documento en sí sino la posesión del documento en unión de otros hechos, adquiriendo el tenedor de un título valor, por la posesión de éste, únicamente una prueba ejercitable en juicio para lograr se cumpla la obligación motivante de la emisión. Varios autores concuerdan con objetar esta teoría, a pesar del respaldo de la capacidad de su creador, no solamente porque no se tomó en cuenta la evolución histórica de los títulos valores y los principios económicos que le dieron origen, sino que también, en concurrencia con Ascarelli, porque si se niega la existencia de un derecho cartular autónomo del derecho fundamental, como lo supone Carnelutti, tendríamos que caer en una duplicidad de acciones procesales, una de tipo cartular y otra en relación con el negocio fundamental.

II. La de Vicente Gella ⁵², quien afirmó que «*El título de crédito es una presunción de la existencia del derecho al tenor del texto que*

⁴⁹ Felipe de J. TENA, *Derecho comercial mexicano*, t. II, 2ª edición, México, Porrúa, 1945, pág. 40.

⁵⁰ Ob. cit., pág. 43 y ss..

⁵¹ Francesco CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, Argentina, Uteha, t. II, pág. 526 y ss..

⁵² Vicente GELLA, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª edición, pág. 59.

consta en el documento; pero no es más que una presunción. El hecho de que a veces no admita prueba alguna en contra, sólo significa que, como en otras ocasiones, la ley ha elevado aquella a la categoría de iuris et de iure». Este autor construye su teoría basado en la interpretación de la teoría de las apariencias de Fisher, y

*III. La tesis de Ascarelli*⁵³, que se opone a las anteriores, considerando *ergo* a los títulos valores como documentos constitutivos. Uno de los máximos exponentes de esta tendencia es sin lugar a dudas el maestro italiano, que dedica gran parte de su famosa obra, que trata sobre la literalidad, a demostrar tal afirmación. «*Tal evolución nos permite verificar que el título de crédito, documento originariamente probatorio, se fue transformando en documento constitutivo de un derecho autónomo. Ese derecho cartular autónomo subsiste de manera independiente por fuerza del título de crédito, concurriendo eventualmente, con los derechos de idéntico contenido económico, originarios de otras relaciones entre las mismas partes*».

Nos ilustra además el maestro italiano, al expresar que de no considerarse constitutivo el documento, aplicando en vez la teoría de las apariencias, este hecho debería operar tan sólo en beneficio y nunca en perjuicio de terceros, tendiendo por lo tanto éstos, en cualquier momento, el derecho de invocar los convenios extracartulares, aunque cuando éstos no pudieran ser alegados por el obligado.

En concreto el Prof. Ascarelli, citado por Gutiérrez Falla⁵⁴, llega a una doble conclusión que consideramos aplicable al Código de Comercio de Honduras, a saber:

1. Que siempre que nos encontremos frente a un título literal, la declaración cartular es una declaración distinta de las relativas a la relación fundamental y que respecto de la declaración cartular, el documento tiene un valor constitutivo. Los anteriores conceptos se encuentran recogidos por la ley mercantil hondureña en el art. 473, que establece que «Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos valores, se regirán por las

⁵³ Ob. cit., pág. 43 y ss..

⁵⁴ Ob. cit., loc..

disposiciones de este código, cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente», y en el art. 474, que contiene la teoría del negocio o de la acción causal, ya transcrito anteriormente. Y

2. Que la declaración cartular es una declaración de voluntad, fuente de derecho autónomo, cuyo ejercicio y transmisión están en función de la presentación y de la transmisión del título, denominado por eso dispositivo ⁵⁵

IV. Tesis de Gutiérrez Falla ⁵⁶: El autor centroamericano considera que es «*indispensable, a los efectos de que los títulos valores cumplan con su cometido, que el derecho cartular sea un derecho independizado, aunque no necesariamente desligado de la relación fundamental. Pero como ese derecho está incorporado a un documento, necesariamente tendrá que ser éste literal, ya que de lo contrario sería imposible conocer el derecho contenido en el título. Y como ese documento literal circunscribe las acciones ejercitables a los derechos y obligaciones descritas en el título, es innegable que dicha literalidad es constitutiva. No vemos inconveniente alguno en considerar la literalidad constitutiva aun el caso en que se acepte, como aceptamos, la teoría de las apariencias, para explicar la naturaleza de los títulos valores*».

Toda la teoría va encaminada a desarrollar el concepto de que, en protección de la confianza del tercero en la apariencia del documento, el legislador impone una serie de reglas especiales.

El mercantilista hondureño manifiesta que en opinión suya, una de esas reglas es justamente la de la literalidad constitutiva. Además, si el título valor no fuese documento constitutivo de una obligación autónoma y literal, distinta del negocio fundamental, si el título no fuese más que un documento probatorio del negocio fundamental, cualquier tenedor del mismo, aunque fuese el décimo de la cadena de endosos, podría pedir al emitente el cumplimiento de aquél.

⁵⁵ Si se quiere profundizar más sobre la ley hondureña véanse los arts. 459 y 451 del Código de Comercio.

⁵⁶ En el Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, Tegucigalpa, Talleres Ariston, 1964, Nos. 3 y 4, pág. 225.

f) *La autonomía:*

Yadarola ⁵⁷, al referirse al concepto de autonomía, nos expresa que el derecho que el título de crédito transmite en su circulación a cada nuevo adquirente es un derecho autónomo, es decir desvinculado de la situación jurídica que tenía el transmitente, de modo que cada nuevo adquirente del título recibe un derecho que le es propio, autónomo, sin vínculo alguno con el derecho que tenía el que se lo transmite y por ende, libre de cualquier excepción que el deudor demandado para su pago, ya sea librador, aceptante, endosante o avalista, podría haber opuesto a un poseedor precedente.

Para Vivante ⁵⁸ el derecho es autónomo porque el portador de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser restringido o destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores portadores y el deudor. El maestro italiano, autor de la definición de los títulos valores que el Código de Comercio de Honduras adopta para sí, explicaba este concepto expresando: *«El derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede limitarse o decidirse por relaciones que hayan mediado entre el tenedor y los poseedores precedentes».*

La autonomía así vista implica que cada portador adquiere un derecho independiente del de los portadores anteriores, o sea originario, no derivado, significando con ello que el portador del documento es inmune a las excepciones o defensas que el deudor podría oponer a los que lo precedieron, a menos que haya obrado con malicia o mala fe en perjuicio del deudor.

Afirmamos que los títulos valores, en el Código de Comercio de Honduras, tienen la misma nota de autonomía a que se refirieron los clásicos y la doctrina anteriormente apuntada.

VI. Conclusiones

Para terminar esta exposición diremos, siguiendo y utilizando las mismas palabras doctas de la Exposición de Motivos del Código de Comercio hondureño ⁵⁹:

⁵⁷ Ob. cit., pág. 78.

⁵⁸ Ob. cit., pág. 119.

⁵⁹ Tegucigalpa, Honduras, Talleres Tipo-Litográficos Ariston, 1962, pág. 9.

Que la definición de títulos valores ha sido una conquista reciente de la técnica jurídica, ya que anteriormente, si bien es cierto que se conocían algunos títulos valores, no se había llegado todavía a establecer las notas características que son comunes en este tipo de documentos. Nuestra definición ha sido recogida del derecho mexicano y más aún, perfeccionada al incluirse el principio de autonomía, que es omiso en dicha legislación, incluyéndose tal como Vivante la planteó en su monumental obra, que tiene y ha tenido un gran valor didáctico.

A semejanza de la ley mexicana, se ha establecido en la ley hondureña una amplia parte general sobre los títulos valores, en la cual se consideran los diversos problemas que durante muchos años han tenido tratamiento legal con relación a determinado título valor, y que hoy día se elevan en nuestro código a la categoría de principios generales sobre la materia.

En lo que respecta a los diferentes aspectos que resultan del concepto mismo del título valor, nuestra legislación los ha regulado así:

1. El título valor es considerado como un documento formal que debe reunir ciertos requisitos esenciales y mínimos, cuya omisión puede causar la ineficacia del título (art. 450) ⁶⁰. Sin embargo, se reconoce a cualquier tenedor legítimo el derecho de completar los títulos que hubieren omitido algún requisito o mención, sin que puedan oponerse al adquirente de buena fe las excepciones que podrían resultar del abuso del tenedor en el ejercicio de este derecho (art. 452) ⁶¹.

2. El título valor, en cuanto documento que incorpora un derecho, determina que éste sea accesorio en relación con aquél, y al mismo tiempo no puede ejercerse el derecho sin la exhibición del título y sin que fuere posible la constitución de gravámenes o la práctica de un embargo sobre el derecho, sin la tenencia del o los documentos (arts. 455, 456 y 457) ⁶².

⁶⁰ «Los documentos y los actos a que se refiere este Título sólo producirán los efectos previstos por el mismo cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que ésta no presuma expresamente...».

⁶¹ «Las menciones y requisitos que el título valor o el acto en él consignado necesitan para su eficacia, podrán ser satisfechos por cualquier tenedor legítimo hasta antes de la presentación del título para su aceptación o para su pago...».

⁶² «El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en él se consigna...». «La transmisión del título valor implica el traspaso del derecho

3. Siendo el título valor un documento legitimador, la tenencia del mismo, según la ley de circulación, hace considerar al tenedor como dueño del título.

La clasificación de los títulos valores en la ley hondureña corresponde a la clasificación clásica: títulos nominativos, a la orden, y al portador, según la eficacia de su fuerza legitimadora, pues en tanto que en los primeros precisa la tenencia, la anotación del titular en el documento y en el registro del emisor, en los segundos este último requisito no es necesario y en los terceros la simple tenencia legitima.

La legislación hondureña acepta la teoría de la creación (art. 459), que es la que más corresponde a las exigencias del tráfico comercial y a los requerimientos de la práctica.

4. La literalidad de los títulos valores determina su alcance y modalidades de los derechos incorporados que se establecen en el art. 460.

5. La autonomía significa que cada tenedor sucesivo de un título valor adquiere un derecho libre de excepciones y defensas que puedan oponerse a su antecesor, como así se expresa en los arts. 465 y siguientes.

Otra cuestión regulada con bastante detalle es la relacionada con la firma de los títulos valores, los cuales descansan siempre sobre la firma del emisor; de ella depende la autenticidad y la obligatoriedad de la declaración cambiaria o cartular. Para los efectos seriales que se colocan entre el público, se han requerido dos firmas (art. 467).

El problema de los que no saben o no pueden firmar ha sido resuelto en una forma sencilla (art. 466)⁶³, al permitir la firma por otra persona con una simple declaración notarial para autenticar el acto.

Se ha regulado la representación voluntaria en la firma de los títulos valores (art. 468), habilitándose una forma simple de representación mediante comunicación escrita dirigida al tercero frente al que el represen-

principal en él consignado, y, a falta de estipulaciones en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos, así como a las garantías demás derechos accesorios». «El secuestro o cualquiera otra afectación o gravamen sobre el derecho consignado en el título, o sobre las mercancías por él representadas, no surtirá efectos si no comprende el título mismo».

⁶³ «Cuando el que deba suscribir un título valor no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego otra persona, y la firma de ésta será autenticada por un notario».

tante habrá de actuar. Los gerentes y administradores de sociedades mercantiles y de empresas en general se consideran autorizados, por el simple hecho de su nombramiento, para suscribir títulos valores, en atención a que, por encontrarse de hecho y de derecho frente a la empresa, parece normal permitirles la suscripción de títulos valores en la medida que requiera el tráfico ordinario de la empresa.

Se consideran abstractos aquellos títulos cuya causa está desligada de la obligación original, de forma que no pueden oponerse al acreedor las excepciones y defensas derivadas de aquella relación causal. Este concepto distingue en los títulos valores una relación fundamental de derecho civil o mercantil, bilateral o unilateral, concreta o abstracta, que toma la forma de contrato de compraventa, de depósito, de arrendamiento, de apertura de crédito, etcétera. Junto a ella existe otro negocio representado por aquella convención en virtud de la cual las personas que intervienen en la relación fundamental acuerdan la emisión de un título valor como consecuencia de ella. Esta convención se denomina convención ejecutiva o *pactum de cambiando*. El negocio cambiario en sentido estricto se concreta en las declaraciones negociales unilaterales no recepticias, contenidas en el título valor.

Titulos valores abstractos son, en el sentido en que la ley hondureña los conceptualiza, aquellos en que no pueden oponerse al tenedor del documento las excepciones y defensas derivadas del negocio fundamental o del *pactum de cambiando*.

Titulos valores causales son todos aquellos en los cuales pueden oponerse a cualquier tenedor las excepciones y defensas derivadas de dichos negocios jurídicos.

Las disposiciones generales terminan con algunas normas sobre los títulos representativos de mercancías, sobre los títulos de legitimación que no son títulos valores (art. 478), y con una relación a títulos especiales en la que es de particular relieve la referencia a los títulos creados por la práctica, en cuanto de ello se desprende el criterio favorable a la creación de títulos valores por los usos, y por consiguiente, a la no existencia de *numerus clausus* de títulos valores.

LA CONVENIENCIA DEL REGISTRO DEL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

por EFRAÍN HUGO RICHARD ¹

SUMARIO: I. Situación. II. La no obligatoriedad de la registración. III. Naturaleza de la registración. IV. Conveniencia de la registración. A. Subsanación de vicios formales B. Habilitación anticipada del cobro. C. Pago del cheque registrado ante todo evento. D. Imposibilidad de formular denuncia posterior para frustrarlo. E. Jurisdicción de ejecución opcional.

I. SITUACIÓN

El nuevo cheque de pago diferido, verdadero pagaré con intervención bancaria necesaria, se encuentra ya incorporado a las prácticas comerciales. Los bancos entregan sin cuestionamiento alguno sus fórmulas, en la cantidad requerida por el cliente.

A la par de esa facilidad, se advierte un desuso del sistema de registración, sobre lo que centramos el comentario. En materia comercial la realidad se impone muchas veces sobre la norma generando una suerte de derogación por “desuetudo”, aunque en esta cuestión sospechamos que la divergencia entre posibilidad legal y realidad deviene de una falta de información. Y esa es la motivación de esta nota: referirnos a la conveniencia o a los beneficios que resultan del registro de un cheque de pago diferido.

¹ Director del Instituto de la Empresa de la Academia

II. LA NO OBLIGATORIEDAD DE LA REGISTRACIÓN

La reforma al nuevo régimen de cheques determina el libramiento de los cheques de pago diferido a fecha cierta y no a días vista de la registración, transformando la registración de obligatoria a opcional².

El tenedor del cheque puede ejercer su libertad de presentarlo o no a registración, sin afectar la presentación al pago en la fecha cierta indicada en el cheque. De esta manera se pretendió eliminar la práctica comercial con el cheque postdatado, que había desacreditado el uso del cheque, permitiendo una lenta adaptación a un régimen de mayor seguridad jurídica incorporado al cheque de pago diferido.

La posibilidad de registración es la base jurídica de la diferencia entre un cheque de pago diferido o uno de fecha postdatada.

Conforme a ello, el cheque de pago diferido es válido y puede ser presentado al cobro a su vencimiento se haya o no realizado el trámite previo de la registración.

Para ejercitar responsablemente la libertad para proceder a ese trámite de registración, aconseja explicitar las ventajas de ese recaudo.

III. NATURALEZA DE LA REGISTRACIÓN

La formalización de la registración del cheque de pago diferido tiene el carácter de auditoría legal. Esta es realizada por el banco girado, o sea la institución financiera que procedió a la apertura de la cuenta corriente bancaria y a la entrega del formulario a su cliente que ahora es presentado por un tercero a los fines de la nueva intervención de la entidad girada. Esa intervención implica que el cheque ha sido emitido en legal forma, en fórmula válida, con todos los requisitos y suscripto por quién puede legitimar pasivamente al cuentacorrentista. Recuérdese que en la práctica del cheque postdatado, el tenedor legitimado después de esperar varios me-

² Conf. Jorge ZUNINO y Efraín Hugo RICHARD, *Régimen de cheques (ley 24.452 modificada por ley 24.760)*, Buenos Aires, Astrea, 1997, particularmente pág. 145 y ss..

ses en la esperanza del buen fin del título a la presentación al pago, se encontraba con la sorpresa que respecto a ese cheque existía con anticipación a haberlo recibido una denuncia de sustracción o extravío, o enfrentaba la indicación de que la firma no correspondía o no reunía los requisitos de representación previstos para el uso de la cuenta corriente. A ello se sumaban insólitas causales de rechazo que configuraban un folklore particular y único en el derecho comparado.

IV. CONVENIENCIA DE LA REGISTRACIÓN

A. Subsanación de vicios formales

Conforme a ese carácter de auditoría preventiva, *el girado. antes de rechazarlo deberá comunicarlo al librador para que corrija los vicios formales si los hubiere.* La solución enfatiza la decisión política de forzar el buen fin del cheque, consecuente con la decisión de jerarquizar el cheque -tanto del cheque común como del diferido-.

Se impide, a través del registro, el rechazo o devolución por problemas formales que otorgaría un derecho de ejecución, en beneficio tanto del librador para que no pierda el plazo como del beneficiario para que no se transforme su presunto derecho en un litigio de dudosas consecuencias.

La actuación preventiva del banco girado, en el caso registrador, no se cumple si el cheque es presentado a la fecha prevista del pago. O sea que el tenedor pierde la posibilidad que un cheque de pago diferido con vicios formales llegue a buen fin.

B. Habilitación anticipada del cobro

De no poderse subsanar los vicios formales no fueran corregidos o las causales que impiden la registración fueran otros, el tenedor legitimado podrá iniciar una ejecución anticipada al estar frustrado el buen fin del título cheque de pago diferido.

Esa presentación permite detectar anticipadamente problemas del cobro del cheque de pago diferido, pues de rechazarse la registración

debe recordarse que el art. 57 LCh dispone: "El rechazo de registraci3n producir3 los efectos del protesto. Con ella quedar3 expedita la acci3n ejecutiva que el tenedor podr3 iniciar de inmediato contra el librador, endosantes y avalistas. Se aplica el art. 39", no distingui3ndose en si ese rechazo se produce por defectos formales o sustanciales. Obviamente que la ejecuci3n de un cheque falsificado enfrentar3 esa misma excepci3n en el curso del juicio.

C. Pago del cheque registrado ante todo evento

La registraci3n aparece as3 como una opci3n aconsejable, no s3lo por las consideraciones formalizadas *supra*, sino atendiendo a las disposiciones del art. 60 LCh (ref. por ley 24.760) que en caso de cierre permite atender los cheques registrados, limitando los efectos del cierre al futuro. De esta manera se evita el estado de cesaci3n de pagos autom3tico del cuentacorrentista, pues de no normarse tal autorizaci3n deber3 permitirse la inmediata ejecuci3n de los cheques. El art. 60 LCh hace totalmente aconsejable el registro del cheque diferido, pues otorga una posibilidad m3s de llegar a buen fin a3n en caso de cierre de la cuenta.

Es un efecto importante del cheque de pago diferido registrado el no ser afectado por el cierre de la cuenta corriente, como por la muerte o incapacidad del librador (en contraste con la disposici3n del art. 23 para el cheque com3n postdatado). Es l3gico que cerrada la cuenta se rechace el intento posterior de registraci3n de cheques, pero se autoriza que se sigan atendiendo en esa cuenta corriente los cheques registrados con anterioridad.

Esta soluci3n permite que quien ha sufrido -por alguna raz3n- el cierre de la cuenta no deba soportar los efectos del rechazo si es su posibilidad atenderlos. El mantenimiento del servicio de caja es a los efectos de atender el pago de los cheques de pago diferido por dep3sito de efectivo o acreditaci3n de cheques de pago diferido de terceros de los que sea beneficiario el ex cuentacorrentista, o de cr3ditos provenientes de otras operaciones en las que pudiera intervenir la entidad es una posibilidad concreta en la cuenta corriente vinculada a cheques de pago diferido. El dep3sito de cheques de pago diferido de terceros por un cuentacorrentista, para atender sus propios cheques de pago diferido deber3 ser una operatoria normal.

El mantenimiento de la cuenta no impide la ejecución por saldo deudor si existiere, pues habiéndose producido el cierre de la cuenta queda autorizada la acción prevista por el art. 793 del Código de Comercio.

D. Imposibilidad de formular denuncia posterior para frustrarlo

Un cheque diferido así registrado no podrá ser frustrado por la orden de no pagar, aún dada por escrito y bajo la responsabilidad del peticionante (art. 34. inc. 40 LCh.), o por la denuncia de pérdida o robo de la libreta. En estos supuestos, la orden sólo puede darse antes de la registración, y al no producirse la misma el cheque rechazado dejará expedita la inmediata ejecución. Registrada esa orden de no pagar por el librador será inviable y no frustrará el pago del cheque si hubiera fondos disponibles. La orden dirigida al banco para que éste no pague determinado documento -cheque en el caso-, tiende a impedir un pago indebido cuando se dan ciertas circunstancias de hecho previstas por la ley, pero sin que esto incida sobre la validez del documento considerado en su completividad -orden de pago y título de crédito-, cuestión que debe ser dilucidada ante el órgano judicial. (CNCom., Sala B, junio "Mester, José c/ Bertolotto, Pedro J.", L.L., 1979-C, 600 (35.202-S)).

Únicamente el tenedor legitimado podría solicitar el no pago por el extravío o sustracción del título, pero jamás el cuentacorrentista después de registrado el cheque. Esto impide un intento de frustración del buen fin de ese título de pago diferido, no así del cheque postdatado o del cheque de pago diferido no presentado a registro.

E. Jurisdicción de ejecución opcional

Analizamos por último la ventaja más interesante que concede la registración ante la frustración de pago del cheque de pago diferido.

Se trata de la posibilidad del tenedor legitimado de optar por la jurisdicción judicial por la que optara para promover el cobro del cheque de pago diferido frustrado.

Hemos escuchado una interpretación infiel del art. 60 -segundo párrafo- de la ley 24.452, en cuanto que cualquier cheque de pago diferido que dispone que “La ejecución por cualquier causa de un cheque de pago diferido... podrá tramitar en la jurisdicción correspondiente a la entidad depositaria o girada, indistintamente” (texto según art. 1º inc. o, ley 24.760, pero en realidad este segundo párrafo no había recibido ninguna reforma ³).

Hemos omitido ex profeso de la transcripción las palabras de la ley que impiden extender ese derecho al tenedor de un cheque de pago diferido no presentado al registro. No cualquier cheque de pago diferido goza de ese beneficio, sólo el “presentado a registro” como señala el texto.

Del texto resultan dos situaciones. Una que el cheque no sea registrado. El derecho se otorga al cheque de pago diferido que presentado al registro en una jurisdicción diferente al del banco girado, fuera rechazado el registro. O sea que la ejecución anticipada puede proponerse en esa jurisdicción distinta correspondiente a la del banco depositario.

La otra, una vez registrado, obviamente por la única causal de falta de fondos suficientes acreditados en cuenta, que también otorga el derecho del tenedor a elegir la jurisdicción donde promoverá la acción correspondiente.

Este será otro de los efectos que hará aconsejable la registración.

Esa elección la podrá formalizar entre la jurisdicción de los tribunales del banco girado o la del Banco donde se presentó al registro. O sea que esta última aparece como una opción a la voluntad del tenedor, abierta por la realización del registro que fija esa jurisdicción.

No se altera las jurisdicciones y competencias, tanto las que determinan la federal o provincial, como dentro de ellas la territorial de cada tribunal o por materia que determina la existencia de tribunales especiales (por ejemplo, de ejecuciones).

Tampoco se modifica el régimen en cuanto al ejercicio de acciones causales o de enriquecimiento, pues la novedad es la opción para la ejecución por cualquier causa -rechazo de registro o de pago- de un cheque de

³ Conf. ob. citada en nota anterior, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2000, pág. 207.

pago diferido para tramitarla en la jurisdicción correspondiente a la entidad depositaria o girada.

Se tiende a facilitar la elegibilidad de este título de crédito, la confiabilidad en el buen fin del mismo, por cuanto no existirán costos extraordinarios ante una eventual ejecución, pues el acreedor no deberá trasladarse fuera de su jurisdicción, siendo a cargo del librador-incumplidor asumir esos costos cuando su conducta así lo imponga.

La previsión normativa aparece justificada en cuanto debe suponerse -sin admitirse prueba en contrario- que el negocio causal vinculado a la creación y entrega del mismo se realiza en el lugar donde se encuentra la entidad en la que se presenta al registro, constituyendo la intervención del banco girado una relación de servicio en beneficio del librador. Por esta razón, no existiendo norma alguna que lo impida y por seguridad jurídica, se establece en esta ley como lugar de cumplimiento del contrato de emisión el de la entidad donde se presentó a registrar, y el de la entidad girada como domicilio contractual determinado por el librador para la atención de esos libramientos. Se respeta así la tradicional disposición que suelen contener los Códigos de Procedimiento en cuanto a que el actor puede elegir entre la competencia que determina el lugar de cumplimiento del contrato o el domicilio del deudor.

En caso que el tenedor del cheque de pago diferido no lo presenta a registración, ejercitando su opción en tal sentido, perderá la facultad de elegir la jurisdicción, pues el último párrafo se refiere a ser "presentado a registro" para que su rechazo por cualquier motivo autorice la elección de jurisdicción al tenedor legitimado.

El cheque de pago diferido no presentado a registro deberá ejecutarse en la misma jurisdicción prevista para el cheque común.

La competencia para conocer en la acción tendiente a forzar el pago de un cheque es atribuida, por mandato de ley, al juez del domicilio del banco girado y a ella quedan sometidos todos los obligados por el libramiento o por el endoso del mismo en tanto el tenedor legitimado no ejerza la prerrogativa, del ap. 3 del art. 1º del decr. ley 4776/63 (ADLA, XXIII-B, 844). CNCom., Sala A, 18/3/83, "Constanzo, Miguel A. c/ Lobaty, Juan A.", E.D., 105-400. La jurisprudencia permitiría apartarse de la jurisdicción del domicilio especial: puede demandarse al obligado por un cheque en su domicilio real, ya que la doctrina plenaria ("Reynoso c/ Lima de Echeverría", 19/5/80, Rev. La Ley, t. 1980-B, pág. 581) no des-

carta tal posibilidad y además porque la competencia territorial establecida por la ley de fondo no es inexcusable en tanto no aparece fundada en razones de orden público sino de orden práctico (CNCom., Sala A, 26/6/85, "Homobemus, S.R.L. c/ Gutesman, Néstor", L.L., 1985-E, 84).

No debe confundirse la jurisdicción determinada por el domicilio, del domicilio en donde deben practicarse notificaciones.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Pretendemos con estas líneas, motivar a los usuarios y particularmente a sus asesores jurídicos y económicos, a la registración de los cheques de pago diferido que reciban, especialmente cuando ha sido librado a una fecha distante.

La no registración de un cheque de pago diferido debe ser una decisión voluntaria del tenedor en conocimiento de las ventajas que relatamos y no una mera continuidad práctica respecto del uso del cuestionado cheque postdatado, o lo que es peor aún una "ignorancia del derecho", desconocida por nuestro régimen jurídico.

LOS ARGENTINOS FRENTE A LA LEY

por OSCAR HUGO VÉNICA

Toda colectividad reclama normas, reglas de conducta, que organicen la vida en sociedad, y de ese modo permitan la convivencia. Que serán más o menos perfectas, impuestas desde arriba o logradas democráticamente, pero imprescindibles, aun en los ambientes más primitivos, pues de lo contrario el caos haría imposible la existencia misma de la comunidad. Ya lo supieron ver los romanos, quienes con su reconocida habilidad de síntesis lo concretaron como *ubi societas ibi ius*.

Por cierto que no basta con establecer las reglas, sino que detrás se debe contar con la fuerza del Estado, suficiente para imponerlas, aun coactivamente, característica propia de las normas jurídicas. Pero es necesario algo más. Para que rija el imperio de la ley, de un modo más o menos generalizado, propio de un país civilizado, categoría a la que se accede en la realidad y no por decreto, se requiere además que los ciudadanos se sientan, íntimamente, convencidos de que es necesario, e incluso conveniente, que sea cumplida.

Por otro lado, la voluntad estatal ineludible de velar por ese cumplimiento y, ante la violación, que debería ser excepcional, se imponga una rápida sanción, que opere como pena para el culpable, y como elemento disuasorio para los demás.

Estas dos condiciones están lejos de darse en los hechos, y no es de ahora.

* Discurso en su recepción como académico correspondiente el 21 de noviembre de 2000.

Los argentinos mantenemos una conflictiva relación con la ley. Quizás nos viene de nuestros orígenes, cuando en tiempos de la colonia, al arribar las disposiciones legales sancionadas por el rey español, los funcionarios locales colocaban el pliego sobre sus cabezas y pronunciaban esas palabras, ejemplo de depurado cinismo jurídico, «se acata pero no se cumple».

Incluso ahora, sin tantas formalidades, ¿no se ha visto acaso, fumar despreocupadamente a legisladores, en el mismo recinto donde dispusieron su prohibición en lugares públicos?

Dejando de lado el máximo irrespeto de la ley, que representan los golpes de Estado, es evidente, cosa de todos los días, la ausencia de internalización del cumplimiento de las normas.

Más que en lo grande, el grado con que un pueblo acepta el orden jurídico que lo rige se advierte en las pequeñas cosas: reglas de tránsito, cuidado de la naturaleza.

Es común que quien viene maravillado de Europa o Estados Unidos, por la limpieza de rutas, caminos y parques, al propio tiempo que manifiesta su admiración, arroja despreocupadamente la colilla del cigarrillo.

¿Quién no se ha visto con que al recriminar la flagrante violación a una regla de tránsito, haya recibido por respuesta un violento insulto? Como si el ofendido fuera el infractor.

El Estado, cada vez más lejano y sentido como ajeno, está ausente y desentendido de una de sus principales obligaciones, hacer cumplir la ley y sancionar a quien la infringe. Es increíble la abdicación en que se ha caído. Para no mencionar cuestiones más graves, ¿qué se hizo de la obligación de los motociclistas, vigente en todas las ciudades, de utilizar casco? A lo sumo protege el codo, porque lo llevan colgado.

El contrabando es casi un deporte; el no pago de los impuestos, signo de viveza criolla; y el saqueo del Estado, un mal persistente.

Poco se hace por revertir esta situación, tarea que debería iniciarse en la escuela primaria. Pero no sólo hay que inculcar los principios, es necesario practicarlos. Así no basta señalar a un niño que se debe resguardar el medio ambiente, si al propio tiempo no se le hace comprender que no debe tirar el papel de su caramelo.

Levantando un poco la mira, las cosas no se presentan mejor.

Al reformarse la Constitución Nacional en 1994, el nuevo texto creó una serie de institutos que el Congreso Nacional debía reglamentar. Han

pasado más de seis años, y varios de ellos aún no cuentan con la ley respectiva, que es lo mismo que decir que no existen.

Políticos con altos cargos proponen imponer la pena de muerte, expresamente prohibida por un tratado internacional incorporado a la Constitución Nacional, y hasta algún gobernador promete sancionar a los jueces que cumplan con la ley del dos por uno. Intentos de reelección, claramente rechazada por la Constitución, como si el idioma nacional no fuera el castellano, lengua en la que está escrita la Carta Magna, para no hablar de lo directamente delictivo, como leyes sancionadas con el concurso de extraños sentados en las bancas legislativos, o con intercambio de favores.

Tampoco es ajeno el más recoleto ambiente forense o judicial. Así nos encontramos con situaciones altamente preocupantes, que hacen dudar al ciudadano de a pie de los principios de igualdad y de una justicia justa, valga la redundancia.

Procesos que se arrastran penosamente por los tribunales por años y años, que luego, los penales, fenecen por prescripción. Instituto que, supongo, no fue concebido para premiar la desidia del juez, ni la capacidad chicanera de los defensores. ¿Es posible que un juez, federal y de Buenos Aires, declare la prescripción, como ha ocurrido y lo publique la prensa, porque ha transcurrido el tiempo correspondiente y el imputado no fue citado a prestar declaración? ¿Es que acaso no tenía el deber de cumplir con ese paso? Aquí de lo que se trata es, directamente de un incumplimiento de sus funciones.

Jueces mediáticos que anuncian los pasos procesales a adoptar ante micrófonos y cámaras televisivas, o que admiten sin ruborizarse, la propiedad de inmuebles cuyo valor les insumiría su sueldo íntegro por varios años.

Sin llegar a esos extremos, la mora judicial, que también es un desprecio por la ley, contribuye y no poco, al desprestigio judicial, así como las declaraciones de incompetencia y apartamientos por motivos fútiles, que, oh casualidad, no aparecen en juicios sin dificultades o que involucran a personas anónimas.

No obstante, y a pesar de todo, estos males se dan, afortunadamente, en mínima proporción en esta Provincia, como que su Poder Judicial ha sido reconocido por el Ministerio de Justicia de la Nación, para mayor orgullo en tiempos que Nación y Provincia estaban gobernadas por partidos de distinto signo, como ocupando el mejor lugar dentro del ámbito nacional, y su plan recomendado al resto de los estados provinciales.

El cumplimiento de sendas mandas constitucionales, con la creación del Consejo de la Magistratura y de la Escuela Judicial, esta última ha tenido recientemente una importante reactivación, dan testimonio de que se sigue en el buen camino.

Finalmente, quiero referirme a otro punto respecto de la relación con la ley, ahora específico de los titulados en derecho.

Nosotros, en tanto tales, deberíamos ser celosos custodios de la ley. Sin embargo, no es infrecuente que alegremente se diga es la ley, pero no está acorde con los tiempos, o no nos sirve, o algún otro reparo por el estilo.

Algo semejante sucede, incluso, con los propios jueces, los que, aun con la mejor de las intenciones prescinden de la norma por entender que no regulan adecuadamente la situación de que se trata.

En un sistema institucional como el nuestro, al juez le corresponde aplicar el derecho, lo que incluye la facultad de interpretarlo, pero ahí terminan sus atribuciones. Jurisdicción viene de *iuris dictio*, esto es, decir el derecho. Luego, su creación, modificación o derogación es facultad propia del legislador, y así está establecido, claramente, en la Constitución.

La justicia, según Ulpiano, consiste en la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo. Bella frase, pero que encierra una grave dificultad: ¿cómo se determina lo que es de cada uno? En un sistema autocrático la respuesta es fácil: por la voluntad o capricho del gobernante.

Pero, ¿en un régimen democrático, cuyo sistema legal es de inspiración continental, y no anglosajona?

Hace ya tiempo, en una de esas librerías de Av. Corrientes de Buenos Aires, encontré un libro de mediados del siglo pasado -vaya la aclaración de que todavía estamos en el siglo veinte- con las transcripciones de un sonado, en su tiempo, proceso penal, ventilado ante la Audiencia de Barcelona. Me llamó la atención, y siempre recuerdo, las palabras finales del alegato del fiscal: «La justicia, Excmo. Señor, consiste en el exacto cumplimiento de la ley».

Esta es, a mi juicio, la solución. La ley, como expresión de la voluntad popular, que con todo lo de ficticio que pueda tener, así la concibe la Constitución.

Se podrá entender el texto legal restrictiva o extensivamente, con mayor o menor amplitud, pero lo que no es posible es prescindir de él, como ha ocurrido no demasiado infrecuentemente.

Ya decían los romanos que la ley clara no necesita interpretación. En consecuencia, y como ha dicho la Corte Suprema de la Nación, en tiempos cuya integración merecía mayor respeto, no es posible prescindir de la norma que, sin lugar a dudas, regula la cuestión de que se trata, si no es por su concreta declaración de inconstitucionalidad. He aquí utilizada con la debida prudencia y ponderación, la vía de escape frente a una ley inicua o irrazonable. Al respecto, ese poder de control de constitucionalidad difuso, y por ende concedido a todos los jueces dentro de su respectiva competencia, puede y debe ser ejercido de oficio. Si al juez le corresponde la calificación jurídica de los hechos, *iura curia novit*, no se advierte la razón por la que no deba ocurrir lo propio con la Ley Fundamental, a la que por imperio de ella misma, y por respeto al juramento prestado, debe respetar y hacer respetar en primerísimo lugar. Es un evidente contrasentido que se le acuerde mayor valor a una norma de menor jerarquía respecto de otra de mayor entidad, y menos frente a la superior a todas. No hay en este país, donde la injerencia de los poderes políticos sobre el Judicial ha sido casi una constante, aunque últimamente se debe reconocer una saludable y bienvenida reacción de esos mismos poderes, peligro de un gobierno de los jueces. Por lo demás, si cuando se declara una inconstitucionalidad a pedido de parte, nadie imputa un avance indebido del Poder Judicial, no se advierte por qué se daría ello por la sola razón que se decreta de oficio.

El activismo judicial debe ser entendido como señalando el protagonismo del juez en el proceso, que aun en los sistemas dominados por el principio dispositivo se le reconoce. Y no erigiendo al juez en un representante de la llamada escuela del derecho libre, autorizado a apartarse del derecho positivo, o directamente a crear la norma, de suerte que los litigantes recién ante la sentencia la descubrirían.

Como casi todo lo relacionado con el hombre, tenemos que conformarnos con un concepto relativo de justicia, y no debe ser el resultado del particular sentido de ella de cada juez, sino el que resulte de la ley. Si bien aquello de que se presume conocida por todos es una mera ficción, sí es cierto que cualquiera tiene acceso a ella, y de ese modo informarse de antemano en relación a la conducta a seguir. Precisamente por estas razones es que se redactó la Ley de las Doce Tablas. Para que el derecho no fuera un arcano conocido por unos pocos.

No se trata de que nos aferremos a tal artículo o inciso, pero sí que la solución del conflicto provenga del derecho positivo en su conjunto.

En fin, una vez más vale la pena recordar que es menester arrodillarse frente a la ley, para no hacerlo frente a los hombres.

LAS IDEAS POLÍTICAS DE BOLÍVAR: TRANSICIÓN Y FUTURO

por PEDRO J. FRÍAS

SUMARIO: Hombre de la Ilustración. Libertad y autoridad. La transición política. La república conservadora. De todo el mundo nuevo una sola Nación.

Hombre de la Ilustración

Bolívar entra en la historia con hechos famosos, pero es también grande por sus ideas y su palabra.

En cuanto a las *ideas*, es hombre de la Ilustración, que hace más llevadera la monarquía absoluta del siglo XVIII con el desarrollo de los fermentos de innovación cultural.

En Francia hicieron tribuna de la historia y prefirieron llamarse filósofos para predicar por una monarquía atemperada (Montesquieu), contra el fanatismo (Voltaire) o los tiranos civiles y religiosos (Diderot). Censurados o protegidos, en las cortes de Federico o Catalina, en los salones o fugitivos, logran el derecho a la palabra y preservan su «poder» de escribir.

La España ilustrada ¹ resucita de su agotamiento imperial, de su xenofobia y su falta de autocrítica.

La función crítica la inmortalizó el benedictino Benito Feijoo. Su *Teatro crítico universal* y su *Cartas eruditas* fueron *best sellers* en su

¹ Carlos A. FLORIA y César A. GARCÍA BELSUNCE, *Historia de los argentinos*, Buenos Aires, Kapelusz, 1975, t.1, pág. 138.

tiempo. Un siglo después las leían los organizadores de nuestras Patrias, como lo atestiguan los catálogos de bibliotecas y las firmas de volúmenes que yo mismo he poseído. Feijoo no fue sino el comienzo de una familia de pensadores en que el marqués de Ustáriz, preceptor de Bolívar, tiene un lugar distinguido. Vinieron después los heterodoxos, en su conjunto más galicano que anticatólico, más anticlerical que agnóstico, hasta que Jovellanos apunta a una ilustración cristiana.

De estas ideas se nutrió el vencedor de Boyacá durante su permanencia en España y su viaje por Francia.

Libertad y autoridad

¿Por qué no nos acercamos a la problemática de nuestros libertadores? Bolívar y San Martín eran tributarios de un *proyecto de sociedad*, nacido del clasicismo español fermentado por la Ilustración. Sensibles a las innovaciones del entorno europeo, las recibían -sobre todo Bolívar- en la matriz americana. Ese proyecto de sociedad los hacía *moderados*. Quizás sea una palabra clave, aunque no transparente. Cuando yo me defino como moderado es porque descubro en mí cierta resistencia a las presiones o al cambio. Pongo en acto una mediación de mi razón y mi volición para incorporar en mi «proyecto» las variables afines del otro. Moderar es contener el exceso que podría lastimar la identidad. Desde una identidad profunda se puede ser moderado para que la transición la enriquezca o, a lo menos, no la afecte torpemente.

Esa identidad profunda es la que he tratado hasta ahora de descubrir pero no por una indagación subjetiva que no está en mi posibilidad, sino más bien por la interacción con el contexto cultural -sobre todo con la cultura política- de su sociedad.

Había que estrenar la lealtad del ciudadano en el lugar de la fidelidad del vasallo; había que dar base al poder en una articulación de la comunidad y no ya en la dominación de un soberano que busca el consenso pero no depende de él; había que ensayar el control del poder desde dentro de los gobiernos mismos para evitar su desviación, había que conciliar la libertad recuperada con la igualdad por hacer, pero sobre todo había que lograr la convivencia de las libertades civiles y políticas con la nueva autoridad.

Sé que el planteo que propongo -el eterno de libertad y autoridad- puede ser sospechado de obvio, pero no lo es ahora y menos entonces. ¿No decía Bolívar que los criollos nunca habíamos sido autoridad? ¿No dicen algunos politólogos ahora que a fin de siglo la libertad será una idea nueva? En el siglo XIX, la autoridad radicada en nuestro suelo era una idea nueva. Había que conciliarlas.

«Nosotros estábamos -escribe Bolívar- en un grado todavía más debajo de la servidumbre, y por lo mismo con más dificultad para elevarnos al goce de la libertad».

No necesito decir que la libertad de los americanos, aunque quisiera nutrirse de una conciencia moral objetiva iluminada por el cristianismo, no importaba menos el riesgo de hallar su propia norma práctica y su justificación. La grandeza de la libertad reside en aproximar el acto humano voluntario al Bien y a la Verdad, pero su carácter irrepetible se corresponde con su trágica ambivalencia para el Bien y el Mal.

El riesgo de la libertad inspira ciertas cautelas autoritarias, escribe Víctor Massuh ². El autoritarismo parte de esa desconfianza y considera que la autoridad paternalista es el elemento que completa, desde el exterior, el ejercicio de la libertad.

Se nos impone una aclaración. Todo acto libre -la instauración del régimen político, la selección de sus gobernantes y la animación total del sistema político- esconde en su interior un principio de autoridad es la expresión concreta de cierto poder. Este poder de la libertad está latente en todas las dimensiones políticas: en la dialéctica del mando y la obediencia, esto es, el orden y en la dialéctica de amigo y adversario la lucha. *«Ninguna de estas dimensiones -sigue escribiendo Massuh- se hubieran constituido si la libertad no fuera el ejercicio de una fuerza intrínseca, un poder afirmativo, una capacidad de enfrentamiento y oposición».*

«La voluntad que asiente a cualquier motivación, que ha perdido el poder de la negación y elude las resistencias o las acepta, o queda paralizada ante la magnitud de éstas y delega en las circunstancias y el azar el trance de la decisión, esa voluntad nada tiene que ver con la de un hombre libre. Lo contrario a la libertad no es la autoridad sino el caos. Allí donde

² *La libertad y la violencia*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, pág. 237.

pisa un hombre libre se ha constituido un orden, un principio rector, una conducta orgánica, un señorío de quien se ha vencido a sí mismo y entabla una relación saludable con los hombres».

La libertad no es impotente, entonces, pero por esto mismo requiere de una autoridad que no interprete la volición individual sino el bien común. Y el bien común no suma los bienes individuales sino que es la recta sistematización de la comunidad política, en tanto comunicable a cada uno para su realización como persona y en cuanto alcanzable por su cooperación.

Si en algún momento la autoridad no es sólo un dato objetivo de la vida social sino también necesaria, es cuando los grupos reivindican sus particularismos por encima del conjunto. Para que no quedemos demasiado tiempo en un pensamiento abstracto, traigo la descripción de un contemporáneo de Bolívar sobre la asamblea popular del 18 de junio³. Es un trazo germinal de nuestra historia independiente que explica muchas cosas: «El Libertador reunió a los hombres más notables de Caracas; se instalaron en Cabildo abierto, y ante el pueblo y padres de familia, Bolívar con un discurso verdaderamente patriótico depositó la autoridad en sus manos: ofreciendo servir con la mayor fe y con idéntica constancia bajo las órdenes del que tuviesen a bien elegir para mandar en su reemplazo. Yo, testigo de esta escena..., casi no podía formarme juicio de lo que era el pueblo soberano deliberando. Mil candidatos se presentaron pretendiendo el mando supremo... el populacho quería ya saqueo, diciendo que todos los blancos eran godos, pero el Libertador los contuvo haciendo fusilar a dos iniciadores de esta patriótica ocupación.... Cansado el pueblo sensato y más aún los partidos, de vejarse mutuamente en su candidato y sus propósitos, por un movimiento general aclamaron nuevamente para Jefe Supremo de Venezuela al Libertador, encomendándole que salvara la Patria, pero ya no era tiempo».

Una asamblea así no nos sorprende ahora. Conocemos bastante de las pulsiones personales y colectivas como para saber lo que una comunidad necesita para proyectar en común: una conciencia sin inhibiciones pero que acepta ciertas reglas de juego y, ante todo, el pluralismo, que va aunando voluntades alrededor de unas pocas familias políticas que disputan el poder.

³ J.T. MORÁN, *Memorias*, cit. por J. RODRÍGUEZ ITURBE, *Génesis y desarrollo de la ideología bolivariana*, Caracas, Impr. del Conr., 1973, pág. 341.

El que se iniciaba frágil aunque solemnemente en la América española era esa agregación de sensibilidad cívica abierta a los humores de una sociedad que se ignoraba, pero que debía contar «*con la fragilidad de nuestra especie y el imperio de la suerte*», según frase del Libertador ⁴.

Bolívar tenía bien presente esa fragilidad: «*Pretender que la política y la guerra marchen al grado de nuestros proyectos, obrando a tientas con la sola pureza de nuestras intenciones y auxiliados por los limitados medios que están a nuestro arbitrio, es querer lograr los efectos de un poder divino por resortes humanos*».

El problema era, pues, instalar una autoridad digna de la libertad recuperada para la sociedad y los habitantes de estas Américas. Instalar una autoridad era crear, casi de la nada, correas de transmisión entre una sociedad incipiente de notables y los órganos de poder. Instalar órganos de poder era imaginar un régimen que vacilaba entre la monarquía -paradigma de la época- o las nuevas repúblicas de Estados Unidos y Francia. Optar por la república era inevitable casi -dada la incertidumbre de legitimar una dinastía- pero suponía la movilización permanente, la colisión de las ambiciones y la fragmentación de los intereses.

El conflicto de la libertad con la autoridad no era, entonces, más que un conflicto de la realidad consigo misma: la sociedad tenía que hacer crecer sus interacciones y ordenarlas republicánicamente -no de cualquier modo- en el mando y la obediencia. Un mando fundado en la articulación política y una obediencia prestada a la ley.

La transición política

Estamos pues ante el tema grande de la transición política, por lo que resulta inevitable asociar a nuestra realidad de argentinos a las propuestas bolivarianas para la transición, no para copiarlas sino para interpretarlas. Quiero llamar la atención sobre esto porque que yo sepa, las instituciones políticas del Libertador no han sido confrontadas con la idea de transición, no han sido referidas a la transición.

⁴ RODRÍGUEZ ITURBE, cit., pág. 342.

Carlos FLORIA nos ha invitado a prestar atención en clave argentina a la perspectiva genética más que funcional de un cambio de régimen, no de gobierno ⁵.

Y bien, Bolívar conocía de instinto este arte de la sutura. Quizás de la implantación. Porque el trasplante de un régimen democrático podía provocar rechazos, pues nuestra tradición antiliberal era muy fuerte y nuestro ejercicio social de libertad e igualdad estaba librado a una fraternidad y a una justicia iluminadas por el cristianismo pero no como idea-fuerza del sistema político.

Sabemos hoy que «se pueden construir regímenes competitivos pero oligárquicos; o participativos, y sin embargo fascistas; o antiliberales o no participativos y por ello autoritarios... Este tipo de democracia -abierta, pluralista, popular, con existencia autónoma de una pluralidad no extrema de partidos políticos, con libertad cultural y religiosa, federal y sin concentración excesiva de recursos de poder en sede alguna de la sociedad o el Estado- nunca ha existido en plenitud en nuestra Patria, escribe Floria nunca se ha consolidado, a lo menos. ¿Pero se ha consolidado en la América española?

Para esta interrogación hecha al pasado, Bolívar ofreció sus proyectos constitucionales. Si en vez de responder a las necesidades de su tiempo respondiere a las del nuestro, quizás sus propuestas asumirían otras formas. Lo importante es confrontar su instinto de moderado con el régimen político que podía adoptar la América española.

Cuando ahora proponemos competición política y participación, Bolívar coincidiría: sí, pero.... Sí, pero en una sociedad consolidada.

Y así como nuestro Alberdi quería «*la república posible antes de la venidera...*», Bolívar pensaba en al república imperfecta pero perfectible.

La república conservadora

La transición política latinoamericana planteaba a los libertadores dos preguntas: por qué y para qué.

Hombres menos responsables que Bolívar y San Martín podrían haberse conformado con contestar la primera: ¿por qué?

⁵ «El arte de la transición política», La Nación, 26/6/83

Pues bien, muy simple: independizarse porque se ha agotado la sustancia moral del vínculo de dominación.

Pero ¿la segunda? el para qué obsesionaba a los dos: reenviaba a otro interrogante: ¿qué serán nuestros pueblos? La libertad es el camino del ser. Pero el ser..., la viabilidad..., Bolívar no era ingenuo. Es preferible traducir su escepticismo sobre la capacidad política de proyectar en común y sobre la calidad ética del ejercicio político como una reflexión crítica del hombre de la ilustración en matriz americana. Lo he dicho ya pero hay que insistir. Insistir en que sus propuestas políticas son para la instalación no de un régimen definitivo sino de una transición.

Esos órganos eran la cámara popular, el senado hereditario y la presidencia electiva y vitalicia: un órgano democrático y dos aristocráticos. Y todavía el areópago, el poder moral.

En su discurso de Angostura en 1819 -sigue siendo duro renunciar a la evocación histórica- Bolívar sintetiza muy concretamente: «El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política».

Las propuestas han sido objeto de innumerables comentarios. Desde los entusiastas como el olvidado del maestro BIELSA⁶, a los aprobatorios de Salvador DE MADARIAGA⁷. Y como es MADARIAGA el más crítico, es el mejor para la glosa, porque pone de relieve sin adulación el pensamiento de la transición.

De todo el mundo nuevo una sola nación

Examinado el modo con que Bolívar afronta la transición, se puede recordar cómo piensa el futuro. Ese futuro es la integración latinoamericana.

Insistamos con Massuh⁸ en los «tres principios que animaron de modo constante la empresa bolivariana: 1º) la propia libertad pasa

⁶ «La concepción política de Bolívar» en *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, 1952, Arayú, t. III, pág. 591.

⁷ Bolívar, Buenos Aires, Sudamericana, t. II, pág. 21.

⁸ «Bolívar y el humanismo latinoamericano», *La Nación*, 24/7/83.

por la afirmación de la de los demás; 2°) el caos americano sólo puede ser enfrentado por una voluntad histórica que piensa en términos de unidad y totalización continental; 3°) la Utopía de América».

Las ideas de unidad, totalidad, integración y síntesis son la que transmite, según Massuh, a los humanistas americanos.

¿Cómo quiere realizarlas? Al Norte y al Sur la visión es la misma. «Para nosotros la Patria es América» exclama Bolívar. El país es toda América dice simétricamente San Martín. Nos llamábamos «americanos» o «sudamericanos». Las provincias unidas de aquí y de allí, los cuatro virreinos de la Corona española tenían disponibilidad a la unidad, eran históricamente convergentes. Pero estas convergencias sociales de la lengua, la raza, la historia, la cultura, la religión no son por sí mismas voluntad política. La empresa humana es una volición que sigue al acto de razón. Requiere esa voluntad política. El «fiat» de estas grandes acciones, más si se quiere poner en marcha un pueblo-continente, suponía dotar a la unidad de fines institucionales y de medios apropiados.

Todo eso lo intenta Bolívar con una tenacidad que tiene sus hitos en el manifiesto de Cartagena, la Carta de Jamaica, el discurso de Angostura y el Congreso de Panamá.

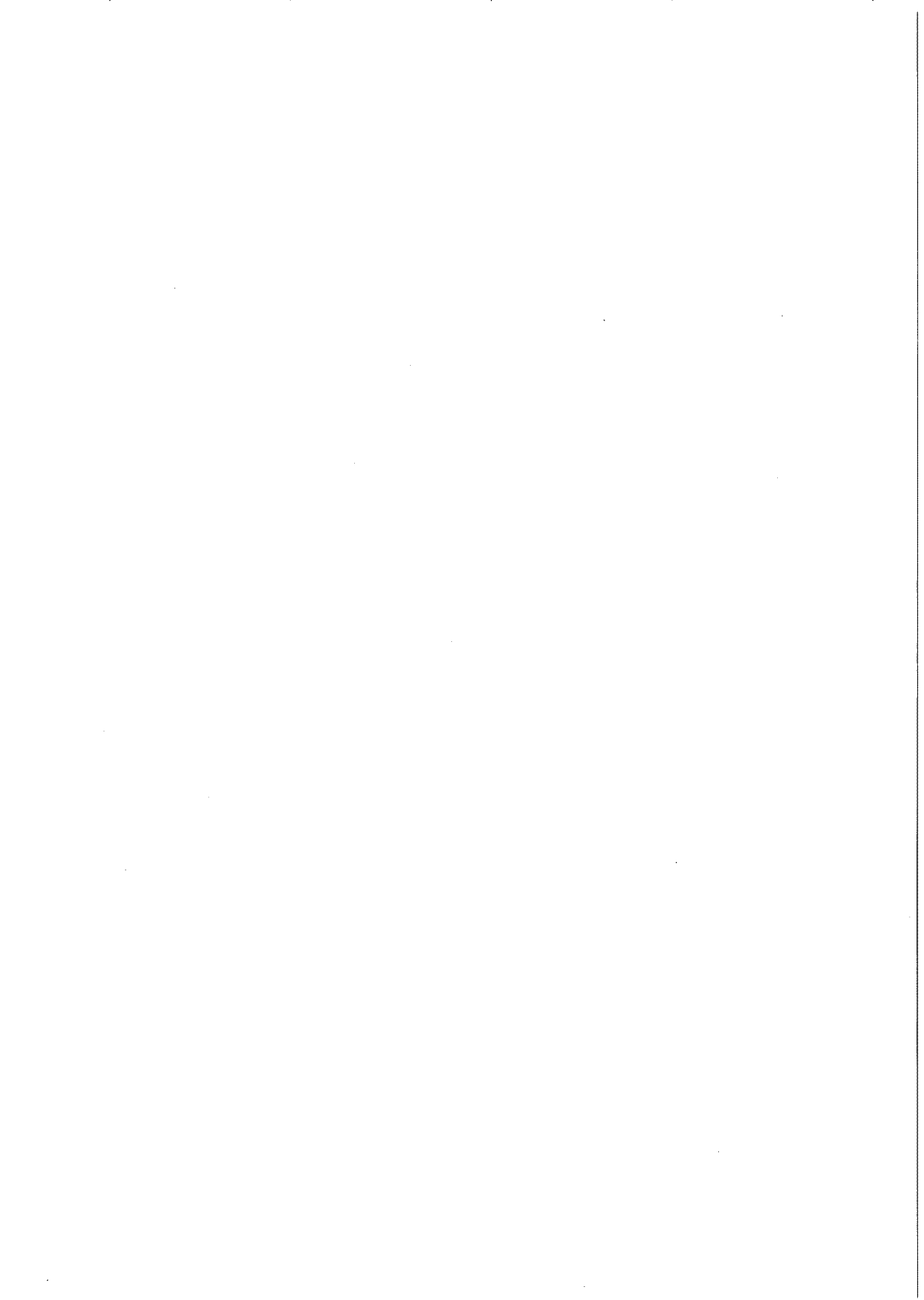
En la Carta de Jamaica de 1815 había dicho: «Yo deseo más que otro alguno, ver formar en América la más grande nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria». «Es una idea grandiosa pretender formar de todo el Mundo Nuevo una sola nación, con un solo vínculo que ligue partes entre sí y con el todo». Con estas palabras, Bolívar ha descrito un vínculo federal. ¿Y no es que Bolívar como San Martín, no deseaban una organización federal? No la deseaban para la transición, me animo a decir. Porque durante la empresa libertadora, las autonomías dispersa, los liderazgos locales, las ciudades-estados podían ser una tentación y una realidad. Ya había ocurrido. América Latina no debía fragmentarse. Pero si se quería la unión, la descentralización territorial del poder se hubiera hecho presente.

Sobre la integración latinoamericana querida por el Libertador, hay interrogantes que se abren a la inquisición rigurosa y a las familias de espíritu. Quiero decir que habrá interpretaciones no siempre objetivas sobre el panamericanismo, el interamericanismo y el hispanoamericanismo. ¿Quería el vencedor de Boyacá la participación de los Estados Unidos? ¿Gran Bretaña era fiadora ante la Santa Alianza o desempeñaba otra

función menos transitoria? ¿Eran concientes de la penetración de una supuesta ideología anglosajona?

Todas las divisiones de nuestro espíritu, todas las influencias recibidas, todo el eclecticismo de nuestra formación asoma aquí.

Creo simplemente que la empresa quedó latente en el contexto cultural pero ajena al proyecto político. Creo que la energía social fue acaparada por la transición; después del crecimiento por la crisis, después de la crisis por las ideologías la transición, por la organización de cada Estado-nación; después de la organización, por el crecimiento; después de la crisis, por las ideologías y los intereses y la pugna de los nuevos grupos de poder; no fue mucha la energía social que generamos y la distribuimos por largo tiempo en proyectos sin grandeza. La utopía de América debió ser postergada.



LA EMPRESA RURAL EN UN PAÍS HECHO A CABALLO

por PEDRO J. FRÍAS

SUMARIO: 1. Racionalidad económica y corrientes humanistas. 2. Las dimensiones personales y familiares de la propiedad. 3. La dimensión en la propiedad rural. 4. La doctrina social católica. 5. Una libertad responsable.

1. Racionalidad económica y corrientes humanistas

Aunque en este momento no hay anacrónicas propuestas de «reforma agraria», subsisten las inquietudes, prejuicios e ideologías que instalaron en alguna que otra constitución provincial, disposición tan vulnerable como la de Chubut: «Todo predio deber ser explotado directamente por su propietario salvo los casos de excepción que la ley establezca». Juzgo útil repasar estas tendencias que se reducen a dos: la racionalidad y económica que busca el «óptimo» en la realidad y las corrientes humanistas que tratan de conjugarlo con una impregnación personal de la propiedad.

2. Las dimensiones personales y familiares de la propiedad

En el estilo sugerente que es el suyo, Jean CARBONNIER, en su *Flexible droit*¹ aborda las dimensiones de la propiedad. Porque la propiedad

¹ 4ª ed. , París, 1979.

tiene un efecto multiplicador, sobre estos efectos se han inclinado los moralistas y el legislador.

El bien común, por una parte, parece generar condiciones; el espíritu humano de comparación, por otra, no es menos rico en imaginación. Queremos decir que el comparar no es inocente sino cuando uno mismo no es término de comparación. Pero si el yo se incluye, puede suscitar emulación, que nos impulsa a rivalizar, o envidia, que nos entristece con el bien del otro.

Tres relaciones parecen las más frecuentadas cuando se trata de los límites a la propiedad: la primera, que opone los pobres a los ricos; la segunda, que opone el dominio derivado del trabajo y del ahorro al derivado de la herencia y la especulación; la tercera, que opone los objetos de consumo a los instrumentos de producción. Han sido vías tradicionales de exploración. La racionalización económica se inclina más bien a comparar los grados de eficiencia o ineficiencia en función de un interés social que no excluye, pero que tampoco privilegia la justicia distributiva.

Si de límites de la propiedad se trata, hay, por una parte, dimensiones materiales o físicas y, por otra parte, dimensiones económicas que buscan el punto óptimo de una explotación, lo cual es también aplicable al productor no propietario. Parece razonable que el problema de las limitaciones materiales derive de las limitaciones económicas, del *optimum* económico y no al revés.

Con todo, *«en un mundo en que la superioridad de las grandes unidades económicas es comúnmente admitida, el legislador no rehusa intervenir, como contra la corriente, para proteger el pequeño comercio o la pequeña industria, porque la conservación de una clase media y, por allí de un cierto equilibrio social, le parece un objetivo digno de ser perseguido, aun al precio de un contrasentido en economía política»*².

3. La dimensión en la propiedad rural

El mismo autor sostiene que es en agricultura donde esta preocupación es más defendible. Las ventajas puramente económicas de la con-

² CARBONNIER, cit., pág. 211.

centración son menos evidentes y, además, la agricultura no es simplemente una actividad económica sino un modo de vida y, para la nación, una reserva de vitalidad demográfica y moral.

Los productores rurales lo reconocen pero lamentan también que por esta vía sea castigada la expansión que sigue a la eficiencia.

«Ni demasiado ni demasiado poco»: la búsqueda de un mínimo y de un máximo conduce a una reflexión sobre las dimensiones patrimoniales de la propiedad, en nuestro caso, de la propiedad agraria.

Los pensadores socialistas han encontrado a veces inspiración en una inquietud espiritualista según la cual la propiedad no adquiere su sentido sino con una impregnación del objeto por la persona. Cuando, entonces, la persona es incapaz de animar una explotación desmesurada, encuentra su propio límite en la imposibilidad de aprehender *corpore et animo* su objeto.

Pero este sentido carnal -también espiritual- de la posesión ha sido desbordado por los hechos económicos y jurídicos: por una parte, en relación al sujeto, las personas jurídicas asociadas a la tecnología apropiada, no reconocen límites a su capacidad de animar la empresa agraria *corpore et animo*; por otra, en relación al objeto, la civilización jurídica se expresa en signos que a través de acciones, también puede abrazar explotaciones de cualquier dimensión. Lo único que les falta es, precisamente, la impregnación personal.

Si de límites a la dimensión de la propiedad agraria se trata, dos métodos se han impuesto en la experiencia ajena: la limitación en especie y la limitación en valor.

La división sucesoria ha contado con amplio crédito como factor determinante de difusión del dominio agrario.

La Argentina cuenta actualmente con numerosos estudios socioeconómicos ³ sobre el parcelamiento rural. «La pampa gringa» de Ezequiel Gallo puede ser también ilustrativa. Algunas de esas investigaciones son impulsadas por el CONICET. Una pregunta podría formularse en cada caso: ¿hay «hambre de tierra» entre nosotros? ¿Lo hay en una sociedad que de las actividades extractivas pasa tan fácilmente a las in-

³ Saturnino ZEMBORAIN, Roberto BRIE y tantos otros.

dustriales y de servicio? ¿La hay con una población urbana del 82% del total? No estamos en condiciones de responder a este interrogante.

Si el latifundio improductivo y aun la acumulación productiva ha sido sometida a todos estos análisis de que tan someramente damos cuenta, no lo ha sido menos el minifundio, sólo que las sospechas se acumulan sobre lo grande y no sobre lo poco.

No es necesario señalar todas las iniciativas jurídicas y económicas para evitar que la pequeña propiedad caiga por debajo de las dimensiones de la necesidad, dice CARBONNIER. De la necesidad de la familia rural o de la necesidad de la producción agraria. Hemos llegado así a la indivisibilidad de la unidad económica, que requiere en todas partes, una legislación previsor y flexible para adaptarse a situaciones cambiantes.

Resta un capítulo en que se han desplegado algunas utopías, pero que está vertebrado por una necesidad social que es común al campo y la ciudad: el acceso de todos a ese mínimo, por una asistencia de fomento que toma diversas orientaciones, incluso la de aplicar el impuesto sucesorio, a facilitar el acceso a la propiedad.

4. La doctrina social católica

Privilegiando al hombre, su espacio familiar y el bien común, la doctrina social católica conserva su especificidad en lo agrario.

No es oportuno ahora una larga transcripción del discurso de Juan Pablo II a la *Confederación italiana de agricultores*⁴, pero si las notas que han ido acumulando los sucesivos pontificados.

Comenzó León XIII con la *Rerum novarum*. Prosiguió Pío XI denunciando la influencia negativa del capitalismo industrial sobre la agricultura. Juan XXIII consideró el problema agrícola en una dimensión mundial y puso en evidencia la necesidad de nuevos equilibrios y el principio de solidaridad internacional. Pablo VI denunció los desequilibrios y peligros a que está sujeta la agricultura especialmente en el juego de relacio-

⁴ L' Osservatore Romano, 15/4/84,

nes entre sociedades altamente industrializadas y las que están surgiendo. Y yo, en la Encíclica sobre el trabajo humano de Juan Pablo II, recalqué «la importancia fundamental que reviste el trabajo agrícola por razón de la relación existente entre agricultura y hombre».

Si se buscan las líneas de fuerza de esta plural doctrina papal, las reduciría a tres:

- el requerimiento al propietario para que junto a su derecho respete la «hipoteca social»;
- el requerimiento a la sociedad para que compense equitativamente las desventajas relativas de la vida campesina;
- el requerimiento a ambos para que la producción sirva al bien común.

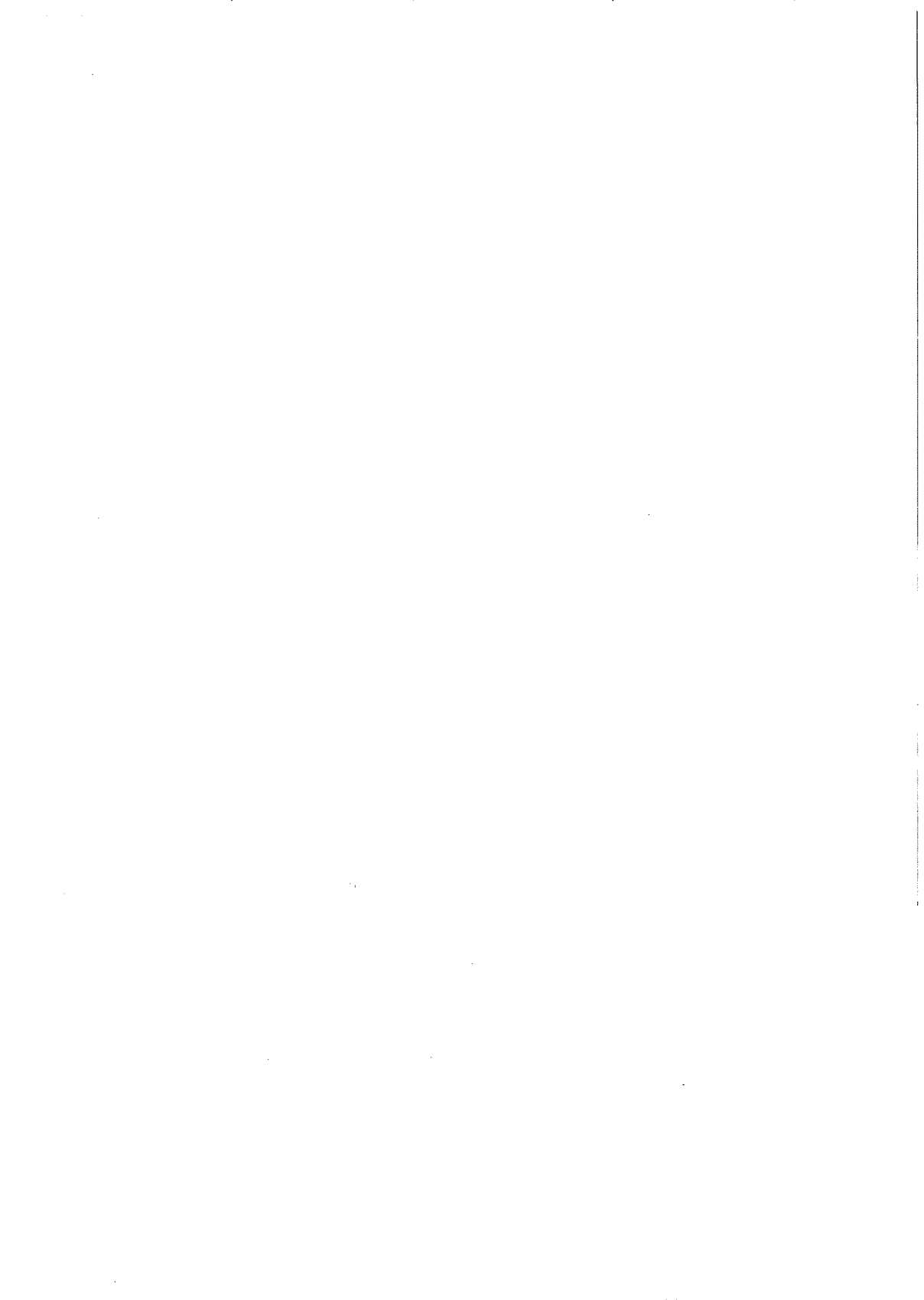
5. Una libertad responsable

Todo lo anterior me suscita dos observaciones:

- *La primera*, es que la cuestión agraria argentina -si la hay- no pasa tanto por la relación tierra propietario, sin perjuicio de seguir logrando expansión productiva; ni pasa tanto por la relación patrón-trabajador, sin perjuicio de desear mejor nivel de vida para el campesino; lo relación parece estar más desequilibrada entre campo y ciudad, por lo que la política agraria no debe desvelarse tanto por las dimensiones como por la equidad de trato dentro de la sociedad global.

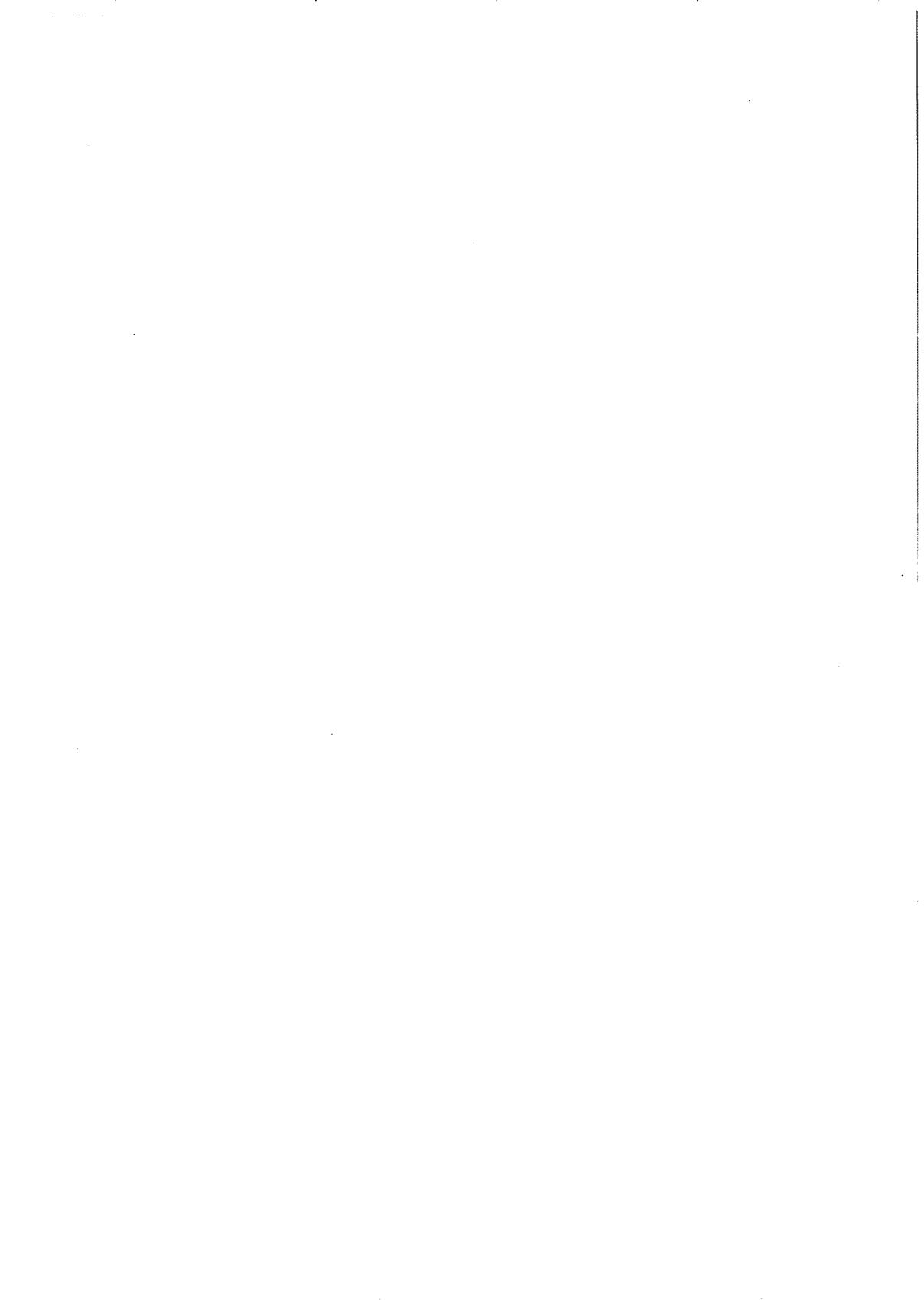
- *La segunda* es que los hechos no han justificado los prejuicios ideológicos y que el campo argentino ha hecho casi siempre su reforma: ha subdividido y difundido la propiedad agraria; ha cambiado los titulares; ha incorporado tecnología; ha vencido el desierto; ha expandido la frontera, ha sido el agente confiable del desarrollo argentino. Soportó la transferencias de ingresos del campo a la ciudad: explosión urbana, explosión universitaria y tanta otras; produjo cuando otros especulaban; creció cuando otros se achicaban; quedó libre de aftosa por corto tiempo.... Parece que el campo ha ganado derecho a su libertad. A una libertad responsable que conjugue impulsos distributivos con producción, jamás divorciada de la justicia y el bien común.

Hay que repetir que la Argentina no debe al campo ninguna de sus penas y sí muchos de sus logros.



**ACTIVIDADES DE
LA ACADEMIA**

**DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS
EN SESIONES PRIVADAS**



VÉLEZ SÁRSFIELD Y SU MONUMENTO EMPLAZADO EN ESTA CIUDAD

por HUMBERTO VÁZQUEZ*

Con una palabra de bellos contornos etimológicos, *recordar*, del duplicativo *re* y *cor*, corazón, vamos a referirnos al Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, desde la contemplación de su monumento, sobre su plaza, en el corazón de la ciudad.

Lo *recordamos*, esto es, lo volvemos a pasar por el estuario de nuestro corazón. *Recordar* es volver la vista al pasado y encontrarlo aún vivo, fresco, operante. Traerlo a hoy y ver cómo perdura, cómo pervive, cómo maduran las semillas que él sembrara.

Dijerese que el empujón del arquitecto Taboada le dio más horizonte, mejoró su perspectiva, amplió su visión urbana y permitió así al Dr. Vélez Sársfield otear, desde lo alto de su pedestal, Código en mano, el creciente acelerado progreso de su bienamada ciudad de Córdoba, de 200 años a estos días.

Ese corto alejamiento que le imprimió el empujón del interventor en la Municipalidad, allá por marzo de 1970, resultó beneficioso para el conjunto escultural, porque ensanchó la dimensión del contorno y configuró un triángulo isósceles entre las avenidas Vélez Sársfield, Hipólito Yrigoyen y la calle Montevideo, con el vértice imperfecto sobre la espalda del Bv. San Juan. Se le abrió entonces un ágora, un

* Profesor Emérito de la Universidad. Académico de número. Disertación efectuada los días 4 y 18 de abril de 2000.

foro, a su frente, con una amplia explanada descubierta, que convoca al diálogo, a la asamblea, al mitin.

¡Qué mejor para el tribuno orador, hecho a esas lides en tantas convenciones y asambleas parlamentarias..!

Además, con esa amplitud de visión, el Dr. Vélez Sársfield, con sólo ponerse en punta de pie, podrá divisar por sobre los edificios, el anca lustrosa del corcel de nuestro prócer máximo, el Gral. San Martín, cabalgando incansable, en la plaza mayor de la ciudad....

O podrá divisar por sobre los edificios, a su ex vecino de avenida, el Gral. José María Paz, mudado a la subida del Cerro de las Rosas, cabalgando en el Parque Autóctono con el caballo a media rienda, como en la legendaria batalla de La Tablada....

O volteando la cabeza hacia el oeste, por sobre la avenida Pueyrredón, divisará la calva imponente de su gran amigo y compañero de luchas por el país, don Domingo Faustino Sarmiento....

O acaso bajará a su foro, cordial y amable, para departir con sus vecinos de granito que flanquean el ágora, el médico Dr. Amadeo Sabatini y el caudillo radical don Hipólito Yrigoyen....

O para escuchar una vez más, el lastimero “Himno al Sol” que en son de baguala, clama el indio comechingón abriendo sus brazos sobre los canteros centrales del Bv. San Juan.

El monumento se inauguró en solemne y festiva ceremonia, el 30 de noviembre de 1897, participando en ella delegaciones de varias provincias hermanas. Presidieron el acto, sumamente concurrido, según las crónicas de esa época, el ministro del Interior de la república, Dr. Amancio Alcorta, representando al presidente de la Nación; le acompañaron el gobernador de la provincia, Dr. José Figueroa Alcorta y el presidente de la Comisión de Homenaje, Dr. Nicolás M. Berrotarán. Todos pronunciaron sendos discursos laudatorios exaltando la figura del codificador cordobés y su obra.

Era a la sazón intendente municipal de la ciudad, don Luis Revol.

El conjunto escultórico, imponente por sus dimensiones y la belleza total que esplende y se expande de simplemente mirarlo “*pulcra sunt quae visa placent*” -son cosas hermosas aquéllas que de sólo mirarlas

nos embelesan- razonaba Santo Tomás de Aquino en sus reflexiones filosóficas, fue obra del escultor italiano Giulio Tadolini que concluyó su trabajo en la ciudad de Roma, en 1893.

Creo que es el monumento más hermoso que adorna la ciudad. No sólo por la grandiosidad, por su valor estético, sino porque ha trasfundido en el bronce, con alma y vida, bellas escenas de la historia nacional con sus personajes y el actor principal, el Dr. Vélez Sársfield, mostrando cómo se hizo la patria, cuando se guardaron las armas

Decíamos que la plaza ha quedado dibujada como un triángulo isósceles y el monumento, con una altura de 15 metros, se recuesta un tanto sobre la calle Montevideo, permitiendo la conformación amplia del ágora, a sus pies.

La base es amplia, de granito y se accede al monumento propiamente dicho, escalando 5 breves peldaños. Tiene 4 caras o lados, siguiendo cada uno de los puntos cardinales. La figura del codificador, en el pináculo contempla de frente la ciudad, mirando hacia el norte sobre el Bv. San Juan.

Este lado norte y frontal tiene, dijérase, 4 planos. En el primero, al ras casi, muestra una placa pequeña del Colegio San Buenaventura, que fue colocada el 25 de Mayo de 1910 y que dice así: *“La Escuela San Buenaventura al más eximio de sus ex alumnos 1810, ilustre jurisconsulto Dr. Dalmacio Vélez Sársfield en el primer centenario de nuestra emancipación”*.

A continuación, en el segundo plano, un alto, medio y bajo relieve en bronce oscuro que ocupa todo el ancho del muro de granito -4 metros aproximadamente- y lleva por título en su parte inferior: *“Convención Provincial de Buenos Aires, 1860”*.

El alto, medio y bajo relieve pinta 10 figuras ocupando la escena; el Dr. Vélez Sársfield se muestra en el centro del cuadro, con una mano en alto, en ademán de acompañar con el gesto las palabras de un discurso.

En el plano siguiente, casi saliendo del cuadro, sobresale la figura hermosa de una mujer, sentada, de dos metros ochenta aproximadamente, en pliegues ondulantes su veste, pareciera la alegoría de la libertad, por su corona de rayos.

Se acompaña con una espada en la diestra y un niño de bellas facciones y pelo ensortijado a su lado, el que muestra, abriendo, un rollo en el que se lee: *“Igual para todos”*. Pareciera ser entonces, la alegoría de la ley, según esa frase. La bella matrona al igual que el niño se repiten en los cuatro lados.

Más arriba, en el plano siguiente, podemos leer, escrito con letras de bronce sobre el granito: "*Al Doctor Dalmacio Vélez Sársfield, su ciudad natal. Año 1897*".

En la cúspide, superando los tres planos intermedios, se instala la figura del codificador, de aproximadamente tres metros de altura, imponente pero sin orgullo, la frente amplia descubierta, la melena echada hacia atrás. Con un chaleco abotonado y cubierto por un largo sobretodo de amplias solapas, con la pátina natural del cardenillo que imprime el tiempo sobre las estatuas y en actitud de avanzar con el pie izquierdo.

Sostiene en su mano izquierda "su libro", el Código Civil, y con el índice de su diestra señala sus páginas.

Nos asalta la tentación de encaramarnos a la estatua y pasar suavemente la mano por su frente, recorrer el hueco de sus ojos, la tersura de sus pómulos, la perfección de sus labios gruesos, tal como lo hiciera el artista Tadolini el día del último trazo y retoque.

El lado que mira al este, sobre la avenida Hipólito Yrigoyen, puede decirse que tiene tres planos. El primero ofrece un alto, medio y bajo relieve, similar al anterior, que se intitula: "*Tratado de Paz del Gobierno Nacional del Paraná con Buenos Aires*" y muestra en escena 13 personajes. En el centro del cuadro, el Dr. Vélez Sársfield de pie, estrecha la mano del Gral. don Justo José de Urquiza que viste uniforme militar

En el plano siguiente, sobre el granito aparece en bronce sumamente oscuro, una placa que dice así: "*Vélez Sársfield. Federación de Colegios de Abogados de la República, al celebrar su segunda conferencia nacional Córdoba, 26-X-1926*".

En el tercer plano, vuelve a aparecer la hermosa figura alegórica. Una matrona con el mismo rostro que la anterior pero cubierta su cabeza con un manto. El clásico niño apoya el brazo derecho sobre el regazo de la madre, pero mira hacia atrás. La bella matrona sostiene sobre sus rodillas un libro de hojas grandes en el que resalta la palabra: "*Tratados*".

El lado posterior mira al sur y da sobre la calle Montevideo. Distinguiamos en esa cara dos planos. El primero muestra el clásico alto, medio y bajo relieve, con este título "*Inauguración del Ferrocarril Central Argentino en Córdoba, Mayo, 1870*".

Este alto, medio y bajo relieve pinta en bronce una locomotora que avanza tirando los vagones, como si entrase a la ciudad. Hay 13 personajes en escena. El Dr. Vélez Sársfield, sombrero en mano, a un costado de

la vía férrea, parece abrirle el paso. Entre las figuras se distingue a Sarmiento, Alsina y Mitre.

En el segundo plano se reitera la hermosa figura de mujer, sentada en todos los casos, con la veste ondulante, el cabello recogido y sosteniendo en su regazo un libro de hojas grandes que pareciera que el niño, el de los cuatro lados, lo está leyendo.

En el lado que mira al oeste, sobre la avenida Vélez Sársfield, también se distinguen dos planos. En el primero está el clásico alto, medio y bajo relieve con este título: "*Convención Nacional en Santa Fe. Setiembre de 1860*". Aquí se muestran 15 figuras en escena. Vélez ocupa el centro del cuadro, con los brazos en alto como si pronunciara un enfervorizado discurso. A su derecha se advierte, sentado, a don Domingo Faustino Sarmiento.

En el plano siguiente, siguiendo el simbolismo o alegoría, está la clásica figura de la bella mujer, con una corona de laureles en la cabeza, el rostro vuelto hacia la derecha y sosteniendo en su mano diestra una especie de báculo. El niño, a su pies, casi en cuclillas, sostiene un libro con su frente.

El libro campea en los cuatro cuadros y el codificador, arriba, lo muestra en su mano. Nos parece que es un canto en bronce a la Ley, al Orden, al Derecho.

Córdoba, aunque a veces no lo pareciera, tiene muy presente a su hijo dilecto: ha levantado un monumento en su homenaje, "*aere perennius*", imperecedero. Ha erigido en su honor un "templete", en el corazón de la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional, donde se guardan, como en un santuario, los borradores manuscritos del Código Civil y los libros que conforman su valiosa biblioteca, toda una constelación del pensamiento jurídico romano, español, canónico y del moderno derecho científico, al par que lo más granado del quehacer poético, histórico y filosófico de la literatura clásica latina.

Y, finalmente, ya sus restos venerandos reposan, desde 1981, en un cofre cinerario dentro de un pequeño mausoleo de cristal, en el Salón de los Pasos Perdidos de Tribunales.

En este bicentenario del nacimiento del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, es como si los bronce del monumento, con todas sus estatuas, se hubieren iluminado de repente, con las luces del recuerdo.

Esta es la Plaza Vélez Sársfield, ya que no debe llamarse ex, puesto que donde está su monumento, ahí está su Plaza.

Vale la pena visitarla. Luego, al alejarnos, sentiremos en el pecho, forcejando por salir fuera, un grito jocundo de ¡*Viva la Patria!*

LA CUESTIÓN MUNICIPAL EN LA ARGENTINA

por HÉCTOR BELISARIO VILLEGAS *

He decidido utilizar el prestigioso auditorio que me brinda esta corporación para referirme a un tema que me viene preocupando desde hace algunos años.

Como abogado especialista en defensas tributarias, mi actuación en general consistió en la defensa de contribuyentes contra las pretensiones de los distintos fiscos y entre ellos el municipal.

No obstante, en los últimos cinco años he advertido que los consultantes municipales se fueron incrementando con el paso del tiempo.

En algunos casos las consultas pasaron a convertirse en un asesoramiento permanente, pero lógicamente dirigido a aquellos municipios de cierto nivel de recursos.

Estas comunas son una ínfima minoría dentro de los más de mil quinientos municipios de la Argentina y de la gran cantidad que se encuentra en Córdoba. La crisis económico-financiera que viene sufriendo el país se ha extendido como epidemia a todos sus rincones. No se sabe a ciencia cierta cuál es la deuda global de los municipios de provincia porque el 90% de ellas cuentan con sistemas administrativos tan elementales que impiden toda tarea estadística.

En la actualidad muchos municipios están a las puertas de la quiebra: presupuestos insuficientes, déficit crónico, ineficiencia en la prestación de los servicios a su cargo, etcétera.

* Sesión del 4 de mayo de 2000.

En los periódicos del día 2 de mayo del corriente año 2000 acabamos de leer que la Municipalidad cordobesa de Río Segundo se ha declarado en cesación de pagos. Sus recursos ya no alcanzan para pagar a empleados y proveedores. Pero esta situación no es nueva. A mediados de 1996 el intendente de Capitán Sarmiento (provincia de Buenos Aires) se vio obligado a cerrar las puertas del municipio porque no podía pagar salarios y hacer frente a sus restantes gastos. A los pocos días, otras 25 comunas bonaerenses cayeron en la misma situación. En ese entonces el gobierno de la provincia de Buenos Aires, que contaba con ingresos abundantes merced a su fondo especial otorgado por la ley de coparticipación, pudo solucionar provisoriamente con ayudas dinerarias la crisis. Pero, como estamos viendo en el presente, este tipo de soluciones no hizo otra cosa que prolongar la agonía.

Lo que ocurre es que en la cadena que comienza con el gobierno nacional y sigue con provincias y municipios, estos últimos representan el eslabón más débil en materia financiera.

En la Argentina, el sistema tradicional de financiación comunal ha sido mediante la coparticipación. Este aporte representa aproximadamente entre el 45 y el 99 por ciento de los ingresos de la mayoría de las municipalidades de provincias. En épocas inflacionarias, recordemos que a todos los males los «curaba» la inflación y la falta de recursos era solucionada con la máquina de fabricar billetes.

Esto fue un cáncer que fue creciendo dentro de la economía argentina hasta transformarse en las terribles hiperinflaciones de los años 1989 y 1990.

Instaurada la convertibilidad la situación general del país pareció estabilizarse, pero ello fue tan solo una ilusión. A principios de 1995, México sufrió un cataclismo en sus finanzas, que fue denominado «efecto tequila».

Nos vimos enfrentados, a partir de ese acontecimiento, con una recesión que se agrava día a día.

Esto ha erosionado la recaudación del país a grado tal que aún con los abultados incrementos en la carga impositiva que para el año 2000 ha establecido el gobierno nacional, la recaudación ha entrado en una caída vertiginosa. Esto incide notablemente en los municipios porque implica una importante merma en los montos que perciben en concepto de coparticipación.

Algunas comunas han logrado elevar eficientemente la recaudación de sus ingresos propios para hacer frente a esta situación recesiva. Pero son las menos. La mayoría de los municipios no tienen inspectores que

realicen fiscalizaciones ni organizaciones administrativas internas que permitan detectar a los contribuyentes que no pagan aun teniendo los medios económicos para hacerlo.

Se ha dicho con razón que el municipio es la gran cenicienta de la tributación en la República Argentina.

Y esto es grave por imperio de las necesidades, por ausencia de otros responsables y por la natural accesibilidad que impone la cercanía. Los municipios se transforman en el primer escenario de todos los temas comunitarios.

Mas allá de las competencias que marca la ley, el vecino acude a la municipalidad por todas sus demandas vinculadas a las necesidades públicas.

Su rol es difícil. La Nación puede delegar o transferir responsabilidades a las provincias, como de hecho ha ocurrido, y las provincias han adoptado la misma actitud con los municipios.

Pero no es posible a la Municipalidad repetir el esquema porque tiene delante la trinchera social. Sus demandantes son vecinos de carne y hueso, nombres propios, caras conocidas, vidas compartidas y circunstancias similares frente a las cuales naufragan todas las razones legales.

Frente a esta pirámide de responsabilidades exigidas por la población, se contraponen la pirámide invertida de los recursos. La Nación recauda lo más, la Provincia lo medio y para la Municipalidad quedan los restos (algo así como los huesos para el perro).

Todo esto parte de un concepto equivocado sobre asignación de funciones y recursos, que coloca a nuestro país en el sentido diametralmente opuesto al que puede verse en otros países con mayor o igual desarrollo económico.

Las modernas democracias occidentales han comprendido que el municipio, al ser el órgano de gobierno que más cerca está de la gente, es el que conoce mejor sus necesidades. En virtud de ello se le asignan funciones de crear hospitales, escuelas, jardines infantiles y geriátricos y que desplieguen toda otra serie de acciones a favor de la comunidad. Pero, claro está, junto a las funciones se acompañan los recursos suficientes y de tal manera las comunas cumplen una función cuya eficiencia no está al alcance de la Nación ni de la Provincia.

En nuestro país sucede a la inversa. Se emplea el argumento de que al estar más cerca de los vecinos los municipios conocen mejor sus necesidades. En base a esto se les transfieren servicios públicos de ineludible cumplimiento como son aquellos atinentes a la salud pública, educación, salubridad y otras muchas funciones.

Basta leer la Constitución de la provincia de Córdoba en su art. 166 inc. 7 para observar azorados la casi infinita cantidad de materias que se pone a cargo de los municipios.

Pero el problema es que tales funciones no van acompañadas de los recursos correspondientes.

La Nación y las provincias han formalizado una convención institucional interna mediante lo que se denomina ley-convenio (la ley de coparticipación).

Allí han establecido cómo se distribuyen los ingresos producidos por los distintos tributos que se recaudan en el país.

Este sistema de coparticipación ha tomado estado constitucional al haber sido instituido por la reforma de 1994 según el art. 75 inc. 2. Pero ocurre que mediante esta distribución de potestades fiscales, la Nación y las provincias se han apropiado de las principales materias imponibles prácticamente sin resquicios.

Las fuentes de la tributación, que son el ingreso en sus diversas manifestaciones, el patrimonio y el consumo están monopolizados por los entes mayores, y como consecuencia los municipios se han quedado prácticamente sin materias imponibles a su alcance. En palabras más sencillas: *ya no quedan terrenos baldíos*. Para lograr recursos propios los municipios deben recurrir a tasas que muchas veces se encuentran desdibujadas y que son materia de fuerte resistencia por parte de los contribuyentes.

Pero de no acudir a estos recursos, a los municipios no les quedaría otro camino que cerrar sus puertas, como ya lo están haciendo varios de ellos.

El problema es grave y no ha sido debidamente atendido en toda su magnitud. Sabemos que desde 1996 se está adeudando al pueblo argentino una ley de coparticipación. Dentro de los parámetros que la Constitución reformada en 1994 ha establecido para que el sistema sea justo, ha preceptuado que la distribución de recursos debe hacerse *en relación a las competencias, servicios y funciones* de las partes participantes. Y en una posterior cláusula de indudable importancia, la Carta Magna reformada ha establecido que *no habrá transferencia de competencia, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos*. Este concepto es el correcto, pero advertimos que entre los participantes de los fondos a distribuir no se encuentran los municipios. Para ellos la ley de coparticipación establece solamente prohibiciones y recomendaciones a las provincias para que produzcan derogaciones de algunas de sus tasas.

Lamentablemente la misma actitud se observa en los proyectos de nueva ley de coparticipación que han llegado a nuestras manos. Los municipios siguen siendo inexistentes para la distribución de ingresos públicos en la Argentina. Reitero que éste es un camino muy peligroso y que puede conducir a consecuencias graves.

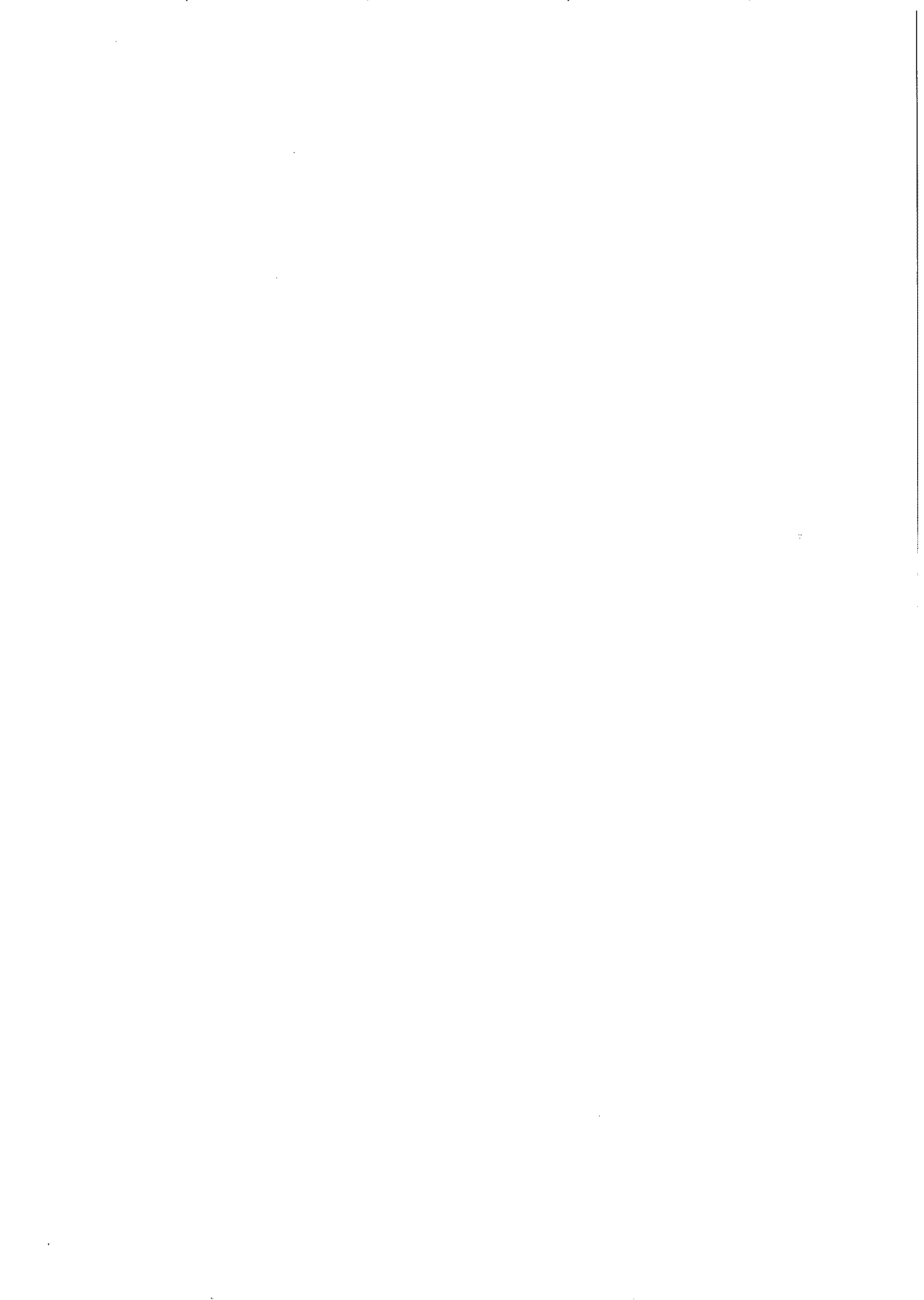
Dentro de estas realidades nos parece un acierto la iniciativa que han tomado varias comunas y el gobierno provincial de promover la formación de entes intercomunales descentralizados.

La idea consiste en que diversos municipios se unan en diversas regiones, con el mayor equilibrio posible, y que creen estos entes cuya misión será la de reducir gastos, organizar administrativamente a los municipios, proveerlos de un adecuado sistema informático y hacer todo lo conducente para lograr que recauden sus propios ingresos, que al menos en una primera etapa debería estar a cargo, tanto en su etapa administrativa como en el de su ejecución, de los entes arriba mencionados con la esperanza de que se capaciten técnicos propios de las comunas para que puedan emprender una recaudación eficiente de sus ingresos, o al menos una colaboración que facilite la misión que los entes deberían cumplir.

No obstante, no todo es color de rosa. Una vez lanzada la idea comienzan a advertirse reparos de distinta índole, divergencias derivadas de los distintos signos partidarios a los que pertenecen los órganos de gobierno de los municipios y otra serie de dificultades que no será fácil soslayar.

Sé que todos ustedes deben estar preocupados por sus respectivos asuntos y por la situación general del país. Lamento profundamente haber sido la causa de añadirles un motivo más de preocupación.

Pero puedo asegurarles que la situación municipal es grave y que se irá deteriorando cada vez más de no encararse seriamente su solución.



EL CASO «FAYT» Y SUS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (H) *

SUMARIO: I. El caso «Fayt». I.1. La explicación sintética del caso. I.2. Los fundamentos de la sentencia de la corte. I.3. Los efectos de esta sentencia en la seguridad jurídica. II. Nuestra opinión sobre la fundamentación de la Corte desde la teoría constitucional. II. 1. El poder constituyente. II.2. La supremacía constitucional. II.3. El control de constitucionalidad. III. Análisis de los otros argumentos esgrimidos por la Corte Suprema. IV. Análisis de otros aspectos del fallo. IV.1. La falta de excusación de los ministros del tribunal que suscribieron el fallo. IV.2. La declaración de nulidad. V. Reflexiones finales. V.1. El quebrantamiento de la Constitución. V.2. La politización de la justicia y la judicialización de la política. V.3. El sentido corporativo del fallo. V.4. La necesidad de afirmar los principios y límites del control de constitucionalidad. V.5. La lesión al sistema republicano. V.6. La lesión al régimen democrático. V.7. La defensa de la Constitución.

* Disertación efectuada el día, su texto se publica íntegro en la Serie Ediciones de la Academia, Volumen XXVIII.



ROBO CON ARMAS *

por JUSTO LAJE ANAYA

Señor presidente de la Academia, señor vicepresidente, señores académicos:

Cuando el señor presidente nos invitara a pensar sobre un tema para ser expuesto en esta reunión, nos pareció oportuno, en razón de ser de gran actualidad, y de particular vigencia, la cuestión relativa al delito de robo cometido con armas que, como calificante de esa infracción, prevé el Código Penal. Nos pareció de actualidad en razón de que algunos tribunales del Crimen de esta ciudad, modificaron en el curso del año pasado, un viejo rumbo jurisprudencial en el sentido de que la calificante sólo concurría cuando las armas de fuego se hallaban cargadas. Si por el contrario, éstas no se hallaban bajo esas circunstancias, el robo no pasaba de ser simple, y reprimido, entonces, con pena sensiblemente menor. Este ha sido el criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, y sigue siéndolo.

Queremos decir a ustedes, que no traemos la solución a estos problemas, solución que quizás debiera provenir de la vía legislativa; sea mediante una norma interpretativa a intercalar en el art. 77 del Código Penal, sea ya por una modificación al art. 166.

Lo cierto es que existen dos puntos de vista inconciliables entre sí, que tienden a interpretar esto del robo con armas. El primero entiende que el fundamento de la agravante descansa en que el ladrón, al valerse

* Sesión del 30 de mayo de 2000.

del empleo de un arma de fuego, se encuentre cargada o descargada, ejerce un mayor poder intimidante sobre su víctima que por estar en presencia de un arma de ese carácter es vencida y, por ello, imposibilitada de toda resistencia que pudiera oponer. La restante forma de ver las cosas, sostiene que el arma de fuego debe estar cargada con proyectiles, porque el motivo que informa el aumento de la pena no es otro que el peligro real hacia la víctima que lleva toda arma cargada, situación que no se encuentra presente cuando el arma de fuego se halle desprovista de proyectiles. El público de Córdoba que lee los diarios, o se informa radial o televisivamente, se inclina decididamente por el primer punto de vista, y no coincide con el fundamento del peligro real. Y así están las cosas. Por un lado la opinión de la doctrina, la opinión de los tribunales, y la opinión de la gente que no termina de convencerse que un arma de fuego descargada no sirva para calificar a este delito contra la propiedad. La gente dice: ¿Cómo hará la víctima para saber, en esas circunstancias, si el arma se halla cargada o descargada? No es mal razonamiento.

Como punto de partida, es necesario que el intérprete verifique el contenido de la ley penal. En efecto, en primer lugar el art. 166 no ha distinguido, como lo hace el art. 104, entre armas de fuego y las que no lo son. En el art. 104, para que se pueda atentar contra la seguridad de las personas, hay que disparar en contra de ellas, un arma de fuego. En el art. 166, cuando el arma es de fuego, no hay que disparar ni siquiera al aire. Un arma es, a los fines del robo, tanto un arma propia, como sería un revolver, una pistola, un cuchillo, o un arma impropia como sería por ejemplo, un ladrillo, un bastón, o un látigo. Pero queda siempre en pie el problema de las armas de fuego que no se hallan cargadas, o cuando estando cargadas sus proyectiles son inservibles, o el arma misma presenta problemas de funcionamiento de manera que no puede ser disparada para que sea tenida y valga entonces, como arma de fuego.

Veamos las cosas desde otros puntos de vista. Vamos a suponer que en un asalto con arma de fuego cargada, la víctima resuelva ejercer el derecho de la legítima defensa por tener en esas circunstancias, también ella, un arma de fuego que sabe cargada. Así, repele la agresión en defensa de sus derechos y, desde luego, de su persona, en estas condiciones, causa la muerte al ladrón. Será difícil entender que esa defensa no ha sido conforme a derecho. ¿Se podría hablar aquí de un exceso punible por el art. 35 del Código Penal? Parece nomás que el hecho quedó dentro de los límites de la justificación.

Ahora vamos a suponer que ese ladrón, que sabe de la jurisprudencia del Tribunal Superior, descargara previamente el arma de fuego y cometiera ese asalto con el arma descargada, con el propósito de refugiarse en el robo simple, y salir de esa manera del robo cometido con armas. Igualmente, la víctima tiene aquí, y a su disposición el arma que sigue estando cargada, y con ella repele la agresión, e igualmente también, ocasiona la muerte al asaltante. La pregunta que nos podemos formular es la siguiente: ¿Se habrá obrado en legítima defensa? Y esto viene a colación porque si el arma descargada no es arma, ni el robo es con armas, pareciera entonces que el que se defendió no estará justificado por la legítima defensa. Sin embargo, ello no es así, porque la defensa fue racional, en razón de que el arma de fuego descargada sigue siendo arma. En esta cuestión, hemos tenido la suerte de encontrar un parágrafo, muy ilustrativo como singular en la obra de Carrara, que nos viene de suma utilidad para poder decir que el arma de fuego es arma, y que el asalto cometido ella es un robo con armas. Enseña Carrara, en la nota 2 al parágrafo 290, que si veo venir a mi enemigo apuntando a mi persona con una escopeta, y yo, más rápido que él, extraigo un revólver y en esas condiciones le doy muerte, habré obrado en defensa propia, aunque luego se descubriese que la escopeta no tenía cartuchos y que por ello estaba descargada. Dice el maestro que no cabe duda de que esa defensa fue opinativamente racional, pero que cuando tiene ese carácter, se equipara a la defensa verdadera. Para nosotros, para nuestra ley no sería el caso resolver esa hipótesis por el error de hecho no imputable, sino porque la defensa fue racional. Y al tener ese carácter, el hecho típico se convierte en un hecho lícito.

Pues bien, vamos a otra pregunta. Ahora el ladrón sabe que el arma está descargada y la víctima sabe que el arma que usa el ladrón se halla sin balas. Ambos saben que ese revólver sigue siendo arma de fuego, pero por estar sin balas, de ella no podrá salir ningún proyectil. Si la víctima reaccionase con su arma que sabe cargada, disparara, y diera muerte al ladrón, ya no habrá legítima defensa, ni exceso. Sencillamente, habrá pretexto de legítima defensa, y el hecho de la muerte deberá examinarse a título de homicidio simple, porque la víctima conocía el verdadero estado de las cosas en relación al arma descargada..

Si ahora resucitamos al ladrón que asaltó con arma descargada y le preguntamos sobre su muerte, seguramente nos dirá, por seguir la jurisprudencia que sostiene que un arma de fuego descargada no es arma, que

su muerte fue ilegítima porque nadie se puede defender con un arma de fuego cargada frente a un robo cometido con armas pero que habían sido descargadas. Se nos ocurre que ese ladrón reclamará, además de la pena, la indemnización y reparación para su viuda y para sus hijos por un delito o por un cuasi delito cometido en su perjuicio.

Señores: nuestro propósito ha sido el de encontrar un concepto unitario y sistemático de arma y, en particular llevado el problema a las armas de fuego.

Muchas gracias por su presencia y por su tiempo.

INEFICACIA DE LA LEY CONCURSAL *

por EFRAÍN HUGO RICHARD

SUMARIO: 1. Introducción. El problema. 2. El daño que genera la insolvencia. 3. Concepto de cesación de pagos. 4. La eficiencia del sistema concursal. Las sociedades. 5. La aparente desestimulación de las acciones de responsabilidad. 6. Vías no concursales de reparación. 7. En conclusión.

1. Introducción. El problema

La insolvencia de los deudores multiplica los problemas. En el panorama actual, restringiéndolo a nuestro país dentro de la planetización de la economía, el Estado es el primero que ha asumido su insolvencia con leyes de «consolidación» que dictan tanto el nacional como los estados provinciales o municipales. Recrean su insolvencia y mantienen su estructura para la clase política, siguiendo abusando del crédito externo e interno mientras no pagan sueldos o los congelan, no satisfacen jubilaciones, obras sociales, proveedores, etc., y para abonar los créditos externos sobrecargan tributariamente a los más débiles, mientras condonan o no cobran deudas de los poderosos que pueden generar *lobbies*. Este tema ha sido tratado en diversas oportunidades en nuestra Corporación.

No afrontaremos hoy esta cuestión ¹, que excede nuestras posibilidades, para referirnos a otro daño que se produce en lo interno de

* Sesión del 20 de junio de 2000.

¹ Lo hemos afrontado en el Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba octubre de 1998, en el trabajo *El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)*, El Copista, pág. 779.

nuestro país: el daño generado por el incumplimiento por insolvencia de las sociedades.

2. El daño que genera la insolvencia

El incumplimiento responde, normalmente, a una decisión meditada del incumplidor que transfiere su problema a su acreedor, no satisfaciendo su acreencia, permitiéndose la posibilidad que su empresa siga en marcha pese a la falta de capital o medios financieros suficientes para la continuidad de su giro. Un proceso civil es casi siempre la consecuencia y el síntoma de falta de honradez, cuando no un delito más o menos disfrazado o disimulado, sostenía el sociólogo Gabriel TARDE.

El propietario o administrador que opera sin los medios financieros suficientes no lo hace sólo corriendo los riesgos de empresa, propios del comercio, sino a sabiendas -desde su generación- de la imposibilidad de cumplir las obligaciones normalmente asumidas.

*«Hoy es opinión unánime que los intereses que la quiera pone en juego no son solamente los de los acreedores. Están también en juego los intereses de los trabajadores, de los proveedores, de los clientes, de los subcontratistas, de los asociados en un grupo de interés económico o en un joint venture, de las colectividades locales... Las quiebras en cadena no son raras. La crisis financiera y comercial de una empresa puede implicar la de sus proveedores, la de sus clientes exclusivos o la de sus subcontratistas»*².

El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*. Ello resulta particularmente por la demora del sistema judicial para declarar el derecho y luego hacer efectiva la condena y, por otra parte, por un sistema concursal que no estimula la presenta-

² Jean PAILLOSEAU, «Del derecho de la quiebra al derecho de las empresas en dificultades. O algunas reflexiones sobre el renacimiento (?) de un derecho a la deriva» (traducción del francés de Antonio Tonón), en R.D.C.O., año 17, pág. 654, específicamente pág. 658 donde cita a otros autores.

ción temporánea del deudor en insolvencia, al haber desactivado la calificación de conducta y las acciones de responsabilidad.

La cuestión debe ser la anticipación con la que se intente afrontar la crisis, conforme el bien a tutelar. La experiencia permite determinar que los concursos se abren tarde, que normalmente ya se ha destruido mucha riqueza, que la concursada agotó sus medios normales e incluso los extraordinarios, para subsistir en una dificultad económica o financiera generalizada. Y se advierte también que afectó a terceros, a través de la fuerza expansiva destructora de los incumplimientos, que a su vez generan incumplimientos en cadena en empresas que hoy trabajan siempre ajustadas y con vencimientos «calzados».

El incumplimiento masivo del insolvente se irradia en el mercado y afecta a los acreedores *in bonis* del insolvente, generando en muchos casos su propia insolvencia.

3. Concepto de cesación de pagos

La insolvencia es sinónimo de cesación de pagos dentro de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. La cuestión nos acerca al «presupuesto material» de la apertura de un juicio universal de concurso de acreedores o quiebra. En la República Argentina y merced a la posición doctrinaria del Prof. Dr. Mauricio YADAROLA: insolvencia y cesación de pagos tenían similar significación, lo que es diferenciable en legislaciones -como la española-. Es el presupuesto objetivo del concurso, definida como «*la imposibilidad del deudor de dar cumplimiento a sus obligaciones*»³, que puede presumirse a través de presunciones simples o de la confesión del deudor al solicitar la apertura de su concurso.

El derecho concursal viene en apoyo de normas existentes en el derecho común para paliar los efectos de la insolvencia. En el derecho común se la prevé en torno a la responsabilidad de los obligados solidarios, y de la insolvencia voluntaria, permitiendo acciones de simulación o revocatorias de actos lesivos.

³ Ricardo OLIVERA GARCÍA, *Anteproyecto de ley de concursos*, Montevideo, 1999, Universidad de Montevideo, pág. 316.

Un problema central es que el bien jurídico tutela la ley concursal, particularmente para luego poder apreciar la eficiencia de la norma conforme al análisis económico. «*El derecho tiene una misión que cumplir en este crucial momento económico, mediante el aporte de remedios apropiados*»⁴.

Sobre el bien jurídico tutelado nos hemos pronunciado⁵ basados en la teoría de la bipolaridad de los valores. Se trata de la absolución del estado de cesación de pagos, o sea del cese de sus efectos negativos, atento que el presupuesto objetivo de aplicación del sistema normativo concursal es la cesación de pagos.

Hoy no sólo se tutela la cesación de pagos, que involucra la insolvencia sin distinción efectiva en nuestro derecho, sino que también alcanza a la dificultad financiera o la dificultad económica generales, permitiendo promover trámites preconcursales. También reconoce la posibilidad de que sujetos que no están en cesación de pagos pero que puedan ser afectados por su vinculación con otros en ese estado, puedan presentarse: tal el concurso del agrupamiento o de garantes. En la ley alemana del 91 se preserva también la «amenaza de insolvencia», permitiendo anticipar la apertura, que es la problemática central del derecho concursal de hoy.

El objetivo de la legislación concursal varió de una ejecución colectiva para satisfacción de los acreedores a una tutela de la empresa, no del empresario, para intentar asegurar su funcionamiento. El llamado *crawn down* argentino (art. 48 LQ) es una expresión de ello, que implica un grado de institucionalización de la empresa a través de su sustento jurídico: la sociedad.

Basados en los deberes fiduciarios de los administradores societarios se buscan soluciones para anticiparse a la crisis, con nociones de sobre endeudamiento, infracapitalización material e *insolvency test*. Se habla así de una flexibilización del concepto de «insolvencia», para estimular la presentación no tardía, para que los remedios sean adoptados a tiempo.

⁴ Juan M. DOBSON, «La reforma de 1985 del derecho concursal inglés» en R.D.C.O., año 18, 1985, págs. 435 a 464, específicamente última página.

⁵ Conf. nto. «El bien jurídico tutelado por el derecho concursal» en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 79/80, pág. 262 y ss..

Pero al mismo tiempo es peligroso, pues ante la presentación se pierde crédito. Es un error que la doctrina debería revertir, y no estimular como lo hacen algunos, pues es más seguro otorgar crédito a una sociedad concursada que a una en dificultad económica.

4. La eficiencia del sistema concursal. Las sociedades

Un punto central de preocupación es la presentación temporánea en concurso ante el estado de cesación de pagos para prevenir y estar en mejores condiciones de corregir la situación económica que da lugar al inicio del desastre y evitar sus efectos expansivos. Este es un objetivo de toda legislación concursal, conforme lo señala uniformemente la opinión doctrinal ⁶.

Los loables fines de dar soluciones lo más inmediatas posibles ante la dificultad económica de un deudor, asegurar la concurrencia de todos los acreedores a un proceso único y agilizar los trámites es observable en el proyecto de reforma al sistema concursal uruguayo, incluso con medidas inéditas, e inexistentes en la legislación concursal argentina que ha desactivado las sanciones en tal sentido ⁷.

Formalmente podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata, *on line* -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado.

Es dable observar un aparente fracaso de las normas concursales al no resolver -con la eficacia pretendida- las cuestiones de la insolvencia, lo que se manifiesta en grandes concursos, donde siempre se encuentra como sujeto a sociedades, cuando no a un grupo de sociedades.

Nuestro criterio es que ello ocurre por otorgarse una preeminencia formal a las normas concursales, que son meramente ordenadoras de la concurrencia, por sobre la aplicación de las normas societarias que tienen

⁶ OLIVERA GARCÍA, ob. cit., pág. 30.

⁷ OLIVERA GARCÍA, ob. cit..

en sí mismas, o en su congruencia con el sistema normativo general, respuestas preventivas.

Se trata de tomar conciencia e insistir que la empresa está normalmente organizada como sociedad y dentro de la regulación de estos centros imputativos debe encontrarse la solución, no en el sistema concursal que implica una simplificación de procedimientos.

El tema está íntimamente ligado a cómo se organiza un sistema jurídico, sea en un sistema de mercado -contratos de cambio- (intereses particulares o concretos), o en un sistema de empresa, con intereses generales comprometidos que halla su expresión en las diversas formas asociativas o en los contratos de organización ⁸.

La crisis ha puesto en evidencia las carencias del derecho concursal ⁹. Como señalaba Bolaffio al referirse a la quiebra de la quiebra.

Resulta fundamental, como premisa, que el presupuesto de la quiebra es la manifestación externa del presupuesto objetivo en un sujeto. En el concurso el sujeto confiesa su cesación de pagos. Pero para la declaración de quiebra debe producirse una manifestación externa. Esto es fundamental para señalar que su comprobación directa -en nuestro sistema jurídico- es inadmisibles pues importaría una invasión en la esfera jurídica del empresario -*«consulta técnica o examen de su actividad económica, atentando contra la libertad individual y el secreto de los negocios, con inevitable y grave repercusión sobre el crédito y lo cual se presta a infinidad de abusos»* ¹⁰.

Esa preservación de la libertad y secreto de los negocios, debe tener como contrapartida el cumplimiento de sus obligaciones por parte del sujeto pasivo o, en el caso de sociedades, de sus administradores y controlantes.

Sistemas como el *comblement* francés que impone a los administradores o socios de control asumir el pasivo ante conductas abusivas, podría establecerse en la liquidación, o como complemento de una interacción entre la acción del art. 543 y la ley de concursos. Una apreciación doctrinaria y jurisprudencial en tal sentido actuaría como preventiva o disuasiva.

⁸ María Asunción GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, 1ª ed., Civitas, 1993.

⁹ PAILLOSEAU, ob. cit., pág. 656 con cita de varios autores.

¹⁰ Apoyándonos en la opinión de Héctor CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551*, Buenos Aires, Depalma, 1978, vol. I, pág. 244.

HALPERIN refiriéndose a la eficacia expresa que *«La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativamente pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley»*¹¹.

*«Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción... traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando ya hace tiempo que están en situación desesperante»*¹².

Los medios de tutela no deben ser buscados solamente en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

Pero la sociedad no ya como una institución social (es una institución jurídica) que pueda hacer pensar en la «empresa inmortal», sino en el aseguramiento de su funcionalidad normativa y estructural: las obligaciones o deberes fiduciarios de los administradores societarios. La doctrina actual tiene en claro que *«el saneamiento y recuperación empresarial será por sí un objetivo que haya que actuar contra las fuerzas del mercado»*¹³. En el derecho portugués de la última década, la Ordenanza portuguesa señala en el párrafo primero: *«... el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación di-*

¹¹ *Sociedades anónimas. Examen crítico del decreto ley 19.550*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 466, nota 243.

¹² PAILLOSEAU ob. cit., pág. 659.

¹³ H. STOLL y J. MORAHT, «La insolvencia del derecho privado alemán en los años 1990 — 1991», traducción J. Santos Briz, en *Revista de Derecho Privado* 1993, pág. 1111 y ss..

ferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa» (pág. 11). Sobre este punto nos habíamos anticipado, criticando nuestra ley, en el *Homenaje a Pedro J. Frías*.

Adviértase que no nos incorporamos en la tesis pesimista de la escuela económica del derecho (BOWERS), quien sostiene que las soluciones se logran al margen de este juicio, donde muchos profesionales lucran con ello. Los grandes acreedores ya constituyeron hipotecas o garantías, participar en el juicio concursal es ineficaz. Thomas H. JACKSON (EE.UU.) expresa que así *«como muchas especies arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el derecho, opacan la verdadera función del derecho concursal»*. Y al lado de esas posiciones nihilistas, los constructivistas dentro de esa misma escuela optan por la preparación de un plan de reorganización de la sociedad con los acreedores y accionistas, con una huida de la judicialidad.

5. La aparente desestimulación de las acciones de responsabilidad

Las dificultades esenciales en torno a los magros resultados prácticos que arrojan los procedimientos concursales, resultan de la falta de sanción por la no presentación temporánea de los deudores. La calificación de conducta parecía insuficiente, y ese trámite ha sido removido en el sistema nacional.

La nueva ley concursal 24.522 aparece desactivando medidas que puedan hacer meditar a los administradores societarios sobre el riesgo de operar en estado de cesación de pagos. No sólo esa eliminación de calificación, o una calificación de responsabilidad al estilo de la legislación francesa, sino una desestimulación de las acciones de responsabilidad en la quiebra.

La promoción de acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra y las de reconstrucción patrimonial han sido condicionadas a una conformidad de los acreedores, que para más no ha sido interpretada adecuadamente por la doctrina, entendiéndose que debe ser otorgada por acreedores que representen la mayoría del capital quirografario, cuando el art. 119 de la ley 24.522 requiere *«la mayoría simple del capital quirografario»*, que es mucho menos que aquella al referirse a un acto

colegial: «simple», palabra que no puede considerarse en vano. La falta de una normativa y de una construcción doctrinal sobre los actos colegiales enturbia el razonamiento.

En ciertos supuestos debe pensarse en el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores y/o terceros controlantes abusivos.

Por otra parte, la cuestión debe ir unida a la convicción de que las acciones de responsabilidad, individuales o sociales pueden ejercitarse no sólo en la quiebra sino ante la presentación en concurso, y que no serían atraídas por éste al no dirigirse contra el sujeto del concurso sino contra administradores, contralores o controlantes.

Estas ideas, no controvertidas en doctrina, se vinculan a que la presentación tardía por parte de los administradores sociales habrá causado daño, que los obliga frente a los acreedores, por lo menos los posteriores a cuando los administradores hayan advertido o debido advertir la insolvencia.

Entendemos que estas adelantadas conclusiones generarían una presentación temporánea al detectarse el estado de cesación de pagos por parte de los administradores societarios, unida a conductas de planificación de la actividad que no los hicieran pasibles de responsabilidades por no haber cumplido u omitido sus deberes de lealtad y obligaciones de «buen hombre de negocios».

El análisis del punto lleva a poner énfasis en las soluciones doctrinales, jurisprudenciales y legislativas que excluyen la limitación de responsabilidad en las sociedades, eventualmente respecto a sus administradores, cuando existe un abuso del medio técnico aunque sólo sea por sobre endeudamiento, que resulta de la falta de planificación.

6. Vías no concursales de reparación

Por eso, si la ley concursal es ineficiente, deben pensarse en otras vías de reparación del daño causado por la insolvencia, y que -al mismo tiempo- actúen como incentivos a la presentación temporánea y que el daño no se produzca. Y aquí hace falta distinguir entre insolventes personas individuales y personas jurídicas.

7. En conclusión

Centramos con este comentario la referencia inicial que hacíamos del presupuesto de la insolvencia societaria que impone a los terceros perjudicados recurrir a las diversas acciones que el sistema otorga para satisfacer el crédito. Esos terceros pueden analizar varias vías de acceso para extender los legitimados pasivos obligados a la reparación, aun cuando la sociedad haya abierto un juicio de concurso preventivo o de quiebra, incluso cuando medie acuerdo. Estos juicios universales de la sociedad no atraen acciones basadas en la responsabilidad específica de administradores, socios o controlantes.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la actual legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria.

El sistema debe habilitar vías sencillas para determinar la responsabilidad de esos administradores, o de los controlantes torpes y aun incluso de los socios, como las que abren las reflexiones que dejamos formalizadas para abrir un amplio debate.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL *

por JUAN CARLOS PALMERO

Antes de comenzar, convendría recordar a los señores académicos que la Presidencia nos encomendó en el mes de mayo del corriente año, asistir en representación de esta Academia, a la reunión organizada conjuntamente por los Ministerios de Justicia de la Nación y de la Provincia, a los efectos de considerar la propuesta del primero para preparar una jornada de estudio a realizarse el 11 de agosto de 2000, en la cual se trataría en general el Proyecto de Código Civil, de forma tal que aquella actuara como reunión de consulta técnica por parte de la Cámara de Diputados de la Nación a los protagonistas del quehacer jurídico en esta ciudad.

Corresponde señalar que el desarrollo de la reunión tuvo un trámite por demás complicado, y en ciertos momentos, diríamos, que hasta con algún grado de tensión. Es que todos los participantes tuvimos la sensación de que se estaba intentando -por parte de algún funcionario de la administración nacional, especialmente-, gestar un procedimiento de consulta precipitado, y por sobre todo, superficial e inconducente, ya que a nadie le escapa que requerir una información de la magnitud y entidad de la solicitada, sobre un Proyecto que sustituye completamente la legislación privada argentina y bajo estrictas limitaciones de tiempo, semejaba más haber encontrado la excusa de que se había cumplido con el trámite previo, antes que la seria intención de escuchar realmente la opinión de los juristas de esta ciudad de Córdoba.

*El Dr. Juan Carlos Palmero expresó que el tema de su exposición de la sesión está unido a un problema que se nos avecina de manera inmediata. Disertación pronunciada el 1 de agosto de 2000.

Frente a esta situación, hicimos escuchar nuestra palabra en representación de la Academia, objetando firmemente el programa a desarrollar, para lo cual pusimos una serie de requisitos que entendíamos conformaban los recaudos mínimos a adoptar, de acuerdo a la significación y envergadura de la tarea a cumplir, y de la importancia que tienen la cultura y tradición jurídica de Córdoba en lo que hace a las reformas del derecho vigente, como para escucharla de una manera tan poco seria.

De esta manera, solicitamos antes que nada, se considerara de manera especial, y como una cuestión previa al tratamiento de los temas en particular, la cuestión metodológica de la unificación, referida a si la reforma debía hacerse sobre el Código Civil actual, o a través del dictado de uno nuevo, ya que no hace falta abundar en consideraciones para advertir que no es lo mismo una situación que otra, y por lo demás, el Proyecto modificaba en este sentido, todos los precedentes y las opiniones que se habían vertido hasta ese momento, variando una línea que parecía ya consolidada.

Para explicar la envergadura de la reforma, expresamos que de llevarla adelante, implicaba la supresión de casi cinco mil artículos que han tenido vigencia, creando doctrina y jurisprudencia, durante más de ciento treinta años, todo ello para sustituirlos abruptamente, y de manera traumática, por una novel legislación de alrededor de dos mil artículos, de reciente redacción y terminologías distintas, lo que significaba, en la práctica, que quedarían inutilizados en su integridad los antecedentes jurídicos que tiene el país desde sus mismos comienzos como nación independiente. Dicho de otra manera, a partir del día siguiente de sanción del nuevo Código, no quedaría biblioteca alguna actualizada, ni sería posible disponer siquiera de un solo precedente jurisprudencial, como para hacer predicciones respecto de soluciones de justicia, circunstancias que introducirían un grado superlativo de inseguridad jurídica, en un país donde precisamente, este valor, se ha transformado en una verdadera necesidad y clamor popular.

Explicamos también -con el propósito de facilitar una toma de conciencia acerca de la profundidad y alcances del cambio propuesto-, que la reforma derogarí­a al unísono dos ordenamientos, o mejor, harí­a desaparecer completamente nuestro derecho privado con historia centenaria, para introducir y propiciar otro diferente, absolutamente nuevo, lo que implica una modificación de tal magnitud, que a no dudarlo, constituye la iniciativa de cambio estructural más profunda que se haya intentado desde la sanción del Código de Comercio y del Código Civil, hasta la fecha.

Aun los artículos que dicen reproducir los anteriores, además de estar insertos en un contexto metodológico dispar, han sufrido una redacción diferente, se han expresados a través de plumas que aún no han pasado por el tamiz de la interpretación judicial, y conviene recordar en este sentido que el derecho constituye, esencialmente, una expresión escrita de la cultura y quien tenga la más mínima experiencia a este respecto sabe que la modificación de un insignificante signo gramatical, puede hacer variar sustancialmente los alcances y contenidos de una disposición normativa. A nosotros nos ocurrió con un artículo de la Ley de Sociedades, de sólo unos cuantos renglones, donde los fallos posteriores han dado una visión completamente diferente de la que pensamos en la Comisión y quisimos plasmar a través de la reforma.

De esta manera, nos sorprende el fin de siglo discutiendo todavía -en un debate completamente reiterativo-, sobre las conveniencias de encarar una reforma total o sólo parcial de nuestros códigos, y en este sentido, tanto en el país como en el extranjero, los argumentos por los cuales se precisan las ventajas o sus inconvenientes de ambas posibilidades, se hallan completamente agotados desde hace muchísimos años.

Ello no obstante, en base a una observación casi empírica derivada del derecho comparado, se nos ocurrió que el único argumento con alguna originalidad que podíamos aportar a este debate, gira en torno a la estabilidad de los códigos históricos. En efecto, un análisis objetivo, derivado de la simple experiencia, demuestra con palmaria evidencia que ningún país ha sustituido completamente un código de raigambre histórica. Dicho de otra forma, «los códigos históricos se actualizan, pero no se cambian».

En consecuencia, cuando se trata de proyectar una reforma del derecho vigente de semejante envergadura, corresponde hacerse algunos interrogantes previos, ya que por su importancia y significación trascienden los aspectos estrictamente metodológicos.

Hay entonces tres preguntas básicas a formular: ¿Existe consenso en modificar la legislación privada nacional, en miras a lograr su unificación?. En segundo lugar, cabe considerar el alcance o contenido de los cambios propuestos, en el sentido de si se trata de unificar sólo las obligaciones y los contratos, o si por el contrario, abarca la integridad del derecho privado. Por último, debemos plantearnos acerca de la metodología a utilizar; esto es, si la reforma se va hacer sobre el Código Civil, el Código de Comercio, o en fin, mediante el dictado de un nuevo ordenamiento.

Cuando se analizan los precedentes doctrinarios nacionales, no cabe la menor duda de que las opiniones jurídicas de mayor relevancia hasta mediados de la década del noventa, estuvieron contestes en sostener que la reforma tenía que ser de alcances parciales, para preservar la continuidad histórica y jurídica del país. Reviste importancia destacar, que esta posición no corresponde a una persona en particular, sino que actuó como soporte técnico de toda una corriente de pensamiento que comenzó con el Proyecto de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987; luego se mantuvo inalterable en la Comisión Técnica revisora del Senado de la Nación, en 1988, que integramos con el Dr. Moisset de Espanés, y mantuvo idéntica orientación en el Proyecto de 1993. Por haber participado activamente de este proceso, estamos en condiciones de aseverar que nunca hubo opiniones que cuestionaran la permanencia del Código Civil, y al contrario, diríamos que abundaron elogio para los autores del Proyecto de 1987, que fueron capaces de llevar adelante la unificación, sin haber incurrido en la tentación del cambio total, preservándose de esta manera, la obra colectiva de diversas generaciones elaborada alrededor del centenario ordenamiento nacional.

Corresponde por otra parte, poner de relieve que en 1988, La Comisión Técnica revisora, nombrada por el Senado de la Nación para analizar el Proyecto de 1987, efectuó una amplísima consulta al país, la que tuvo una evidente repercusión, tanto por la cantidad de juristas que expresaron su opinión, como así por la calidad técnica de los destinatarios. Como resultado quedó muy en claro que más del noventa por ciento de las respuestas enviadas, manifestó estar de acuerdo con llevar adelante la iniciativa de la unificación de la legislación civil y comercial. A la segunda cuestión, respecto de si la unificación debía ser total o parcial, se dividieron las respuestas prácticamente por partes iguales. Por último, y en lo que hace a la cuestión metodológica, el cien por ciento sostuvo que debía efectuarse sobre el Código Civil.

Es importante poner de relieve que el debate acerca de la conveniencia de la reforma parcial de la legislación civil concluye prácticamente en 1968, cuando la Comisión Redactora de la ley 17.711, influenciada por el pensamiento clarificado de Borda al respecto, termina inclinándose de manera decisiva sobre la permanencia del Código Civil, de forma tal que las distintas reformas que se produjeren, debían ser mediante el mecanismo de modificaciones parciales.

En el campo del derecho comercial no ocurrió lo mismo. Es que la teoría objetiva del acto de comercio, criterio sobre la cual delimita su competencia la materia mercantil, se encuentra en la actualidad completamente desprestigiada desde un punto de vista técnico, circunstancia que gravita indudablemente sobre la sobrevivencia o permanencia del este ordenamiento en un futuro próximo o lejano.

El fenómeno anteriormente descrito, provocó en la década del setenta, un agudo proceso de descodificación, apareciendo los grandes nucleamientos temáticos, tales como las leyes de concurso, de sociedades, de seguros, de navegación, etcétera, y cada uno de estos verdaderos «universos jurídicos», se agregaron como legislación complementaria al Código de Comercio, quedando de esta manera prácticamente desguzado, con la vigencia de sólo unos cuatrocientos artículos, salvo la teoría objetiva del acto de comercio y los inconvenientes derivados de la doble regulación contractual.

Lo cierto es que este criterio para definir y delimitar la llamada «materia mercantil», por revestir el doble carácter de objetiva y subjetiva, prácticamente comercializó la vida civil, pues de esta manera el inc. 5 del art. 8° del Código de Comercio ha llegado a ser tan o igual importante como antes lo era el inc. 1, lo que provocó la creación de verdaderos nucleamientos temáticos, que alejaron a estas normativas de la parte general, dando lugar a todo tipo de interpretaciones, muchas de ellas, absolutamente extrañas al propio sistema.

Estas circunstancias crearon la necesidad de acelerar el proceso de integración de la legislación privada, para que las distintas instituciones tuvieran una adecuada inserción, fenómeno que por lo demás resulta de fácil apreciación y nunca fue materia de discusión por la doctrina nacional salvo de algunas excepciones. De ahí que nunca pensamos que la metodología de la unificación de la legislación civil y comercial pudiera ser puesta en duda, especialmente en lo que atañe a la solución con la que se había resuelto la cuestión.

Si preguntáramos a los académicos especialistas en derecho público, si hubieran aceptado una reforma de la Constitución, capaz de modificar la redacción completa de las declaraciones, derechos y garantías, que es el texto histórico de la Nación, seguramente nos responderían de manera negativa, y este fue por cierto, el criterio de la reforma de 1994. Es probable que se nos quiera explicar que esos textos podrían escribirse o

redactarse mejor y que siempre resulta factible el perfeccionamiento técnico o gramatical de los preceptos normativos, pero lo que resulta totalmente claro es que nadie se anima a romper con la tradición cultural de una normativa que nos ha provisto y provee diariamente de una interpretación segura y consolidada a través del tiempo, sólo por razones basadas en haber intentado lograr una redacción mejor.

Los defensores del Proyecto pueden decir, sin incurrir en imprecisión alguna, que la unificación está avalada por la opinión pública nacional; están en condiciones igualmente de aseverar que la unificación integral es correcta, pero lo que no están ciertamente en condiciones de sostener es que el método escogido tiene el aval de la opinión pública nacional, y menos aún, de los antecedentes que obran en el propio Senado de la Nación. Desde 1966 en adelante, y luego a partir de 1987 hasta 1995, las más diversas expresiones del pensamiento jurídico nacional -como así las diversas iniciativas legislativas-, se encolumnaron sin discusión dentro del sistema de la reforma parcial, orientación que cosechó un gran predicamento, precisamente debido a que permitía llevar adelante la iniciativa sin que por ello se fracturara a la Nación respecto de su pasado jurídico.

A nuestra manera de ver -observando las diversas manifestaciones de esta tendencia-, lo que aún faltaba para alcanzar el objetivo por todos deseados, era nombrar una comisión técnica que terminara de pulir el Proyecto del 1993, que mostraba ciertas improlijidades, atribuibles quizás al excesivo número de participantes en su redacción, pero en lo que hace a los grandes temas, los que pueden considerarse como auténticos núcleos unificatorios, tales como personas jurídicas, sociedad, parte general de los contratos, contratos especiales, etcétera, estaban muy avanzados y con márgenes de consensos importantes, ya que había existido un verdadero proceso dialéctico a través de debates, congresos, jornadas y además se había consolidado una importante corriente doctrinaria expresada durante más de quince años. De esta manera, quedaba, a nuestro criterio, efectuar una tarea relativamente sencilla, y que debía apuntar, precisamente, a pulir las distintas instituciones, como así avanzar en algunos temas no suficientemente elaborados.

A fines de 1994, el entonces ministro de Justicia, Dr. Barra, nos convoca a Buenos Aires a una reunión a los efectos de escuchar opiniones respecto del estado y alternativas posibles con relación al proceso de unificación. En esa oportunidad, expresamos nuestra opinión coinci-

dente con lo manifestado precedentemente, en el sentido de que a nuestro juicio restaba sólo designar un nuevo grupo de juristas -un poco más reducido que el anterior intento-, que terminara la labor que había comenzado en 1987 para lo cual se disponía de todo un conjunto de antecedentes que justificaban la realización de un trabajo definitivo. Inmediatamente después de iniciada la referida reunión, tomó la palabra el Dr. Belluscio quien se expresó en una postura absolutamente contraria, ya que defendió la derogación total de ambos ordenamientos, pues según su punto de vista, había que terminar con una legislación llena de parches y remiendos, porque era imposible efectuar una reforma de esta envergadura sin afectar el sistema.

Como era lógico, inmediatamente le respondimos con énfasis, explicando que resultaba absolutamente factible llevar adelante la unificación sin que fuera necesario derogar al actual Código Civil, y que de hacerlo, se fracturaría la continuidad jurídica y la necesaria conexión con la obra colectiva que se construye precisamente, a la sombra de un ordenamiento histórico, agregando además, que la experiencia demostraba que ningún país había dejado de lado a los ordenamientos que revestían estas características.

Más allá de algunas anécdotas, sobre las que no conviene detenerse, como la de que defendíamos al Dr. Vélez Sársfield por nuestra condición de cordobeses, y con una intervención por parte del Dr. Atilio Alterini en total coincidencia con la de Belluscio y el silencio de los restantes participantes, en pocos minutos el ministro decidió hacer un cambio metodológico completo y en consecuencia llevar adelante la unificación de la legislación civil y comercial, sobre la base del dictado de un nuevo ordenamiento lo que implicaba por ende, la derogación de los vigentes.

No hace falta abundar en consideraciones para advertir que esa determinación -que variaba sustancialmente todo lo hecho y dicho duramente más de diez años-, no fue materia de una consulta generalizada al país, y lo que resulta más importante aún, se prescindió de antecedentes concretos en sentido contrario, como había sido la consulta efectuada por el Senado de la Nación en 1988, ya que por unanimidad -según hemos visto-, los juristas de todo el país consideraron que la reforma debía hacerse sobre el Código Civil.

En otro sentido, también es bueno señalar, que la doctrina privatista nacional, nunca había reclamado esta modificación sustantiva del rumbo

impreso y al contrario, diríamos que siempre se elogió la decisión de preservar nuestra continuidad jurídica de forma tal que los cambios, aunque profundos, no introdujesen inseguridad. Se varió, inconsultamente, una línea de pensamiento y acción consolidada que provenía tanto del derecho civil, como del derecho comercial, mediante una decisión adoptada en instantes y como resultado de un debate que no sobrepasó la media hora, circunstancias que obligan a pensar y volver sobre este punto volver para discernir si realmente vale la pena -por una cuestión de tipo metodológico-, prescindir y enterrar una obra colectiva que tanto nos sirve, y en virtud de la cual precedentes de principios del siglo pasado aún nos pueden resultar útiles para resolver conflictos actuales.

Cabe también poner de relieve, que el dictado de un nuevo código transformará a nuestras bibliotecas en una suerte anticuarios o museos, completamente innecesarias y desactualizadas, y nuestros libros perderán completamente utilidad, porque basta que a un artículo se le cambie la redacción para que cualquier intérprete pueda darle una solución diferente. Y si esto sucederá en materia doctrinaria, lo mismo podríamos decir y con mayor énfasis, respecto de las colecciones jurisprudenciales, las que de la noche a la mañana quedarán fuera de circulación.

Algunos defensores de esta iniciativa han dicho que es menester ajustar nuestro ordenamiento privado a un nuevo mundo, globalizado, abierto, y completamente diferente al que regía al momento de la sanción del Código de Vélez, situación que justifica la necesidad del dictado de nuevas leyes. Nuestra respuesta la podemos formular con sólo meditar en torno a los siguientes interrogantes: ¿es que los principios del Código de Napoleón son más modernos que los nuestros? ¿Alemania, España, Brasil, Italia etcétera., quedaron a la zaga del proceso de globalización y apertura económica, porque no cambian sus códigos históricos? Con motivo del Homenaje al Código Francés, por el cumplimiento de su centenario, se publicaron dos libros que contienen numerosos trabajos de relevantes juristas de la época, y agotaron el tema, sobre la conveniencia de reforma parcial o total. En esa oportunidad Mazeau salió en defensa del *Códe* y explicó bien que apoyándose en la crítica referida a la desactualización con los valores vigentes en las diversas épocas de su existencia, le declararon la defunción muchas veces, aunque ninguna de estas opiniones tuvo la suficiente fuerza como para derogarlo. Así se dijo que no reflejaba el espíritu socialista, después se quejaron de que era el Código de los pro-

pietarios, más adelante criticaron que actuaba como un dique de contención del progreso. Sin embargo, la técnica de la interpretación histórica - que como todos sabemos opera cuando existe un cuerpo sistemático y cerrado de leyes-, ha permitido superar perfectamente las disímiles circunstancias por las que atraviesa un código, sin que su permanencia haya afectado directamente las soluciones de justicia que reflejan, a igual que en nuestro país, la evolución natural y espontánea de los pueblos.

No hay un sólo argumento que justifique -dice muy bien Mazeau- considerar que por una razón meramente científica, o por una necesidad estrictamente redaccional o metodológica, se debe modificar un código histórico, ya que ello sería semejante pretender alterar la estructura de un edificio, sólo para cambiar la fachada. En el caso que nos ocupa, pues, no hay ninguna razón sistemática o técnica que justifique llegar a una solución traumática y así se infiere, no sólo de los precedentes doctrinarios recordados, sino también de los propios méritos del Proyecto de 1987.

Un país que tuviera un Código liberal, defensor de la propiedad individual, y abruptamente se transformara en comunista, donde sólo se reconoce la propiedad colectiva, sería quizás el supuesto de necesidad de sustitución *in totum* de la legislación, pero situaciones de evolución natural de los pueblos, no provocan la existencia de problemas axiológicos capaces de justificar la incomunicación de una nación con su pasado y con su propia cultura colectiva, elaborada a través de las diversas generaciones.

Si a todo esto agregamos que junto con la unificación de ambos derechos -de por sí difícil y complicada-, se realiza al mismo tiempo y de una sola vez, la completa sustitución del derecho privado vigente, ya que nos quedamos de golpe sin el Código Civil, ni el Código de Comercio, todo ello constituye una decisión de altísimo riesgo para la seguridad jurídica, al menos por unos años, hasta que se dispongan de antecedentes suficientes como para restablecer la previsibilidad. La decisión de renunciar a este patrimonio científico, constituye un acto de una gravedad y significación que no merece ser tratado superficialmente, y sin abrir los canales de diálogo y consulta con tiempo suficientemente, como así a través de espacios ganados mediante un proceso de convencimiento y persuasión general.

La velocidad y la premura, se contraponen, necesariamente, con la seriedad que merece un emprendimiento de este tipo, pues cualquier apresuramiento en este sentido, nos llevará inevitablemente a adoptar

decisiones inconsultas, situación por lo demás absolutamente desaconsejable frente al consenso necesario que necesita nada menos que la legislación privada de un país.

Al respecto, merece recordarse el mecanismo utilizado por Holanda para el cambio de su legislación civil. Aunque no se trataba de un código histórico, el proceso de consulta y difusión se desarrolló por espacio de más de diez años y de esta manera, cada una de las unidades académicas o centros del quehacer jurídico del país, se le concedió la oportunidad y el tiempo adecuado como para poder expedirse seriamente, respecto de cada uno de los libros que fueron dándose a conocer sucesivamente a la opinión pública. Como colofón de esta suerte de tarea nacional, una grupo o comisión final de expertos, recopiló todas y cada una de las observaciones formuladas, llegándose así a un texto revisado y afinado y dotado del consenso suficiente como para merecer la sanción legislativa.

En el caso que nos ocupa, existe el peligro exactamente contrario al modelo holandés. La Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados y el Ministerio de Justicia de la Nación, han fijado al menos hasta ahora, un cronograma de trabajo para implementar mecanismos de consulta que no se compadecen con la dificultad e importancia de las cuestiones a considerar. Los parlamentarios, a veces, ante proyectos de leyes de alta complejidad y carácter esencialmente técnicos, conforman grupos de trabajo con representantes de todos los bloques y luego, aparece el gran riesgo y la tentación de aprobar a libro cerrado. Existen precedentes en este sentido y algunas de las iniciativas anteriores, llegó a tener este trámite por demás peligroso.

De ahí que resulte evidente la inmensa responsabilidad que asumen las Academias, pues no estamos frente a un tema puntual, concreto, que modifica un aspecto, tema o instituto especial, sino nada menos que frente a una iniciativa que modifica totalmente la legislación privada argentina, tal como ha tenido vigencia hasta el presente.

Cuando hablamos de seguridad jurídica, aludimos fundamentalmente a la necesidad de proteger la previsibilidad del derecho, estar en condiciones de anticiparse a lo que será probablemente una solución de justicia del caso concreto, y así, tanto el abogado como el juez, se encuentren en condiciones de fundamentar y darle apoyatura a sus consejos o sentencias. Debería entonces y de esta manera, tomarse conciencia sobre los años que pasarán hasta que se restablezcan soluciones jurisprudenciales suficientemente consolidadas, y si a ello se le suma el constante cambio

de la legislación procesal, fiscal, administrativa y hasta de la propia Constitución Nacional, se nos colocará en una situación de verdadera «indigencia cultural», cuando este país precisa exactamente lo contrario por lo que reiteramos no existen argumentos suficientes como para abandonar el mecanismo de reforma parcial.

En otro sentido, advertimos que numerosas institutos del Proyecto son materia de críticas fundadas y ciertas, y además, no se aprecia la existencia de una doctrina suficientemente contundente y convalidatoria, como para tener un tratamiento próximo o semejante a lo que sería a libro cerrado.

La experiencia anterior nos ha demostrado que cuando desaparecen al mismo tiempo, un artículo del Código de Comercio y del Código Civil, el nuevo dispositivo tiene que prever las soluciones que daba hasta ese momento ambos sistemas, y esta tarea resulta muchas veces de gran dificultad, porque existen presupuestos culturalmente aceptados que después, cuando se trasladan a la nueva redacción, no producen iguales efectos, todo lo que lleva una carga adicional de revisión para evitar interpretaciones desajustadas a la realidad.

Para terminar, dado que nos hemos ya extendido demasiado en el tiempo, cabe poner de relieve que el Código Civil equivale, por su trascendencia y gravitación en la vida ordinaria de los ciudadanos, a la propia Constitución Nacional. Esto exige que los cambios tengan una base de consenso general suficientemente consolidado, y además de las consecuencias e inconvenientes que hemos expresado precedentemente, sería realmente lamentable que se llegue a la sanción de una nueva y completa legislación civil y comercial, sin que tenga un grado de aceptación suficiente, todo lo que obligará a los legisladores extremar los cuidados y consultas a este respecto. Como integrantes de esta prestigiosa Academia de Derecho de Córdoba, los invito a participar de este importante debate nacional y hacer sentir vuestra opinión porque estas corporaciones tienen como finalidad, precisamente, advertir y alertar a los conciudadanos ante modificaciones de la dimensión y trascendencia como la que hoy hemos considerado. Muchas gracias.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

por LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Agregaré pocas palabras a lo expresado por el Dr. Palmero y posiblemente he de ser muy cáustico.

Aunque fuese necesario una reforma total del Código vigente, al Proyecto que consideramos le ha faltado, metodológicamente, el último paso, que consiste en la armonización y corrección de los distintos documentos de trabajo, porque cuando intervienen muchas manos en la redacción y se pretende articular esa serie de proyectos parciales en uno global, son indispensables dos pasos. En primer lugar que cada uno de esos fragmentos sea estudiado por la totalidad de la Comisión, es decir analizado y debatido por todos los miembros que la integran.

Belluscio ha expresado con toda claridad, en su nota de renuncia a la Comisión, que esa tarea no se realizó y que esa omisión es una de las causas por las que él se aparta. Tengo la absoluta seguridad de que su afirmación es correcta y que ninguno de los firmantes del Proyecto lo ha leído íntegramente, porque todos ellos son personas inteligentes y capaces, y si hubieran leído íntegramente el Proyecto no podrían haber dejado de advertir torpezas manifiestas, de carácter tan evidente que hasta un lego en derecho las señalaría para decir que el Proyecto es deficiente porque muchas de sus normas atentan contra la lógica.

Brevemente daré dos o tres ejemplos, pero antes quiero señalar que la Comisión contó con un secretario, a quien se le encargó velar por los aspectos de técnica legislativa, porque cuenta con un «master» en esa especialidad y ha publicado en La Ley un libro sobre el tema, que he leído. Lamentablemente esa obra no contempla el problema de la técnica con

*Disertación pronunciada el 1 de agosto de 2000.

que debe trabajarse cuando una comisión elabora un proyecto, en especial en lo que se refiere a la etapa de ensamblamiento de los aportes realizados por sus distintos integrantes.

Un segundo paso, al que tampoco se hace referencia en esa obra sobre técnica legislativa, es el relativo a la necesidad, luego de ensamblar los distintos fragmentos, de encargar a uno de los miembros de la Comisión, o a una Subcomisión de dos o tres miembros que actúe como Comisión redactora y dé un lenguaje común a todos los fragmentos, porque -sin duda- en cada uno de ellos sus autores han empleado un lenguaje diferente, como se advierte en este proyecto de Código, en el que aparecen discordancias internas de lenguaje que son muy graves, como lo señalé días pasados en una conferencia en la ciudad de Santa Fe.

En esa oportunidad hice referencia a la reciente aprobación por el Congreso de la Nación de una nueva ley sobre el «leasing», que reemplaza a las normas vigentes, y brinda una normativa basada en líneas generales en las propuestas que efectúa el Proyecto, pero lo hace de forma actualizada, con ventajas notorias sobre el contenido que sobre la materia tiene el Proyecto en el capítulo que dedica al «leasing». En efecto, el Proyecto no ha tomado en cuenta el nuevo texto ordenado de la ley de prenda con registro, mientras que sí lo hace la ley que acaba de sancionar el Congreso, que supera al Proyecto tanto en aspectos de redacción, donde fracciona algunos artículos kilométricos, como en su contenido, que resulta más actual y está en concordancia con las normas contenidas en otras leyes.

Pues bien, al ocuparme de ese tema advierto que la última norma del Proyecto anterior al capítulo que dedica al «leasing», contempla una hipótesis de derecho de retención en la locación y mi curiosidad me lleva a buscar qué dispone el Proyecto sobre derecho de retención. Encuentro entonces una serie de imprevisiones y, especialmente, norma que es una verdadera perla. Después de hablar de las atribuciones del retenedor en el art. 2529, dedica el art. 2530 a las «obligaciones del retenedor» y dice que «El retenedor *está obligado* a: a) No usar la cosa retenida, b) Conservar la cosa, y e) Percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero *no está obligado* a hacerlo...»

Se trata de una flagrante contradicción, que atenta contra normas elementales de la lógica.

El mismo inciso continua diciendo que «si opta por percibir los frutos, debe dar aviso *al deudor retenido*», como si lo que se retuviese fuese el

deudor, y no la cosa, ¡lo que constituye otro error grosero, pues confunde retención de la cosa, con retención del deudor!

Les ruego que no se rían, más bien deberíamos llorar, si recordamos que algunos de los autores del Proyecto pretendían se aprobase a libro cerrado, sin ningún estudio previo.

También allí, en materia de derecho de retención, en artículos anteriores se habla de la cosa retenida con un lenguaje totalmente esotérico, diciendo- «*la cosa cuya relación real está en el comercio*». Como en el grupo que integraba la Comisión, o la auxiliaba desde la Secretaría, hay algunos docentes enamorados de las «relaciones reales», en lugar de referirse a la «cosa que están en el comercio», han optado por este giro tan particular, que puede emplearse quizá en una obra de doctrina, pero que yo preguntaría a cualquier abogado qué significa esa frase y creo que muy pocos podrían responderme.

Además ese lenguaje choca totalmente con el empleado en la Parte General del Proyecto, donde se habla de «bienes en el comercio» y «bienes extra comercio». Se acumulan, pues, los defectos pues se emplea un lenguaje esotérico, que no concuerda con el usado en otras partes del proyecto, se habla inadecuadamente de «deudor retenido» y se estampa una contradicción flagrante al decir que alguien «está obligado», «pero está obligado», y colocar esa hipótesis en una norma que lleva como leyenda las «obligaciones del retenedor», en lugar de colocarla entre las atribuciones o facultades. Pareciera un chiste, o una estampa extraída de *Alicia en el país de las maravillas*...

No terminan aquí los defectos del proyecto; unos son más graves y otros menos graves- me limitaré a señalar dos o tres más. En materia de apropiación encontramos algo que también puede provocar la risa, el Código vigente regula correctamente, de forma quizás un poco extensa, los problemas de la caza y de la pesca- el Proyecto intenta reducir esa normativa y también, innecesaria, innovar en el lenguaje.

Vélez prevé que el cazador se apropia del animal desde el momento que cae en su «trampa» (art. 2540), y también lo dice así el proyecto; para los peces el codificador prevé que la apropiación se opera «cuando el pez fuere tomado por el pescador o hubiere caído en sus *redes*» (art. 2547). El proyecto, en cambio, dice: «el que pesca en aguas de uso público (no sé para qué introduce aquí este giro) o está autorizado para pescar adquiere el dominio del animal que cae en su *trampa*».

La «trampa», según el Diccionario de la Lengua, es un pozo cubierto o tapado. ¿Ustedes imaginan al pez desplazándose por la tierra para caer en una trampa? ¿O se tratará acaso de un pez volador que aterrizó en ella?

Estos ejemplos demuestran claramente la falta de revisión final; diría, incluso, que en algunos tramos del proyecto ni siquiera ha sido leído íntegramente por quien lo presentó y sustentó mi afirmación con pruebas. En efecto, en materia de obligaciones, después de tratar el pago, que es el modo clásico de extinción, todos los códigos mencionan otros hechos o actos extintivos, entre los que se incluyen la compensación, la confusión y la novación, que son formas de extinción diferentes unas de otras, y están perfectamente caracterizadas desde hace siglos. Pues bien el Proyecto también las regula- el primero de sus Títulos está dedicado a la compensación, y a continuación en los títulos siguientes trata de la confusión y de la novación, y encontramos como primera norma en el título de la Compensación el art. 856, que dice:

«Los créditos y deudas recíprocos se extinguen *por confusión...*»
 ¡Se trata de una confusión lamentable...! ¡Si quien presentó el proyecto hubiese leído esta norma jamás la hubiese dejado pasar, pues la compensación no se produce por confusión...! Si un alumno de la licenciatura de Derecho incurre en un error de esa magnitud no aprobaría su examen. Este artículo del Proyecto «funde» y «confunde» dos modos extintivos diferentes en uno solo, una prueba más de las deficiencias de técnica legislativa que han presidido su elaboración.

Con relación a los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis), debemos recordar que Vélez solamente se ocupó de la llamada «prenda civil» o «prenda con desplazamiento», es decir el viejo «pignus» de los romanos. Con posterioridad ha aparecido la llamada prenda «con registro», regulada por una ley especial, en el ámbito del derecho comercial, y que tiene hoy gran difusión. Pues bien, si se pretende unificar todo el derecho privado, el Proyecto de Código debería haber regulado la prenda con registro, o hipoteca mobiliaria. Al parecer se olvidaron de hacerlo y después de presentado el Proyecto el 28 de diciembre, alguien señaló la omisión; entonces, en la nota explicatoria, que se redactó después de la presentación del proyecto, al ocuparse de los derechos reales dicen que, a diferencia del Proyecto de la Comisión Federal no han regulado la hipoteca mobiliaria, porque se habían introducido modificaciones a la ley 12.962

ampliando la nómina de los acreedores que pueden ser beneficiarios de las prendas sin desplazamiento o prendas con registro (pág. 119 *in fine* en la edición del Proyecto de Abeledo-Perrot), y afirman que en el Proyecto «mantiene ese criterio a través de la reforma» que propone.

Pero, si uno toma la edición del Proyecto que se elevó al Congreso (que difiere en muchos puntos con la edición de Abetedo-Perrot) y examina el Apéndice, advierte que el art. 5° se limita a ratificar el decreto 897/95, que contiene el texto ordenado de la ley de prenda con registro, sin introducir ninguna reforma, como anunciaba en la nota explicatoria,

Y hemos señalado que hay diferencia entre estas dos ediciones del Proyecto, porque en el art. 5° del Apéndice, según la edición de Abeledo, existe un párrafo más (que no está en el texto elevado al Congreso), párrafo por el cual se expresa que es «aplicable a las situaciones allí reguladas lo dispuesto por el art. 2087 del Código» (vale decir del Proyecto).

Se trata de otra imprecisión más, porque el art. 2087 del Proyecto no trata de las garantías reales, sino de las servidumbres; se trata de otra imprecisión, pues como ha habido cambios en la numeración que hacen diferente el Proyecto presentado al Poder Ejecutivo, del elevado por éste al Poder Legislativo, la referencia debía hacerse al art. 2096, pero en la etapa de coordinación en lugar de corregir el párrafo, se terminó suprimiéndolo.

En conjunto no podemos silenciar que estos defectos de técnica legislativa son tan serios, que resultaría un despropósito pretender sancionar este proyecto. Es indispensable, pues, efectuar un estudio serio y profundo, para subsanar todas las deficiencias que presenta este proyecto, pues de lo contrario, si se pretende convertirlo en ley tal como está, se va a dar al país un Código «inutilizable» que causará grave daño a la vida jurídica del país.

IV CONGRESO DE LA CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE ACADEMIAS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Entre los días 14 y 16 de diciembre de 2000 se celebró dicho Congreso en Valencia, España, con la presencia de las Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales de América y España, donde se analizó la siguiente temática: 1. «Federalismo, Autonomía y Descentralización». 2. «El concepto de familia en el derecho» y 3. «Las academias. Funciones y normativas».

El Congreso fue presidido por el titular de la Conferencia Iberoamericana de Academias y Presidente de la Real Academia de Granada, Dr. Eduardo Roca Roca, actuando como vicepresidente el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés.

Actuaron como ponentes en los temas 1 y 2 los académicos de Córdoba, Dres. Antonio María Hernández y Eduardo Fanzolato. Asimismo envió un trabajo el Dr. Pedro J. Frías y también participó en el debate del tema 2 el académico correspondiente Florentino V. Izquierdo

Argentina estuvo además representada por los académicos de Buenos Aires Dres. Horacio García Belsunce y Jorge R. Vanossi.

EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL DERECHO LATINO *

por EDUARDO IGNACIO FANZOLATO

SUMARIO: 1. Deslindes introductorios. 2. Modelos de familia. 3. La familia posmoderna. 4. Los nuevos modelos y las tradicionales funciones familiares. 5. Las nuevas formas de familia, el *status familiae* y la extensión de los vínculos que las generan. 6. Advertencia. Reflexiones valorativas. Conclusiones.

1. Deslindes introductorios

El tema circunscribe el estudio al concepto de familia *en el ámbito del derecho*. Esto implica desligarse de los criterios éticos o religiosos, anteriores a la organización política de las naciones, prescindiendo -también- de los conceptos sociológicos de familia. Sólo nos proponemos precisar la noción de familia a la luz de los elementos que la originan, y establecer su composición, con estricto ajuste a las normas del derecho de cada país. Así, la noción jurídica de familia, y su integración amplia o restringida, dependerá de la realidad legal de cada Estado.

Nos limitaremos al análisis normativo de una o varias estructuras jurídicas de raíz romana, a fin de determinar los fundamentos de la familia moderna, que serán distintos según el país del que se trate puesto que, en la actualidad, en múltiples territorios se constata una creciente desconexión entre el matrimonio y la familia. Como este proceso disociativo no se cumple del mismo modo y en las mismas épocas, en los diferentes estados del mundo latino, el concepto de familia estará imbuido de la relatividad propia de cada orden jurídico; no va a tener validez universal ni siquiera validez general dentro de la misma familia de derechos. La temática se encuentra en permanente evolución. En las diversas naciones, las

* El presente trabajo fue expuesto por su autor, en calidad de ponente internacional, en el IV Congreso de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, en Valencia, España, 13 al 16 de diciembre de 2000.

nuevas leyes modifican, directa o indirectamente, la respectiva noción jurídica de familia. El cotejo entre varios ordenamientos normativos familiares es fructífero porque permite señalar analíticamente la tendencia del derecho actual y, si es posible, indicar el ligamento jurídico común a los múltiples prototipos de familia reconocidos hasta el presente.

2. Modelos de familia

A la fecha, desde el punto de vista legal, en la mayoría de los países latinos occidentales no existe un modelo único de familia¹. Por el contrario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de relaciones jurídico familiares reconocidas por los respectivos ordenamientos nacionales, resulta que cada persona o grupo de personas tiene la posibilidad de elegir o de seleccionar el tipo de familia a la cual quiere someter sus relaciones intrafamiliares.

El imperativo sistema tradicional de un único "paradigma familiar", representado por la familia fundada en el matrimonio, ha sufrido duros embates que, en muchos países, terminaron haciéndolo sucumbir frente al propósito de cada individuo o de grupos colectivos de elaborar sus propias y específicas relaciones familiares conyugales o convivenciales. Así, en determinados países, las estructuras normativas, atendiendo a la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en el particular entorno social, reconocieron semejantes vínculos tan peculiarmente perfilados.

De este modo, primero se produce la equiparación jurídica de la familia natural respecto de la legítima, estableciéndose la igualación legal de los hijos y descendientes extramatrimoniales respecto de los matrimoniales, lo que ha gozado de un beneplácito mayoritario. Simultánea o sucesivamente se llega a la juridización de relaciones convivenciales fácticas, estables, que se presentan como el producto de convenios privados relativamente formales o informales o de arbitrios u opciones que la ley reconoce u homologa. Y, en la actualidad, al tiempo que eclosionan unas interesantes y respetables convivencias

¹ En cambio, en los países islámicos, el concepto de familia sigue regido por las normas religiosas unitarias, aunque se advierten diferencias nacionales, según el mayor o menor acatamiento al Corán de la legislación respectiva.

no carnales de ayuda mutua, se halla en proceso de franco desarrollo el reconocimiento, como entidad familiar, de las uniones entre personas del mismo sexo y de las “familias” monoparentales integradas con descendientes logrados a través de mecanismos de fecundación asistida.

3. La familia posmoderna

La familia posmoderna en el mundo latino se presenta bajo diversos moldes:

3.1. Como la casi extinguida familia patriarcal integrada por una pareja de esposos que convive con toda su descendencia (hijos, nietos, etc. y sus respectivos cónyuges). Los vínculos de la pareja con la parentela son bastante estrechos. Todavía tiene una vigencia limitada especialmente en zonas rurales. En las ciudades, aunque cada vez con menos frecuencia, se observa también un modelo de familia amplia, *pero sin coresidencia*, integrada con la familia nuclear y el resto de parientes, manteniendo vigorosas relaciones familiares afectivas, sociales y de solidaridad jurídica entre todos sus miembros.

3.2. Como una pareja casada que vive con sus hijos comunes (familia nuclear matrimonial) denotando marcada aminoración de vínculos respecto del linaje y de los parientes colaterales y por afinidad. Este fenómeno aparece junto a la urbanización y se acentúa con los alejamientos que generan las emigraciones o traslados por razones laborales o de otra índole.

3.3. Como un matrimonio que convive con sus hijos comunes y los hijos extraconyugales o de anteriores nupcias de cada consorte. En estas hipótesis, las cargas matrimoniales incluyen a los hijastros que conviven en esa familia nuclear ensamblada.

3.4. Como una pareja de casados sin hijos en donde el afecto, el amor, la solidaridad, la ayuda mutua y el compañerismo entre sus miembros, cualquiera sean sus edades, es suficiente fundamento de perduración². La falta de descendencia puede originarse en una imposibilidad o

² Relata el Génesis, 2, 18, que, al concluir la Creación, Yahvéh, dijo: “*No es bueno que el hombre esté solo. Voy a hacerle una ayuda adecuada*” y creó a la mujer.

en una deliberada exclusión de la prole por los esposos³; pero ello no es óbice para que exista familia, porque “*la familia no es sólo un núcleo generador de vida sino también apoyo y sustento -material y espiritual- de cada uno de sus componentes. Y no sólo de los nuevos seres en ella engendrados, sino también de sus propios elementos creadores, la propia pareja.... que mantiene todo su sentido interpersonal y social aun cuando en ella no se produzca el fenómeno generador de vida*”⁴. Agreguemos que muchos piensan que lo esencial del matrimonio y de la familia es constituir una comunidad de vida entre los consortes y que la generación de hijos no es una función o presupuesto necesario⁵.

3.5. Como una unión heterosexual no casada con o sin hijos comunes (familia nuclear extramatrimonial o convivencias estables) situación a la que se sienten atraídas preferencialmente ciertas parejas por diversos motivos que van, desde el rechazo a asumir responsabilidades hasta la necesidad de afirmar una actitud seria y madura frente a la unión. Teniendo en cuenta la fragilidad del matrimonio, que pueden disolverse por el desistimiento unilateral de uno de sus miembros, estiman que la “formalización de la unión” es intrascendente y constituye uno de los resabios de hipocresía heredada de concepciones sociales perimidas. En este orden de principios, defienden y practican una convivencia “sin papeles”, a la que consideran como la genuina y auténtica unión⁶, que sólo está cimentada en la constante y renovada voluntad de convivir, prescindiendo de vanas sacralidades o formas que, por otro lado, sólo complicarían y tornarían onerosa la disolución de la unión cuando ha desaparecido la *affectio* convivencial, la voluntad de seguir unidos. Tales realidades

³ La deliberada exclusión de la prole es causa de nulidad del matrimonio canónico pero, frente al matrimonio civil, en la generalidad de los ordenamientos, no es motivo de ineficacia.

⁴ José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El fenómeno de la pareja no casada en España*. Libro Homenaje a Dalmacio Velez Sarsfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo III, Córdoba, 2000, pág. 419.

⁵ Ver José Antonio SOUTO PAZ, *Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 36.

⁶ En 1981, la Asamblea General del Consejo de Europa, aprobó una Resolución en la que se exhorta a los Gobiernos a adoptar en sus ordenamientos internos medidas tendientes a equiparar las uniones de hecho con el matrimonio.

fácticas son reconocidas como entidades jurídico-familiares en muchas legislaciones; mientras que en otras se le desconocen efectos jurídicos específicos (o análogos a los matrimoniales) ⁷. No hay duda alguna de

⁷ Las uniones de hecho presentan infinidad de modalidades difíciles de sistematizar dogmáticamente; pero, en general, existe acuerdo en el sentido de que hay convivencia fáctica o pareja estable cuando dos personas que tienen edad nupcial, sanidad psíquica y aptitud legal, sin estar casados formalmente entre sí, hacen vida marital notoria, singular y estable. Efectuando un estudio comparativo de los métodos empleados en los diversos países latinos para regular las consecuencias jurídicas directas o indirectas de la convivencia de hecho, tenemos los siguientes sistemas:

1. Equiparación con el matrimonio formalizado.

Algunos, lisa y llanamente, equiparan a todas las uniones estables que encuadren en los requisitos legales con el matrimonio civil formalizado. En cierta manera podría decirse que, para tales ordenamientos jurídicos, existen dos formas de contraer matrimonio: una la tradicional y solemne y la otra a través de una convivencia de hecho estable. Ambos modos de “matrimonializar” la unión generarían las mismas consecuencias jurídicas familiares. Habría una absoluta parificación entre matrimonio y unión de hecho. Así, en *Panamá*, el Código de la Familia, en su artículo 53, proclama que “la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, *surtirá todos los efectos del matrimonio civil*”. Fórmulas análogas se emplean en los Códigos de la Familia de *Honduras*, de *Cuba*, del *Estado de Hidalgo (México)*, de *Bolivia*, y en los Códigos Civiles y leyes especiales de *Guatemala*, del Estado mexicano de *Tamaulipas*, de *Ecuador*, de *Paraguay* (ley 1/92).

2. Regulación integral autónoma

Hay países en los que la unión *more uxorio* tiene un ordenamiento integral específico, pudiendo hablarse de una institucionalización, o plena juridificación de las uniones de hecho, lo que no implica identificarlas con el matrimonio formalizado. Ello significa que, a pesar de la regulación legal, las derivaciones jurídicas de una y otra situación no tienen que ser, necesariamente, iguales; precisamente, porque son distintas las circunstancias que las originan. Adoptaron este método, por ejemplo, la unificación legislativa de 1984, llevada a cabo en uno de los estados de la Federación australiana, mediante la “*De facto Relationships Act*”, de *Nueva Gales del Sur*. Asimismo, es el criterio seguido por *Brasil*, ley 9278/96 y el Código de la Familia de *El Salvador*, de 1994. La ley de *Cataluña*, aunque admite la regulación convencional de la convivencia, establece un completo estatuto supletorio del pacto, dentro de las competencias de derecho civil que le corresponden a la “*Generalitat*”. En *Francia*, la ley 99/ 944, luego de declarar la validez de los pactos civiles de solidaridad, incluye una amplia regulación supletoria que comprende los más importantes efectos que se pueden generar en los diversos ámbitos del derecho; lo mismo en *Bélgica*, en la reciente ley sobre “*cohabitación legal*”

3. Regulación civil sólo en el ámbito patrimonial

Dentro de este grupo de legislaciones incluimos las que, en el ámbito civil familiar, se limitan a regular las derivaciones patrimoniales de la convivencia no formalizada, como

que en estos últimos países, semejantes convivencias no constituyen un núcleo familiar; sólo si de dichas parejas nacieren hijos habría familia pero, entonces, no sería la unión estable la que originaría la familia sino que el grupo familiar se forma en torno a la relación de filiación.

el Código de la Familia de *Costa Rica*; y, con algunas variantes, el C.C. de *Perú*; la ley 54 de 1990, de *Colombia*; el C.C. para el Distrito Federal de *México* regula sólo la obligación alimentaria entre concubinos; el derecho hereditario ab intestato recíproco a favor del conviviente supérstite, y los alimentos que el testador debe dejar a su concubina.

4. *Abstencionismo legislativo con alguna regulación parciaria incidental*

Otro sistema es el de la *indiferencia jurídica* el que se traduce en ignorar estas situaciones fácticas como entidades familiares; por ejemplo, en *Argentina, Chile, Uruguay, Puerto Rico, Italia, Portugal* se desconocen efectos civiles a todas las uniones que no se hayan celebrado de acuerdo a las formas y disposiciones establecidas para el matrimonio. Las legislaciones que se enrolan en este grupo sólo se refieren a las uniones de hecho incidentalmente; en la mayoría de los supuestos para adscribirles determinadas repercusiones negativas o caducidades. Es una forma de reprimirlas o desalentarlas a través de sanciones civiles que implican pérdida de derechos o prerrogativas que se conservaban hasta el comienzo de esas uniones. Sin embargo, en todos estos países se constata que el vínculo fáctico convivencial va ganando juridicidad. Primero en las órbitas legales no civiles y, luego, adquiriendo algún reconocimiento más o menos extenso dentro del puro ámbito civil. Así, en materia de previsión social, al o a la conviviente se le reconocen algunos derechos subjetivos que, en esencia, son familiares asistenciales, derivados de su vínculo fáctico. En estos ámbitos, a los convivientes se les reconocen derechos que no se concilian con los otorgados por la estructura normativa civil sólo a los cónyuges. Por este medio se abre una brecha en la frontera legislativa por la que ingresan indirectamente los convivientes dentro de la familia, con un fundamento de realismo jurídico, a fin de proteger a los "familiares" de la vida real, es decir, aquellos que dependían económicamente del titular fallecido o de la víctima, aunque no se hubieran formalizado los vínculos jurídicos. En *España*, en el Código Civil aplicable a todo el Reino, la unión de hecho carece de régimen legal; sin embargo, *al igual que en los países incluidos en este sistema*, en algunos aspectos parciarios, las convivencias fácticas reciben un tratamiento jurídico equivalente a los matrimonios. Pero, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo, han sostenido que el matrimonio y las uniones de hecho son realidades distintas que, en general, (y sobre todo en cuanto al régimen de bienes), no pueden considerarse regidas por las mismas normas jurídicas, rechazando la analogía entre ambas situaciones.

5. *Regulación convencional*

Hay quienes sostienen que la extraordinaria diversidad de uniones de hecho, y que la variedad de fines perseguidos con ellas, desaconsejan una regulación legal uniforme. Manifiestan que las decisiones autónomas y pactadas en cada caso, por los protagonistas de la unión de hecho, según las peculiaridades de la concreta realidad que se intenta

3.6. Como un progenitor biológico que convive con sus hijos (familia monoparental de origen matrimonial, extramatrimonial o por fecundación con material de donante anónimo). Son formas de familias *desconyugalizadas*, y a tales situaciones se puede arribar por divorcio, separación, viudez, mera progenitoriedad biológica y no matrimonial, o a través de prácticas de fecundación asistida con material donado.

3.7. Como un hombre o una mujer con sus hijos adoptados (familia monoparental de origen adoptivo), en la que se satisface el interés de un menor que carece de familia o que ha sido abandonado por ella y, también, el legítimo anhelo de paternidad o de maternidad del o de la adoptante que, por los motivos que fuera, no ha tenido la descendencia biológica deseada.

3.8. Como el grupo familiar que, constituido sobre la base del vínculo jurídico derivado de la tutela, de la curatela o de la guarda, enlaza al tutor (y su descendencia), al curador o al guardador con el pupilo, menor o incapaz a su cargo o bajo su custodia⁸.

3.9. Como una pareja homosexual con hijos biológicos no comunes o con hijos comunes adoptados o nacidos merced a métodos de fecundación asistida con material heterólogo u homólogo, según las particulares normas de algunos ordenamientos muy recientes (Navarra) que admiten la adopción por tales parejas⁹ o que consienten semejantes procedimien-

normatizar, es el medio más idóneo para lograr el fin propuesto y que, el Estado debería reconocer, dándole la protección y publicidad adecuada, en la medida que no afecten los principios básicos de una sociedad civilizada. Cuando los preceptos convenidos no contemplaran aspectos en discordia, los jueces deberían zanjar las diferencias aplicando las normas del derecho común; todo, sin perjuicio de que, por excepción, se admitan algunas normas específicas supletivas o sectoriales secundarias (Navarro Valls). Como ejemplo de preceptiva legal admitiendo la validez de estos convenios citamos la ley 10, de *Cataluña*, del 15 de julio de 1998; en *Francia* la ley 944, del 15 de noviembre de 1999, reconoce la validez del llamado "pacto civil de solidaridad"; en *Bélgica*, la ley del 23 de noviembre de 1998, que instaura la "cohabitación legal", entró en vigencia el 1 de enero de 2000, y se adhiere al sistema de regulación convencional de la unión; ídem en *Aragón*, la ley 6/1999, de 26 de marzo de 1999 y en *Navarra*, la ley foral 2/2000, de 3 de julio de 2000.

⁸ El derecho argentino adscribe a estos vínculos funciones y efectos típicamente familiares: cuidado y formación integral de la persona, obligación alimentaria; impedimentos matrimoniales impedientes; agravación de figuras penales, etc. (ver nota 20).

⁹ Existen movimientos nacionales e internacionales de homosexuales y lesbianas que reclaman el derecho a adoptar, juntamente con su pareja. En este sentido, el Parlamen-

tos de fecundación asistida. Estas uniones pueden perseguir múltiples propósitos, tales como educar a los hijos que ya tuviesen o que adoptaren¹⁰ o que llegaren a generar; satisfacer sus peculiares requerimientos sexuales; conformar un núcleo de consumo, de afecto, de compañerismo que les permita superar la soledad y brindarse apoyo material y moral frente a las adversidades de la vida, etc..

3.10. Como una pareja de compañeros del mismo sexo que conviven en relación de afectividad análoga a la de un matrimonio sin hijos, con independencia de su orientación sexual. Es un modo de existencia familiar adecuado a las aspiraciones y a los caracteres específicos de la pareja.

3.11. Otro novedoso modelo de familia, introducido hace poco tiempo en el mundo latino por la legislación catalana, son las llamadas convivencias de ayuda mutua destinadas especialmente a las personas de edad que intentan poner remedio a sus dificultades. Se trata de situaciones de convivencias no carnales de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma residencia, unidos por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que contribuyen solidariamente a los requerimientos patrimoniales y tareas domésticas del grupo, con voluntad de ayuda mutua y de permanencia.

to de la Unión Europea, el 8 de febrero de 1994 aprobó la Recomendación 28/1994 sobre adopción por parte de homosexuales, en la que se invita a los gobiernos de los Estados integrantes de la Unión a «*poner término a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales, a ser padres, adoptar o criar niños*». Frente a esta Recomendación, el Vaticano reprueba la misma manifestando que «*la unión de dos hombres o de dos mujeres no puede constituir una verdadera familia. En esta familia suplente los hijos no encuentran al padre o a la madre sino a dos padres o a dos madres y esto es peligroso*»; y contraproducente para la correcta y natural formación integral del menor adoptado. Aun cuando se habilite a las uniones homosexuales para adoptar, recordemos que es característica del derecho moderno el principio de que *la adopción sólo se otorga en interés del menor*. Ello significa que el juez deberá valorar, en el caso concreto, si una adopción solicitada por una pareja del mismo sexo, consulta los intereses y conveniencias del menor. Allí reside la esencia del problema.

¹⁰ En la Recomendación del Parlamento Europeo, consignada en la nota anterior, se invita a los gobiernos de los países miembros a otorgar similares efectos legales que los emergentes del matrimonio a las convivencias estables, hetero y homosexuales, entre ellos el derecho a adoptar.

4. Los nuevos modelos y las tradicionales funciones familiares

Frente a los nuevos paradigmas jurídicos de familia pretendemos precisar cómo se cumplen en ellos las principales *funciones* que tradicionalmente se le asignan a la entidad: a) función geneonómica (procreación y desarrollo de la descendencia); b) función protectora, formativa y socializadora de los hijos; c) función asistencial.

Aunque el tema sea más propio de la sociología, lo abordaremos con el fin de expurgar la noción jurídica de familia de elementos extraños. Ello implica establecer si -hoy- la satisfacción de tales funciones es requisito esencial para la existencia de una familia en sentido jurídico.

4.1. Funciones geneonómica y de formación de la descendencia

Con relación a la procreación, recordemos que ciertos doctrinarios afirman que hay familia incluso cuando la pareja matrimonial carece de descendencia porque, aunque el núcleo no satisfaga las funciones geneonómicas y de formación de los hijos, basta que cumpla con la función asistencial, de ayuda mutua y solidaria, material y moral, entre sus miembros (*supra* § 3. 4.).

Respecto de la protección y formación integral de los hijos, se debe aclarar que es una potestad-función emergente del vínculo paterno-filial y de la patria potestad, haya o no matrimonio o unión "familiar" estable entre los progenitores. Además, el Estado y otros organismos sociales contribuyen a llenar aspectos importantes de esta función ¹¹.

Las parejas estables heterosexuales pueden desempeñar naturalmente todas las funciones referidas; en cambio, a las *uniones entre perso-*

¹¹ Ciertos organismos públicos y privados (Iglesia, escuelas, universidades, talleres, ámbitos de trabajo, empresas, etc.) colaboran en el cumplimiento cabal de estas funciones; pero cuando el individuo llega a participar en esas instituciones ya ha recibido un importante "baño familiar" de sociabilización, aprendió a hablar y a comunicarse con los demás, se le impartieron las mínimas reglas sobre la interrelación personal y está en camino de adquirir trascendentes hábitos de conducta, tareas todas en que la familia es casi imposible de ser sustituida.

nas del mismo sexo se las acusa de estar imposibilitadas para cumplir la función geneonómica. Sin embargo, si al matrimonio, por ser esperanza de procreación, ya se lo considera familia, como causa fundante de la misma, con el mismo argumento también debe calificarse como familia a la pareja de hecho (de ambos tipos) pues tales uniones estables podrían constituir ámbitos susceptibles de asegurar la renovación generacional de los ciudadanos a través de la procreación, crianza y formación integral de la prole por naturaleza, por adopción o, lograda artificialmente por medios que suministra la ingeniería genética¹². La facultad de adoptar reconocida en algunos ordenamientos (Navarra, Québec) a las parejas del mismo sexo las equipararía a las convivencias matrimoniales o a las uniones fácticas heterosexuales estables. Además, las posibilidades (ciertas o previsibles) que brinda la ingeniería genética facilitan a estas parejas el “tener hijos propios”¹³, aunque semejantes uniones y procedimientos sean de discutible eticidad y legitimidad.

4.2. *Funciones asistenciales. Noción de cargas familiares*

Además de las familias con progenie, en el ámbito del derecho latino habría una amplia gama de otras situaciones constitutivas de familia basadas en la imposición legal o en la asunción convenida de cargas de naturaleza familiar. Esto significa que, para la ley, estamos en presencia de una familia toda vez que exista el deber de asumir cargas familiares¹⁴,

¹² Paráfrasis del razonamiento de, José A. SOUTO PAZ (ob. cit., págs. 29 y 319), que hacemos extensivo a todo tipo de pareja sexual estable dadas las facultades que les reconocen ciertas leyes de adopción y las probabilidades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida, como las consignadas en la nota siguiente.

¹³ Las parejas de hombres podrían concebir niños en un futuro mediante una técnica que se llamaría “transferencia del núcleo del óvulo” y que consiste en extraer el material genético a un óvulo saludable en el que después se insertarían cromosomas del espermatozoide de uno de los convivientes, creando una especie de “óvulo masculino”, que luego sería fertilizado con el semen del compañero. El estudio fue anunciado en Londres por Calum MacKellar, de la Universidad de Edimburgo. Diario La Voz del Interior, Córdoba, Argentina, 26 de setiembre de 2000, pág. 17.

¹⁴ José A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *En torno al origen y significación del matrimonio civil*. Diario La Ley, Bs. As., 27 de agosto de 1984, pág. 1, N° I, columnas 1 y 3.

aunque los integrantes de ese grupo “familiar” no tengan parentesco entre sí, ni descendencia común, ni conformen una convivencia sexual ¹⁵.

El concepto de “carga de familia” comienza a utilizarse en el Derecho Social y en Derecho Tributario, en materia impositiva, pero, sin dudas, existe en el derecho civil en donde lo generalizado es hablar de cargas del matrimonio o de la sociedad conyugal.

Puesto que modernamente, para muchos, la base fundacional, el ligamento o el factor determinante de la familia serían las cargas que pesan sobre sus miembros, es conveniente precisar esta noción. Y, así, diremos que la carga familiar, aunque puede ser una deuda alimentaria cuando no hay convivencia entre los sujetos involucrados, habiendo comunidad de vida doméstica no es propiamente una deuda alimentaria porque no presupone la necesidad, sino que *consiste en la obligación de los diversos miembros de la comunidad hogareña, que conviven en una misma residencia, de contribuir o cooperar pecuniariamente “según sus posibilidades” a la economía del grupo* ¹⁶.

Durante los primeros años de su existencia el hombre se encuentra imposibilitado de atender a su propio mantenimiento y esto mismo suele ocurrir en las últimos períodos de la vida. En tales situaciones y toda vez que, en el transcurso de sus años, por diversas causas, se enfrente a necesidades que no puede subvenir, la familia es la llamada a proveer a la subsistencia de sus miembros inhabilitados para afrontar por sí mismos las exigencias vitales. Estas son las cargas familiares alimentarias con el contenido y extensión que le asigne la específica estructura normativa. A ellas se suman las cargas de contribución que se imponen a quienes residen en una misma vivienda, y que consisten en el deber de soportar los gastos que genera su propio sostenimiento y el de los diversos miembros del grupo, y del hogar, en la medida de sus posibilidades;

¹⁵ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, sostiene que estas uniones tienen un carácter nítidamente asociativo y que tales relaciones “*no pertenecen en sentido estricto al derecho de familia*”. Libro de Ponencias de Profesores Invitados. X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina, 1998, pág. 65.

¹⁶ Conforme J. LACRUZ BERMEJO y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 114. Para mayor desarrollo, consultar: María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Civitas, Madrid, 1995, págs. 19 a 25; 68 y 69.

en primer lugar, en proporción a los recursos y, en su caso, si fuera necesario, en proporción a su patrimonio ¹⁷.

La contribución a las cargas familiares se distingue de la asistencia familiar alimentaria, por su fundamento, los presupuestos y el objeto. La obligación alimentaria familiar, se funda en el deber de asegurar la supervivencia de las personas; y supone que el requirente está necesitado; en cambio, el deber de contribuir a las cargas económicas del grupo, se funda en razones de naturaleza colectiva que imponen a todos los integrantes, la obligación de soportar equitativamente las cargas comunes; mientras que su exigibilidad sólo depende de los recursos del deudor y no de la necesidad del grupo. Cada uno de los esposos debe contribuir a las cargas del hogar incluso cuando su cónyuge no se encuentre en situación de insuficiencia material ¹⁸. La contribución excede o supera a la obligación alimentaria ¹⁹.

¹⁷ Cualquiera sea el régimen de bienes propiamente dicho, en toda situación rige el llamado "estatuto patrimonial básico o primario", que impone a los cónyuges el deber de contribuir, en proporción a sus recursos, a su propio sostenimiento, el del hogar y de los hijos comunes, o incapaces de uno de los esposos que convivan con ellos. También se dispone la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar y la educación de los hijos. En un régimen comunitario, tales erogaciones suelen ser cargas de la comunidad; en un régimen separatista se impone la contribución personal de los esposos en proporción a sus recursos. Las leyes de países que regulan las uniones de hecho consignan disposiciones análogas respecto de los miembros de la pareja; en las convivencias de ayuda mutua los convivientes comparten los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tratando de equilibrar las cargas de acuerdo a las posibilidades de cada uno.

¹⁸ Por ello, no se aplica a los atrasos en cumplir el deber de contribución el principio que rige en materia alimentaria, según el cual la deuda por alimentos no se acumula; la obligación alimentaria desaparece para el pasado. Se considera que quien no ha reclamado la pensión alimentaria es porque no la necesitaba; o sea, se interpreta que, en los períodos pasados, estuvo al abrigo de la necesidad, no tenía necesidad. La regla "*in praeteritum non vivitur*", no rige para las cargas familiares no fundadas en la necesidad sino en el deber de contribución.

¹⁹ En Francia, el deber subsiste durante la separación de hecho y sólo cuando se dispone judicialmente el levantamiento del deber de cohabitar será sustituido por el deber alimentario (Ph. MALAURIE, *Les régimes matrimoniaux*, pág. 72; *La famille*, pág. 515). En España se sostiene que, al interrumpirse la convivencia, desaparece la carga y se la reemplaza por el deber alimentario (María Paz GARCÍA RUBIO, ob. cit., pág. 25; en contra Encarna ROCA I TRIAS).

4.3. Categorías de las cargas familiares

Las cargas familiares comprenden:

4.3.1. *Cargas del matrimonio, strictu sensu*, que incumben a los esposos entre sí y abarca su personal sostenimiento y el de los hijos e hijastros menores o incapaces que residen en el hogar, en las familias ensambladas.

4.3.2. *Cargas paternas*, que pesan sobre un progenitor o ambos progenitores respecto de sus hijos menores (convivan o no con ellos) y que existen como consecuencia de la patria potestad e independientemente de las vicisitudes del matrimonio, o de la convivencia de los padres.

4.3.3. *Contribución filial*, o sea, el deber de los hijos bajo patria potestad, de contribuir equitativamente con los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas del hogar ²⁰.

4.3.4. *Contribución convivencial*: en la mayoría de las normativas civiles sobre uniones estables se imponen *cargas familiares a los convivientes* de distinto o igual sexo ²¹ y lo mismo, por definición, en las

²⁰ En España se autoriza a los padres que, en ejercicio de la patria potestad, administran los bienes de sus hijos, para destinar directamente los frutos de tales bienes al levantamiento de las cargas familiares, sin que deban rendir cuentas de lo consumido (art. 165-2 C.C. español). En el derecho argentino, el usufructo de los padres, está afectado a soportar determinadas cargas familiares (art. 291 C.C.).

²¹ En Francia, los "*partenaires*" vinculados por un pacto civil de solidaridad se deben suministrar ayuda mutua y material, estando solidariamente obligados respecto de terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida cotidiana y para los gastos relativos a la vivienda común (art. 515-4 Code). El Consejo Constitucional ha interpretado que esta regla es inderogable; en Aragón, el art. 5º de la ley 6/99, dispone que, en defecto de pacto, los convivientes deben contribuir al mantenimiento de la vivienda, al sostenimiento de la pareja y de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda, estableciendo la solidaridad de ambos por las deudas que originen estos gastos comunes; similar solución se preceptúa en Navarra (art. 5, ley 6/2000), aclarando que la contribución podrá satisfacerse "mediante aportación económica o trabajo personal"; ídem en Cataluña (arts. 3.2; 4; 5; 22.2; 23 y 24), agregando que "los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado" (arts. 6 y 26); en Bélgica, "los cohabitadores legales contribuyen a las cargas de la vida común en proporción a sus posibilidades" (art. 1477, C.C.); en Brasil, la ley 9278/96 reconoce como entidad familiar a la unión estable heterosexual, imponiendo a los convivientes el recíproco deber de asistencia moral y material y, disuelta la unión el deber alimentario

convivencias de ayuda mutua. Esto es característico de todos los regímenes de convivencia familiar (de cualquier tipo); así se distinguen de las situaciones de convivencia no familiar, en cuyo caso no existirán las cargas familiares, ni la ayuda mutua, ni la obligación alimentaria.

4.3.5. *Cargas parentales, posconyugales o posconvivenciales:* no habiendo coresidencia, afloran estas cargas, las cuales se traducen en los alimentos que deben prestarse a los parientes y a los ex cónyuges o ex convivientes necesitados.

4.3.6. *Cargas tutelares:* en la tutela, la curatela o la guarda, se imponen tales cargas, por ser instituciones familiares destinadas a satisfacer funciones protectivas y asistenciales con los menores no sujetos a patria potestad, con incapaces o ancianos desvalidos ²².

4.5. *Concepto de familia basado en las cargas familiares*

El elemento común a todos los modelos de familia es el recíproco deber de sus integrantes de contribuir, en la escala de sus posibilidades, al sostenimiento del grupo en el que conviven; y de ayudar al miembro necesitado no conviviente de acuerdo a un orden de jerarquía familiar y a la “pudencia” de cada quien.

La función contributiva y asistencial, ínsita en la idea de carga familiar, está presente en las diversas formas reseñadas: tanto en la familia extensa o familia linaje, de viejo cuño, y en la nuclear; como en las familias ensambladas, en la monoparental, en las convivencias fácticas estables, sin distinción de orientación sexual, en las convivencias de ayuda mutua y en las instituciones tutelares. Sólo con este enfoque, podríamos decir que *la familia es un grupo solidario en los aspectos materiales y morales, formado por quienes jurídicamente deben contribuir al*

²² En Argentina, incurre en delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar el tutor, curador o guardador que se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia del menor o incapaz que se hallaren bajo su tutela, curatela o guarda (ley 13.944, art. 2). Esto nos permite afirmar que tales relaciones son constitutivas de familia, en el sentido y con las limitaciones consignadas “*infra* 5.4.”.

sostenimiento del conjunto y por quienes se deben y prestan asistencia alimentaria entre sí ²³.

Este concepto es válido -exclusivamente- desde el punto de vista del derecho positivo. Empleamos la expresión “grupo solidario en los aspectos materiales y morales” ²⁴ queriendo destacar que, jurídicamente, la carga familiar, en cuanto contribución o ayuda, no se agota en el aspecto pecuniario sino que debe integrarse con la asistencia moral, el apoyo afectivo o espiritual indispensable en todo vínculo de naturaleza hogareña o familiar; porque las relaciones de familia se inspiran, fundamentalmente, en un acendrado espíritu de solidaridad, en profundos sentimientos y en deberes morales ajenos a todo contenido económico; aunque la satisfacción de esta “carga” afectiva (cuyo indispensable reconocimiento subrayamos) no pueda lograrse a través de los mecanismos de exigibilidad propios del derecho patrimonial (ejecución forzada, cumplimiento por otro, indemnización de daños), desde que no existen métodos o procedimientos judiciales para obtener su cumplimiento coactivo o forzoso. Pero ello es una propiedad específica de todo deber familiar cuya observancia no es susceptible de ser compelida. El incumplimiento puede ser sancionado punitoriamente pero no se puede lograr la ejecución forzada.

5. Las nuevas formas de familia, el *status familiae* y la extensión de los vínculos que las generan

5.1. Parejas estables: estado civil y repercusión en las familias de sus miembros

La multiplicidad de formas de convivencias familiares reguladas en algunas legislaciones, obliga a preguntarse, si quienes integran tales unio-

²³ Conf. Santiago FASSI, *La familia..* Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad del Litoral. N° 98 y 99, Santa Fe, Argentina, 1959, pág. 106, § 71.

²⁴ Así nos ajustarnos a toda realidad familiar y, en cierto modo, al sentido que le asigna la Real Academia de la Lengua al vocablo “grupo”, es decir, “pluralidad de seres...que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”.

nes adquieren un nuevo estado que sería el de conviviente (hetero u homosexual). Y otro problema: ¿el emplazamiento en el "*status conviventiae*", además de las relaciones jurídicas que origina entre los miembros de dicha unión, se proyecta, a su modo, en la familia de cada uno de los compañeros, generando un original "*status familiae*"?

Tratemos de responder ordenadamente a tales interrogantes.

En las uniones estables simplemente fácticas y no registradas no hay título de estado ²⁵ susceptible de emplazar a la pareja en un *status conviventiae* y menos en un verdadero *status familiae*; sin embargo, cuando una pareja no matrimonial satisface los requisitos legales para ser considerada, a los ojos del derecho, como una convivencia estable y se inscribe la unión en el registro del estado civil (Bélgica) o en los registros creados al efecto (Navarra), o se deja constancia de la misma en documento público (Cataluña, Aragón) o se la establece judicialmente como tal, semejante inscripción, o instrumento público, o sentencia judicial, podría constituir el título de estado de "conviviente estable" del que se derivarán las consecuencias jurídicas específicas previstas en cada ordenamiento nacional ²⁶.

Pero hay más aspectos a dilucidar: en el supuesto de que exista semejante emplazamiento en el "*status conviventiae*", además de las relaciones jurídicas que origina entre los miembros de la unión, semejante "vínculo fáctico juridizado" ¿se proyecta en los parientes de cada uno de los compañeros, engendrando una pertenencia de los convivientes a las familias de sus respectivas parejas?; ¿surgiría, así, un inédito y original estado de familia con similar plenitud a la que se le atribuye al estado conyugal?

Si el *nuevo status* fuera un flamante e invasivo estado de familia, el emplazamiento repercutiría legalmente no sólo en la pareja sino también

²⁵ A los fines del presente análisis, convengamos que el título de estado es el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos con los cuales se acredita el emplazamiento jurídico en el estado de familia.

²⁶ En *Francia*, según la interpretación del Consejo Constitucional, el pacto civil de solidaridad no determina cambio alguno en el estado civil de las personas y, por consiguiente, no da lugar a que se labre acta de estado civil (Guillaume DRAGO, *La constitution "en reserves"*, Revista Droit de famille, dic., 1999, N° 16, pág. 48).

en la respectiva parentela de ambos, ya que por tal unión, cada conviviente se habría introducido jurídicamente en el seno de la familia del otro.

Pensamos que la respuesta al interrogante dependerá del particular ordenamiento jurídico que rija la situación. La mayor o menor trascendencia jurígeno-familiar de las convivencias estables reconocidas, según sus distintas clases, depende de cada estructura normativa.

Una cosa es el modelo de familia y otra la “medida” o composición del grupo. *Actualmente, el estado de familia en su plenitud surge de la relación intersexual matrimonial o de la filiación; es decir, la plenitud de las relaciones familiares (en el sentido de abarcar, comprender o producir mayor número de derechos subjetivos familiares, e implicar mayor cantidad de “familiares” involucrados) emergen del matrimonio y de la filiación.* Y esto es así, en general, incluso en los ordenamientos que reconocen y regulan *jurídicamente* a las uniones de hecho. El derecho positivo, por razones de organización social, puede desconocer, cercenar o restringir ciertos efectos de un vínculo jurídico familiar, sea una convivencia fáctica juridizada (hetero u homosexual), sea una filiación adulterina, sea una adopción simple, achicando el ámbito de sus ramificaciones jurídicas comparado con el vasto círculo propio de la filiación por naturaleza, o de las uniones matrimoniales formalizadas ²⁷.

5.2. Uniones heterosexuales de facto

Las parejas heterosexuales estables, cuando esta situación está normatizada por el derecho, podrían gozar de un “*título de estado*”, cuya adquisición (así como la medida, plenitud o limitación del estado) dependerá de la reglamentación respectiva; porque es la ley la que reconoce y regula las clases de estado de familia admitidas en el ámbito de su jurisdicción. Las diversas categorías *doctrinarias* de estado de familia deben

²⁷ Para un desarrollo más extenso, ver E. DÍAZ DE GUILARRO, ob. cit., págs. 115, 117, 119 y 390. En algunos países se continúa diferenciando los derechos de los hijos adulterinos con relación a las otras filiaciones: ver la situación en Francia, en MALAURIE PH. ET AYNES L., *La famille*. Cujas, Paris, 1993/1994, N° 826, pág. 473.

fundamentarse en el orden jurídico vigente. Y sobre el particular, mientras en algunos países, como Argentina, Chile, Italia, Portugal, Puerto Rico, Uruguay, y en el C.C. español, no existe para la ley, el estado de conviviente, de compañero, de pareja, o de “partenaire”, porque tales situaciones fácticas, pertenecen al ámbito del “no derecho”, son meramente sociales y carecen de una orgánica regulación normativa civil; en cambio, en la mayoría de las legislaciones de países latinos, se puede detectar el estado jurídico de conviviente (con distinta trascendencia familiar).

Así, por ejemplo, en Aragón, la inscripción en el Registro Administrativo de parejas estables no casadas constituirá el *título de estado* de una pareja estable, no conyugal, sea hetero u homosexual ²⁸. Sin embargo, a pesar de reglamentar el estado de conviviente estable no se atribuye a esa situación la intensa gravitación propia del *estado de familia de cónyuge*, porque la registración de la pareja de facto no incide en las familias de cada uno de los miembros de la unión, ya que no ingresan en la familia del otro. Con claridad, se estatuye que “*la pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro*” ²⁹. Con tan explícita norma no hay dudas que, en Aragón, los integrantes de la unión de hecho estable sólo adquieren un *estado restringido* a sus mutuas relaciones. El estado de “*pareja estable*” existe al margen y con independencia de las familias de cada conviviente, los cuales no se hacen parientes “por afinidad” de los consanguíneos de su pareja. El reducido *status* de conviviente se diferencia del “estado de familia de cónyuges” porque, mientras los esposos, a raíz del vínculo matrimonial, se injertan en la familia de su consorte, ello no ocurre con los convivientes. En esta legislación, la pareja estable tiene una posición jurídica aislada ya que, el vínculo que los une, carece de fuerza expansiva familiar. Al faltarle virtualidad

²⁸ El artículo 5º, del decreto 203/ 1999, al establecer los efectos de la inscripción, dispone que “*la inscripción constituirá requisito necesario para la aplicación a los miembros de la pareja estable no casada de los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges por la normativa de derecho público aragonés*”. La convivencia estable se acredita mediante escritura pública otorgada por la pareja, por acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia o mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

²⁹ Artículo 14 de la ley 6/1999.

para introducir a cada uno de los compañeros en la familia (consanguínea o adoptiva) del otro, no genera emparentamiento por afinidad. El vínculo de convivencia juridizada, según la ley aragonesa, sólo envuelve o atrapa a los convivientes ya que, en principio, queda limitado a las relaciones entre ellos.

De este modo se sustituye la plenitud del *estado de familia*, reemplazándolo por el reconocimiento jurídico de una relación directa e interindividual entre convivientes estables, independiente de familia, o sea, sin que semejante vínculo se propague (tal como sucede con el estado de cónyuge o de hijo) ni comporte un *status familiae* integral. La situación es similar a la que origina una adopción simple en el derecho argentino, en donde el art. 329 del C.C. prescribe que “*la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante*”.

A diferencia del sistema aragonés, en otras legislaciones (Panamá, Honduras, Guatemala, Cuba, Ecuador, Bolivia, estados mejicanos de Hidalgo y Tamaulipas) la convivencia estable heterosexual, una vez que esté reconocida por la autoridad competente o debidamente inscrita, se equipara al matrimonio civil, surtiendo todos los efectos propios del matrimonio. Por ende, los miembros de la pareja no casada adquieren un estado de familia análogo al conyugal; ergo, se hacen parientes de todos los consanguíneos de su pareja.

5.3. Uniones homosexuales estables

Veamos los que se puede predicar jurídicamente respecto del conviviente homosexual y de su ingreso legal en la familia de su compañero. La cuestión consiste en precisar si tales parejas, cuando están juridizadas, generan relaciones familiares que implican un estado de familia expansivo o si sólo conllevan una singular “relación de familiaridad” o de “convivencialidad”; si únicamente se establecen *relaciones segmentarias y cerradas*, sin emparentamiento, respecto de quienes integran los grupos familiares de cada uno de los convivientes.

Reiteramos que la caracterización jurídico familiar depende de cada estructura normativa. En Iberoamérica ninguna legislación hasta la fecha (noviembre de 2000) regula estas convivencias las que, para tales

ordenamientos, carecen de repercusión jurídica, comenzando por las propias relaciones entre sus miembros. En la Europa latina (Francia, Bélgica, Cataluña, Aragón, Navarra) han surgido particulares reglamentaciones con mayor o menor impacto familiar. En la mayoría de estas leyes la pareja homosexual no adquiere un verdadero *status familiae* sino sólo un mero estado jurídico convivencial que no se propaga, ni trasciende al resto de los parientes del otro. Es decir, que la situación jurídica se circunscribe al vínculo entre la pareja involucrada, sin extender sus efectos fuera de ese ámbito.

Sin embargo, en *Navarra*, pareciera que la reglamentación no limita la fuerza expansiva familiar del vínculo jurídico que une a la pareja estable (hetero u homosexual) ya que “*en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual*”³⁰. Estas y otras normas que tienden a lograr que los nuevos modelos de familia admitidos culturalmente en el actual entorno social queden plenamente equiparados con la familia tradicional, basada en el matrimonio, constituyen sólidos argumentos para afirmar que los convivientes entran en la familia de sus parejas. Y ello generaría una suerte de “afinidad” entre cada uno de los convivientes y los parientes consanguíneos del otro. Con el propósito de definirlo, lo podríamos bautizar como una *afinidad convivencial*, a fin de no emplear, por extensión, la terminología desvalorizante o minimizadora de “cuasi afinidad”, que se generó en el derecho canónico, como antecedente del actual impedimento matrimonial de pública honestidad. Cabe preguntarse si dicha *afinidad convivencial* tendría los mismos efectos que el típico parentesco por afinidad matrimonial, especialmente en orden a la obligación alimentaria, a los impedimentos matrimoniales, a las repercusiones penales, etc.. El interrogante queda planteado...

³⁰ Art. 1º, ley foral 2/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

5.4. Otras relaciones de naturaleza familiar

En las otras relaciones de naturaleza familiar ya conocidas como la que genera la adopción simple, o los vínculos tutelares, o en los nuevos nexos que se originan entre los convivientes ligados por pactos de ayuda mutua, existe un “*status*” independiente de familia porque sólo tiene una correlatividad directa, exclusiva y singular con el otro sujeto de la relación (o sea, entre adoptado, y su descendencia, con el adoptante simple; entre tutor, y su descendencia, con el pupilo; entre curador o guardador con la persona, mayor o menor, a su cargo) o entre las personas comprometidas por el pacto de convivencia de ayuda mutua. *Tales vínculos carecen de la gravitación propia del emplazamiento en un “status familiae” genuino, pleno e incontestable, ya que no trascienden a los demás integrantes de sendas familias de los sujetos involucrados.* Por eso hablamos de relaciones “cerradas”, o de relaciones jurídicas de naturaleza familiar pero independientes de familia.

Con tal perspectiva, se puede concluir afirmando la existencia de múltiples “*status independientes de familia*” ya que esta es una entidad concreta, de dimensiones variables en cada caso, de acuerdo a las razones que aconsejan reconocerla, debiéndosela medir con diversidad de diámetros, en cada uno de los círculos excéntricos descriptos por las leyes de cada país ³¹.

6. Advertencia. Reflexiones valorativas. Conclusiones

Hasta aquí no hemos planteado interrogante alguno sobre la conformidad o discordancia de una determinada estructura normativa nacional con la religión, el derecho natural o la moral ; ni sobre la justicia o sobre la jerarquía de los valores que se buscan realizar, por considerarlos temas cuya dilucidación corresponde a ámbitos no jurídicos o a la Filosofía del Derecho mas no a la dogmática del derecho de familia. Ello no significa, ni mucho menos, que los desarrollos efectuados traduzcan nuestra perso-

³¹ La idea coincide, en líneas generales con el pensamiento que, Juan Carlos RÉBORA, desarrolla en sus *Instituciones de la familia*, Bs. As., 1946, Tomo I, pág. 412.

nal concepción de la familia ni nuestro particular modo de pensar; sólo los exponemos tratando de ser fieles a los respectivos ordenamientos jurídicos y a la noción de familia que de ellos surge. Ni siquiera intentamos una interpretación que disimule o magnifique el riesgo ínsito en ciertas leyes de socavar los fundamentos de la sociedad, debilitando aun más la unión matrimonial heterosexual. Al exponer en forma impersonal o desapasionada la realidad jurídica del mundo latino pretendemos no hacerle decir al derecho positivo lo que el mismo no dice ni mezclarlo con nuestras convicciones de vida. Pero, a continuación, entraremos en el campo de las reflexiones valorativas y de las conclusiones personales.

6.1. *La valoración de los nuevos modelos*

La verdad objetiva es que, contemporáneamente, en los países occidentales, se va instalando una nueva concepción de sociedad en la que, con el propósito de enaltecer prioritariamente la autonomía individual y el desarrollo de la personalidad, se remueve al matrimonio como fundamento exclusivo de la familia. Las bases que dan origen a una familia se amplían y el matrimonio queda como un medio más y no como el único instrumento legal que la cimienta y satisface sus funciones.

Muchos ordenamientos jurídicos nacionales, en pos de la libertad, ofrecen un verdadero menú legal de “familias” permitiendo que cada individuo pueda elegir el modelo que más se ajuste a sus particulares creencias religiosas, convicciones éticas o sociales, principios ideológicos, intereses económicos, formas de sentir, características u orientaciones sexuales. Algunos de estos flamantes modelos de familia - así como las prácticas de ingeniería genética que sirven para complementarlos- son verdaderas concesiones legales a la libertad y a la vida privada *tomadas como valores absolutos* pues resulta dudosa la compatibilización de semejantes entidades jurídico familiares con otros respetables intereses sociales, reconocidos por el derecho, que son tan o más dignos de observancia ³².

³² Por ello la Constitución Argentina consagra el respeto a las acciones privadas de los hombres mientras no ofendan a la moral y al orden público ni perjudiquen los derechos de terceros (art. 19)

De allí su discutible legitimidad esencial. La reciente incorporación de tales modelos familiares en varios ordenamientos, propios de las sociedades permisivas o tolerantes, (que defienden la idea de que el legislador debe adecuar el derecho a las libres prácticas de los individuos), implica desconocer, menospreciar o, quizás, interpretar “a su aire”, con soltura u osadía, la vigencia universal de determinados principios fundamentales.

Si bien la libertad sexual y de fecundación o de procreación son otras tantas manifestaciones de la libertad propia del hombre, no se debe olvidar que el infinito o exagerado respeto a las prerrogativas del individuo, a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, hace correr el riesgo de que un legislador ensoberbecido llegue a consagrar la “*deificación*” del individuo por el derecho. Lo cierto es que, en estas discutidas creaciones del hombre, Dios es el único que suele resultar verdaderamente excluido.

La libertad e igualdad ante la ley y el rechazo a toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal, social o cultural, como la orientación sexual, no implica desconocer el superior derecho del Estado a organizar la familia y la sociedad de acuerdo a aquellos principios universales y a las particulares concepciones que sobre dichos institutos se tengan en un país determinado. La cuestión podría desencadenar *un choque entre principios de orden público; o sea, una colisión entre el respeto a los derechos de la persona humana y el respeto a intereses colectivos superiores.*

No todos los principios constitucionales tienen la misma jerarquía; pero como tampoco hay una jerarquía convenida, en el fondo, resolver la cuestión, es un problema axiológico que requiere establecer la prioridad de unos principios sobre otros. Pensamos que, en esta hipótesis de conflicto, la solución debe encaminarse por la vía del acatamiento al bienestar general y a la moral pública. Ambas son nociones preeminentes ya que, en la mayoría de las Constituciones Nacionales, y en muchas Declaraciones y Convenciones Internacionales, se cuentan dentro de las pocas restricciones que es factible imponer a la libertad de las personas. Esta es una pauta teórica porque, en la práctica, toda precisión sobre el “bienestar general” o los “intereses colectivos superiores” y sobre la “moralidad pública” *es relativa y variable según las épocas y los lugares.* Por eso la antes citada profesora, María del Carmen Cerutti, dice que resolver la cuestión es un problema de axiología y no de lógica jurídica.

6.2. Conclusiones

En base al desarrollo precedente enunciamos las siguientes conclusiones:

1. El matrimonio continúa siendo base de familia pero ha perdido la exclusividad como única institución fundante.

2. *La juridificación de las convivencias fácticas estables (en sus diversas especies), y su inclusión legal dentro de las relaciones familiares, determina que la noción jurídica de familia sufra una transformación.* Cuando el derecho avanza sobre esos ámbitos que le eran ajenos y coloniza jurídicamente ciertas esferas de la vida social que, hasta entonces, pertenecían al círculo del no derecho de familia, se crean nuevas bases constitutivas de familia.

Los motivos que impulsan al legislador para obrar en tal sentido varían según los países. En Guatemala, Panamá, Bolivia, Honduras, las causas que determinaron la normativa habrán sido diferentes respecto de las que influyeron en Francia, Bélgica o en las comunidades forales españolas; pero sean cuáles fuesen tales razones (las compartamos o no) es elemental admitir que aquella realidad puramente social se ha transformado en un instituto jurídico familiar.

3. No todo lo que es legal o lícito es legítimo. Sólo será legítimo lo que se compece con

los principios fundamentales de orden público, los cuales abrevan en las fuentes del derecho natural, de la moral y de las buenas costumbres locales. Es indudable que el derecho legislado no es omnipotente para dibujar a su antojo nuevos modelos de familia prescindiendo de los superiores principios esenciales que hacen a la organización de la sociedad y que están fuera y por encima de la ley y en el propio orden jurídico establecido en la Constitución. Nos referimos al orden público que se convierte así en el principio informador del sistema jurídico; y el primer orden público es la Constitución³³.

³³ María del Carmen CERUTTI, *El orden público en el Código Civil argentino. Algunas cuestiones relativas a su uso*. Libro homenaje al Dr. José Buteler Cáceres, Córdoba, Advocatus. 1990, págs. 107 a 111.

4. *El derecho natural cumple función informativa y circunferente de las leyes positivas*, en tanto suministra el contenido, la sustancia de la norma, su orientación fundamental; y en cuanto enuncia los principios que el legislador no puede violar sin quitar automáticamente legitimidad a la norma sancionada ³⁴.

5. *La legitimidad de los nuevos modelos de familia dependerá, asimismo, de que tales paradigmas no agredan a la moral pública y las buenas costumbres*. No obstante la diferenciación entre *derecho y moral*, es indiscutible que la cuestión ética interviene decisivamente en las instituciones del derecho de familia. Así como no se deben confundir las buenas costumbres con los prejuicios sociales, también es incorrecto identificar ligeramente a la moral pública con la “moral media” o mayoritaria existente en un pueblo, en un momento dado. Rechazamos esta equiparación porque, en la realidad actual, la “moral media” del ciudadano suele ser resultado “de la influencia de una minoría que a través de los medios de comunicación masiva han ido formando los criterios que se internalizan en la conciencia y que le hacen admitir como si fueran propios, los que esa minoría le ha inducido a aceptar por falta de la madurez suficiente para realizar su crítica ³⁵. Los individuos responsables deben preocuparse por difundir y defender los sanos principios de la moral pública contra la propaganda liberadora de ciertos colectivos que actúan embozados bajo el difuso rótulo de “reivindicación de la libertad y dignidad del hombre”, que impacta y allana una mayor captación de adherentes, en particular en la población de países que hay vivido, largos años, bajo gobiernos de fuerza. Puesto que la caracterización de la moral pública y las buenas costumbres varía, según las épocas, y de uno a otro país de acuerdo a su idiosincrasia, las nuevas formas de familia tendrán recepción en algunos ordenamientos nacionales y serán rechazadas o ignoradas en otros.

6. Por ello, *los nuevos paradigmas familiares deben comenzar teniendo un auténtico y maduro acogimiento social para poder, luego, incorporarse a la normativa legal*. Cuando en un país se advierten *reservas morales generalizadas* frente a definidas uniones fácticas, o a

³⁴ Jorge Adolfo MAZZINGHI, *Derecho de familia*, Abaco, 1995, t. 1, cap. I, pág. 40.

³⁵ José I. CAFFERATA, *Nulidad matrimonial y Constitución Nacional*, Córdoba, Advocatus, 2000, pág. 83.

todas ellas, el legislador deberá abstenerse de juridizarlas. Además, siempre que ciertos “modelos de familia” carezcan de interés o de finalidad social, “los poderes públicos no deberían intervenir ni para limitar el ejercicio de un derecho, ni para condicionarlo a unos requisitos ajenos a la finalidad indicada”³⁶. De ahí el peligro de calcar modelos extranjeros e injertarlos en naciones que tienen distintas ideas de la vida, de la moral, de la familia y de la sociedad.

7. *Actualmente ni la procreación ni la educación y formación de la descendencia es indispensable para que, jurídicamente, exista una familia. Hoy, el elemento fundante común a toda especie familiar es la existencia de cargas de familia.* Para la ley, estamos en presencia de una familia siempre que exista el deber de asumir cargas familiares³⁷, aunque los miembros de ese grupo “familiar” (sea unión conyugal, sea convivencia fáctica estable, carnal o asexuada de ayuda mutua) carezcan de parentesco entre sí o de descendencia común. Sólo dentro de este orden de pensamiento se podrá decir que *la familia es un conjunto solidario, moral y económicamente, integrado por dos o más individuos que viven ligados por cargas de familia recíprocas, emergentes de los vínculos del matrimonio, de las diversas especies de convivencia estable juridizada, de la filiación, del parentesco o de la tutela, curatela o guarda.*

8. *Desde el punto de vista del derecho, la familia no está en crisis.* Lo que está en crisis es el matrimonio como exclusivo soporte legal para constituir familia. La afirmación se demuestra constatando que, mientras el matrimonio se disuelve, subsiste la familia porque, incluso entre divorciados perduran las mutuas cargas familiares como los alimentos de toda necesidad.

9. *Aunque algunos tipos “modernos” de familia no estén naturalmente orientados hacia la procreación, lo mismo merecen el amparo jurídico integral que las Constituciones aseguran a la familia; porque todos configuran una fuente solidaria de sostenimiento mutuo y de sobrevivencia material y moral para el familiar en penuria.*

³⁶ José Antonio SOUTO PAZ, ob. cit., pág. 31.

³⁷ José A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, “En torno al origen y significación del matrimonio civil” diario La Ley, Bs. As., 27 de agosto de 1984, pág. 1, N° I, columnas 1 y 3.

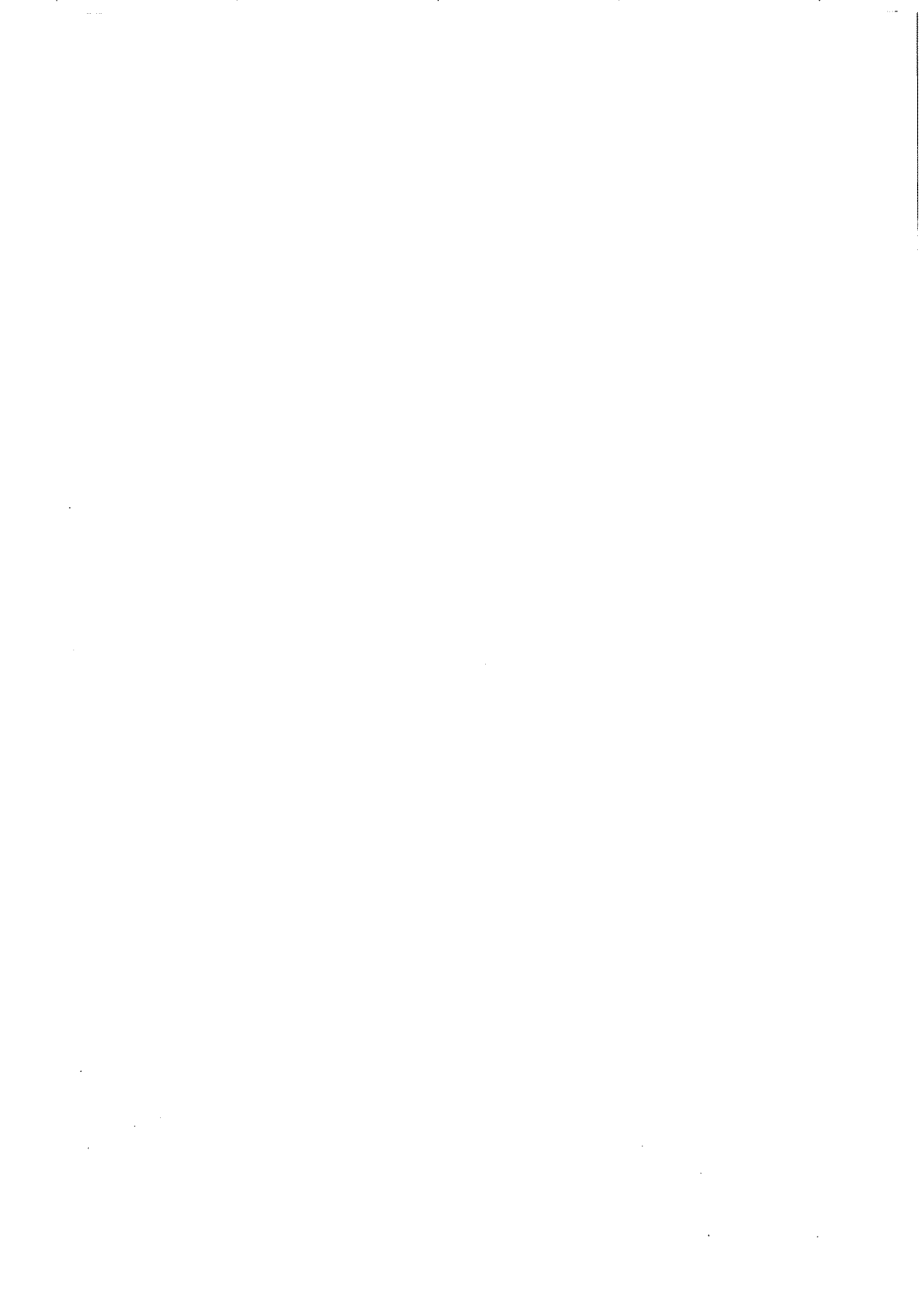
Así se justifica el reconocimiento y la protección jurídica a estos grupos ya que, al asumir cargas familiares, se transforman en calificados centros de solidaridad grupal y familiar, constituyendo los instrumentos más aptos para la promoción y el logro del bienestar general, que es una de las bases programáticas consignadas en infinidad de Declaraciones y Pactos Internacionales y en la mayoría de las Constituciones Estatales.

10. *La familia, en su pluralidad de paradigmas, es irremplazable por las organizaciones no gubernamentales o por las instituciones oficiales* porque es el único medio idóneo para aportar la contribución participativa o suministrar la requerida asistencia alimentaria, con la calidez y afectividad humana indispensable para evitar los riesgos que generan la soledad, el desamor, el abandono, la falta de formación, la miseria, la enfermedad, el pesar moral, las angustias económicas, la depresión, procurando que, al mejorar la situación de la persona, pueda asumir sus propios deberes respecto de sí mismo, de los familiares y de la sociedad. Todos los conjuntos familiares, en los diversos moldes jurídicos nacionales, coadyuvan a la prosperidad general, al desempeñar, en el ámbito doméstico, funciones equivalentes a las de una seguridad social.

Y en esta empresa solidaria, recordemos que *“todos somos socios de Dios en la sublime tarea de luchar por un mundo mejor”* ³⁸.

³⁸ Expresión de Tommy Baer, presidente de la entidad judía B'nai B'rith, al dirigirse a Juan Pablo II, en una audiencia que éste le concedió en el Vaticano.

**RECEPCIÓN DE NUEVOS
MIEMBROS CORRESPONDIENTES**



RECEPCIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN BUENOS AIRES, PROFESOR HORACIO GARCÍA BELSUNCE *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Héctor B. Villegas, el 22 de octubre de 1999.

Palabras del académico Dr. Héctor B. Villegas

Señor presidente doctor Luis Moisset de Espanés, señores académicos, señoras y señores:

Agradezco profundamente a esta Academia, me haya brindado el honor de presentar como uno de sus miembros, al profesor Horacio García Belsunce.

En apretadísima síntesis, de un currículum ya muy sintetizado que obra en secretaría, debo informar que contando la presente incorporación el profesor García Belsunce ha pasado a ser miembro de cinco academias nacionales, dos academias españolas y una uruguaya. Nuestro nuevo miembro, por tanto ocho veces académico, en conversaciones privadas, me ha expresado su especial predilección por la actividad académica.

Fue profesor titular de Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la U.B.A. por largos años, fue secretario de Estado de Hacienda de la Nación por un tiempo -él mismo dijo «fue felizmente breve»-, ha sido presidente de la Cámara Argentina de Comercio, miembro titular del Consejo Empresarial Argentino y el currículum se continúa con una serie interminable de funciones, cargos y distinciones que es imposible detallar aquí.

Sus palabras están en el libro *Homenaje a Dn. Dalmacio Velez Sársfield*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2000, T. III, pág. 561.

Pongo de relieve algunos aspectos que para mí resultan destacables.

Según habrán apreciado por alguno de los cargos que enuncié, García Belsunce es una personalidad polifacética. Ha sido funcionario gubernamental de alto rango, empresario exitoso, dirigente empresarial, científico, docente, conferencista inigualable y escritor brillante. Tiene escritos once libros y centenares de artículos en diarios y revistas especializadas del país y del exterior. A veces pienso que quien ha escrito tanto, quizás nos adeude a quienes nos sentimos sus discípulos, un tratado o curso completo que refleje sistemáticamente los conocimientos que año tras año vertió en sus clases magistrales de la facultad.

Pero esto, claro está, es una cuestión de opciones. García Belsunce, al igual que lo que sucede con Borges y Bioy Casares en otros campos de la literatura, que prefirieron los cuentos a las novelas, se inclinó por los artículos sobre temas concretos antes que por una obra integral que reflejase todos sus conocimientos. Si hay algo que me resultó sorprendente fue el hecho de que en una de sus esporádicas apariciones en el mundo de los libros Horacio escribiera una enjundiosa obra sobre el derecho tributario penal. Soy seguidor de sus trabajos y creo sabérmelos todos, pero nunca había advertido en Horacio inclinaciones penales. Para mí fue y sigue siendo todo un enigma que Horacio se decidiera por esta rama, produciendo una obra excelente en la cual actuó como el más avezado de los penalistas.

Para terminar hay dos virtudes más en el nuevo miembro que quiero destacar.

Horacio está dotado del don de la claridad, tanto para hablar como para escribir, lo cual ustedes advertirán enseguida que tome la palabra. Y como alguna vez dijo Ortega y Gasset, «*la claridad es una cortesía intelectual para el lector u oyente*».

La segunda virtud es que consciente Horacio de lo difícil que es archivar o guardar los artículos aislados, realizó cuatro recopilaciones de sus trabajos, los cuales pueden ser vistos en sus *Estudios financieros* de 1966, sus *Temas de derecho tributario* de 1982, sus *Garantías constitucionales* de 1984 y en 1998 sus *Enfoques sobre economía y derecho*, de ochocientas páginas. Solamente uniendo estas cuatro recopilaciones al resto de sus libros se puede tener una noción de la extensión y profundidad de su obra.

En el prólogo del último de sus libros mencionados el profesor García Belsunce dice haber seguido el ejemplo de Sebastián Soler cuando expresó que *«el hecho de dedicarse a una especialidad es considerado casi como un título legítimo para la ignorancia del resto del derecho»*.

Si alguien está exento de tal título es el profesor García Belsunce y basta examinar la variedad de sus estudios para advertirlo.

Nuevamente agradezco esta oportunidad de presentar a quien fue jurado de mis concursos para adjunto y titular de la Universidad Nacional de Córdoba y últimamente dictaminador para mi designación como profesor consulto. Tendría mucho más que decir pero esto es lo más que me permite el tiempo disponible para presentar a la eximia personalidad que será nuevo miembro de nuestra querida corporación.

Muchas gracias.

Prof. Dr. J. G. Belsunce

El Sr. Belsunce es un hombre de gran cultura y de gran capacidad de trabajo. Ha sido profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Córdoba, y ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Tucumán. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Rosario. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de La Plata. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Córdoba.

El Sr. Belsunce es un hombre de gran cultura y de gran capacidad de trabajo. Ha sido profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Córdoba, y ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Tucumán. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Rosario. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de La Plata. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Córdoba.

El Sr. Belsunce es un hombre de gran cultura y de gran capacidad de trabajo. Ha sido profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Córdoba, y ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Tucumán. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Rosario. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de La Plata. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ha sido también profesor de Derecho Civil y de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Córdoba.

**RECEPCIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE
EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ, DR. DOMINGO
GARCÍA BELAUNDE ***

La presentación estuvo a cargo del señor académico,
Dr. Ricardo Haro, el 25 de abril de 2000.

Palabras del académico Dr. Ricardo Haro

Nos conocimos con Domingo García Belaunde, en agosto de 1975 en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, fecha memorable para el constitucionalismo pues a partir de dicho Congreso, se inició una trascendental labor de integración tanto humana como científica entre los constitucionalistas latinoamericanos. La inmensa mayoría no nos conocíamos y habíamos vivido muchas veces en un cierto autismo nacional.

Pero las ansias se despertaron y fuimos conscientes de que necesitábamos conocernos personalmente, cara a cara, pues el futuro que ya se avizoraba en el continente, estaba signado por la integración y la intensificación de las relaciones entre los pueblos y los Estados. No podíamos ser tan miopes de no percibir esos signos de los tiempos. Y fue entonces cuando fundamos el Instituto Iberoamericano y, poco a poco, fueron surgiendo las respectivas asociaciones nacionales, pues estábamos persuadidos de que debíamos encolumnarnos desde la perspectiva institucional comunitaria, en los procesos de integración que con sus conocidas dificultades, necesariamente se irán consolidando, dado

*El discurso se lee en la sección Doctrina, pág. 39.

que aparecen como una de las formas más vigorosas para superar los efectos nocivos de la ya instalada globalización.

Después de tantos años de amistad humana y académica, me toca la honra y experimento el gozo de presentarlo ante esta alta corporación. Y como lo señalara en anterior oportunidad, esta ceremonia de incorporación de un nuevo académico, no puede constituir un rito de mero formulismo, sino que muy por el contrario, debe ser expresión plena de la calidez y cordialidad de esta Academia y de sus distinguidos miembros, quienes, en esta tarde, abren generosamente sus corazones al afecto y sus inteligencias a la ciencia, para poder compartir en las reflexiones que nos expondrá nuestro nuevo miembro correspondiente en la República del Perú, sobre el tema «De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional».

Será esta una magnífica oportunidad para poder apreciar la hondura de una joven, brillante y rica personalidad, que investiga y enseña el derecho constitucional, no desde las perspectivas meramente teóricas, propia de las investigaciones de gabinete, sino desde el enclave en la cotidiana y visceral problemática sociopolítica de la libertad, la justicia y del poder.

Como seguramente muchos de los estimados amigos presentes, no han tenido el privilegio de seguir de cerca la trayectoria académica del Dr. García Belaunde, vamos a tratar de bosquejar, en forma breve y reseñada, los perfiles más relevantes de su personalidad intelectual, a manera de una visión paisajista, cuya belleza y admiración, no nace tanto del detalle, como de la armonía del conjunto de su personalidad académica.

Bachiller en Humanidades, obtuvo su grado de doctor en Derecho en la Universidad de San Marcos, la más antigua de América Latina. Su formación es tan sólida como vasta, lo que le ha permitido ser profesor de Derecho Civil en dicha Universidad, en la que también fue profesor de Derecho Constitucional y, hasta nuestros días, se desempeña en la Universidad de Lima, en la titularidad de las cátedras de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho.

Profesor honorario de más de treinta instituciones y universidades, varias extranjeras, es miembro titular y fundador de numerosas asociaciones científicas, y entre las que merecen mencionarse, entre otras, la Sociedad Peruana de Filosofía, el Comité Peruano de la Academia Internacional de Derecho Comparado con sede en La Haya, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, siendo asimismo miembro fundador y presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Miembro correspondiente de nuestra apreciada Asociación Argentina, cabe señalar su pertenencia a diversas instituciones científicas de las repúblicas de Venezuela, Colombia, México, la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos de Roma, de la World Association of Law Professors, de Washington, y finalmente, debemos especialmente destacar, que es nuestro colega como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

Ha participado activamente en más de sesenta congresos, seminarios, etc., en Perú, Argentina, México, Colombia, San José de Costa Rica, República Dominicana, Uruguay, Chile, Brasil, Paraguay, España, Italia, Alemania y Estados Unidos.

Como es lógico suponer, ha dictado innumerables conferencias y cursos en su país y en el extranjero.

Pero en Domingo García Belaunde, no todo ha sido un «activismo» congresista, conferencista y asociativo. Muy por el contrario, y ya desde su formación filosófica, se vio estimulado a procrear esos hijos muy anhelados por todo intelectual, que son sus libros y trabajos científicos. Porque, queridos amigos, los congresos, las conferencias y hasta las asociaciones, pasan. Pero es indudable que lo que realmente queda del pensamiento de un intelectual, de un científico, de un profesor, son sus planteos, sus análisis y sus reflexiones; sus dudas y sus convicciones, expresadas en la permanencia de sus libros y publicaciones.

Así lo entendió, doy fe, el Dr. García Belaunde, quien ha publicado numerosos libros, algunos reeditados, entre los que baste señalar en primer lugar, dos obras ciclópeas coordinadas junto a los queridos amigos Francisco Fernández Segado de Santiago de Compostela y Rubén Hernández Valle de Costa Rica, intituladas *Los sistemas constitucionales iberoamericanos* y *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cuyo solos títulos, nos muestran la magnitud de dichas obras que ya se han tornado como clásicas en la bibliografía del derecho constitucional.

Asimismo, podemos mencionar entre tantos otros, los dos tomos de su *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, *El constitucionalismo peruano y sus problemas*, *El habeas corpus en el Perú*, *La justicia en los orígenes de la filosofía del derecho*, *Una democracia en transición*, *La Constitución traicionada*, *Constitución y política*, *La Constitución peruana de 1993*, *Derecho procesal constitucional* etcétera.

Coronando esta magnífica obra como publicista, debemos señalar que la pluma siempre activa de nuestro incorporando, ha publicado más de ciento setenta prólogos, notas y artículos, en libros y revistas nacionales y extranjeras.

Basta leer sus obras y haber tenido largos coloquios personales; para descubrir que todo su profundo y vasto pensamiento constitucional ha sido examinado no sólo en una óptica apoyada en la versión normativa, sino también conjunta y fundamentalmente, en la versión sociopolítica.

A García Belaunde, así como a Jiménez de Parga, nuestro académico correspondiente en España, lo que le interesa primordialmente es estudiar y enseñar «la verdad del régimen político», tal como se da en la existencialidad diaria de su ideología y creencias políticas, de los comportamientos institucionales del «poder oficial» y de los «poderes no oficiales», en la expresión de Georges Burdeau.

Yo sé que en este sentido y sin haber tenido el placer de conocerle, como sé que era su anhelo, en García Belaunde influyó notablemente el pensamiento de quien fuera nuestro querido maestro y miembro de esta Academia, el Prof. César Enrique Romero, forjador de lo que dio en llamar, el realismo jurídico como método para estudiar el derecho constitucional desde la perspectiva integral y sociopolítica, porque para él, era el *«derecho de la Constitución y el derecho de las instituciones políticas que están fuera de la Constitución»*.

García Belaunde es un hombre de una calidez realmente atrayente, de una simpatía y cordialidad convocantes, y de una vivacidad y una elegancia en la expresión de sus ideas. Por otra parte, si a estas y tantas otras calidades humanas, le asociamos una prematura y marcada inclinación hacia la investigación científica y la docencia universitaria, no puede llamarnos la atención la circunstancia de haberse constituido en el constitucionalista peruano más destacado de los últimos tiempos. Y así se le reconoce en América y en Europa.

Quienes hemos tenido la dicha de estar vinculados al constitucionalismo de nuestro hermano país, bien sabemos que nuestro estimado amigo es un maestro en el más auténtico y superlativo sentido de la palabra, que junto a la formación de generaciones de abogados, ha reunido a su alrededor, un numeroso y permanente grupo de discípulos que desde hace tiempo, van incorporándose a las cátedras de derecho constitucional de las universidades públicas y privadas del Perú.

Dr. Domingo García Belaunde: Usted va a recibir a continuación y de manos del señor vicepresidente, la imposición de la medalla y el diploma que lo acredita como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en nuestra muy querida República hermana del Perú.

Tenga la más plena seguridad de que esta Academia lo recibe alborozado, porque es consciente de que con su incorporación, ha ganado un distinguido jurista y un cordial amigo. Sepa que a partir de hoy, esta es vuestra casa y estos, vuestros amigos académicos. ¡Bienvenido sea!, ¡lo estábamos esperando!

**RECEPCIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE
EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ, DR. CARLOS
CÁRDENAS QUIRÓS ***

La presentación estuvo a cargo del señor presidente,
Dr. Luis Moisset de Espanés, el 29 de agosto de 2000.

Palabras del presidente Dr. Luis Moisset de Espanés

Señores académicos, señoras, señores:

Nos hemos reunido hoy para recibir a un nuevo compañero como académico correspondiente: el profesor peruano Carlos Cárdenas Quirós.

Ustedes saben que normalmente suelo dejar en manos de algún otro académico las palabras de recepción y aquí están presentes, entre otros que firmaron la nota de presentación, los Dres. Horacio Roitman y Ramón Daniel Pizarro, que tengo la seguridad hubiesen deseado ser ellos quienes saludaran a Cárdenas en nombre de la corporación, pero -usando el privilegio que me concede el ejercicio de la presidencia- he asumido esa grata tarea, y como he dejado sobre mi escritorio las líneas que había bosquejado, demoraré el comienzo del acto para buscarlas y poder leerlas, si fuese necesario.

Les confieso que ayer he modificado totalmente mis palabras de recepción, en razón de algunas reflexiones que escuché a Cárdenas en un curso que se dictaba en los salones del Colegio de Escribanos, organizado por las Universidades Notarial y Católica, y auspiciado por nuestra Academia.

*El discurso se lee en la sección Doctrina, pág. 99.

Nuestro nuevo correspondiente, a pesar de su juventud es un veterano en las lides de legislar; hace ya dos décadas, con motivo de los pasos finales que condujeron a la sanción del Código Civil peruano de 1984, le tocó participar en la Comisión que dio forma final al proyecto, que luego se transformó en ley. Conservo como un tesoro un pequeño ejemplar de ese Código que me obsequiaron, editado por el Banco de Crédito del Perú, en el que figuran todos los antecedentes de la labor cumplida, desde el decreto que crea la Comisión, suscripto en marzo de 1965 por el presidente Belaúnde Terry y su ministro de Justicia que era entonces Carlos Fernández Sessarego, que también es miembro correspondiente de nuestra Academia, hasta el decreto de aprobación en julio de 1984, que suscribía también Belaúnde Terry en ejercicio de una nueva presidencia, y lo refrendaba como ministro de Justicia Max Arias Schreiber, otro de nuestros correspondientes en Perú. Y digo que conservo ese ejemplar como un tesoro porque he logrado que me lo autografien además de los dos juristas que ya mencioné, que integraron la comisión y se desempeñaron como ministros de Justicia, otros destacados miembros de la Comisión, como Felipe Osterling Parodi, Jorge Avendaño Valdez, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando Vidal Ramírez y, finalmente, nuestro huésped de hoy, que integraba la nómina de asesores.

Decía que es un veterano en estas tareas porque después de sancionado y puesto en vigencia en 1984 el nuevo Código, los juristas peruanos advirtieron que era necesario efectuar una serie de retoques, por las inadecuaciones que existían entre el texto aprobado y la realidad social. El Congreso peruano comprendió esa necesidad y designó una Comisión que está trabajando arduamente desde hace varios años, y uno de los integrantes de esa Comisión es Carlos Cárdenas que, de esta manera, lleva casi dos décadas preocupado por la tarea de mantener al día el derecho privado de su patria, para que esas leyes atiendan adecuadamente las necesidades sociales del país.

La reflexión de Carlos Cárdenas se vinculaba con el método de trabajo a seguir en esta tarea de renovación legislativa. En efecto, luego de puesto en vigencia el Código peruano de 1984, que reemplazó totalmente al de 1936, se advirtieron una serie de lagunas y defectos y en la Comisión designada por el Congreso se planteó el dilema: ¿era menester renovar totalmente el Código, como sugirieron algunos,

o sólo debían retocarse aquellos puntos en que resultaba necesario efectuar correcciones o llenar lagunas?

Carlos Cárdenas, con prudencia y acierto, destacaba ayer que cuando un cuerpo legal funciona bien, en términos generales, su reemplazo total puede ser más dañoso que beneficioso, porque es muy difícil crear prontamente doctrina y jurisprudencia que interpreten adecuadamente los nuevos textos, y vinculaba esa apreciación con lo que puede suceder en nuestro país, donde una jurisprudencia creadora ha logrado durante más de un siglo la paulatina renovación de las normas vigentes para mantener al día el Código de manera tal que atendiese adecuadamente los cambios producidos en la realidad social.

Me ha parecido indispensable destacar hoy esa reflexión que efectuaba ayer Carlos Cárdenas, y recordar que una de las facetas más destacadas de su personalidad es la de «legislador», aun sin ser miembro del Congreso, pero ocupado del quehacer legislativo desde su puesto de integrante de las comisiones técnicas asesoras.

Cárdenas tiene otra faceta muy importante: la de investigador. Hace un par de años, en un curso sobre investigación y enseñanza en el campo del derecho, recordaba el pensamiento de un austríaco que afirmaba que la investigación tiene, como uno de sus pilares fundamentales, el error. A mi entender, en este punto coinciden las tareas del investigador y del legislador: el legislador tiende a corregir errores o suplir deficiencias en el plexo normativo; el investigador, estimulado por la presencia de errores, falencias o deficiencias, emprende su camino de búsqueda de la verdad. El error es, pues, uno de los estímulos más importantes para el investigador.

Tengo aquí en mis manos una obra de Carlos Cárdenas: *Estudios de derecho privado*; reúne en ella varias de sus investigaciones, en las que trata temas muy diversos, que van desde problemas de derecho de familia, pasando por aspectos del derecho patrimonial, tanto en el ámbito contractual y obligacional, como en el de los derechos reales. Vemos así estudios sobre el derecho de superficie, y el contrato de leasing; pero entre todos los temas recopilados en ese libro uno de los que más me agrada recordar se vincula con «La mora y las obligaciones de no hacer».

¿Por qué lo traigo a colación en esta oportunidad? Porque en las primeras palabras de ese trabajo Carlos destaca el estímulo que lo impul-

só a investigar el tema y nos dice que ante la *«evidente disparidad de criterios, tanto en el plano doctrinario como en el legislativo, se hace necesario formular algunas precisiones con el objeto de desterrar conceptos equivocados acerca de la cuestión planteada, que se traducen en un incorrecto tratamiento de la materia en el orden legislativo»* (*Estudios de derecho privado*, p. 282). Cárdenas, con esa frase, pone de relieve que el error, la equivocación, es el estímulo principal del investigador y del legislador.

En ese trabajo no sólo habla de conceptos equivocados, sino que fija un rumbo de investigación pues se ocupa, como debemos hacerlo todos los juristas, no sólo del «aquí» y el «ahora» de nuestro país y de nuestro tiempo, sino que procura indagar al mismo tiempo los otros «aquí», que se dan en este «ahora», es decir ese campo múltiple y complejo que nos brinda la legislación comparada. Encuentra entonces un abanico de soluciones y cotejándolas, llega a la conclusión de que ninguna le convence ya en que todas encuentra algún error. Para profundizar adopta la actitud que aconsejaba Toynbee al estudioso de la historia, recordar que no debe contemplar el objeto de estudio sólo desde su «aquí y ahora», porque tendría una visión incompleta del problema, sino que debe girar alrededor de él para contemplarlo en todas sus facetas, es decir ver los otros «aquí» y también desplazarse en el tiempo para contemplar los otros «ahora», que se encuentran en el «pasado», de importancia fundamental para el historiador.

Pues bien, en su trabajo Carlos Cárdenas da un paso más -que el historiador generalmente no da, pero que es indispensable para el hombre de derecho- y es el de la prospectiva, pues la solución que forje debe ser útil para nuestro «aquí» y «ahora» presente, pero debe tener en cuenta también el devenir, el futuro, para que las normas proyectadas puedan solucionar los problemas que se planteen mañana. Es cierto que toda ley tiende a solucionar problemas que se dan en el presente, pero con miras a un «ahora» futuro.

Esa visualización global la encontramos en el estudio que he tomado como ejemplo y es la actitud permanente de Carlos Cárdenas en sus investigaciones; esa conducta lo ha hecho destacarse netamente dentro de la civilística peruana, pese a su juventud, porque los veinte años de veteranía en estas actividades no le quitan juventud.

Recuerdo que Carlos se recibió en la Universidad Católica de Lima, pero luego ha profesado en las principales Universidades de esa ciudad: San Marcos, la Universidad de Lima y en San Martín de Porres, además de la propia Universidad Católica, como también en la Academia de la Magistratura. Además ha proyectado su actividad hacia el resto del país, actuando como profesor visitante en las universidades de San Cristóbal de Huamanga, y como profesor honorario en las universidades Católica Santa María, y Nacional de San Agustín, de Arequipa, Tacna; sus lecciones son el fruto de una inquietud propia de un investigador y de un docente: no reducirse a adquirir conocimientos para atesorarlos, sino para proyectarlos y compartirlos.

Fuera de su país ha profesado en universidades chilenas, en Valparaíso; en la del Externado de Colombia, en San Pablo (CEU) y la Autónoma de Madrid; y en nuestra provincia en las universidades Nacional y Católica, es decir que ha proyectado su figura y enseñanzas fuera de las fronteras de su patria, estableciendo contactos importantes con otros estudiosos del derecho, inspirado siempre por el permanente afán de búsqueda de lo justo y de lo bueno.

Desde la Universidad de Lima ha propiciado numerosos encuentros de estudio, que han reunido a civilistas y procesalistas de América latina y de Europa, para analizar las normas vigentes y la evolución social y legislativa. Varios de nosotros hemos tenido oportunidad de encontrarlo en Lima, como organizador de esos eventos científicos.

Como Carlos no ha reducido su visión a un estrecho panorama, ni a una rama del derecho, hoy nos va a hablar de un tema de derecho registral.

Para no extenderme más y cerrar, pues, estas palabras de recepción, destacaré que Cárdenas se ha preocupado no sólo por el análisis dogmático de las normas, sino también por su aplicación práctica, como sucede en el terreno del derecho registral, herramienta técnica forjada para el logro de una mayor seguridad jurídica.

Lo vemos primero desempeñarse entre los años 90 a 94 como vicepresidente del Registro Predial de Lima; la tarea comenzada en ese período culmina luego con una propuesta de trabajo que va a cambiar totalmente la fisonomía del derecho registral peruano: la creación de la Superintendencia Nacional de los Registros públicos.

Hasta ese momento los registros peruanos eran tan conflictivos como nuestro registro inmobiliario. Carlos Cárdenas, como primer superinten-

dente, proyecta una normativa que unida a la reorganización administrativa, va a renovar totalmente la institución registral en Perú.

Sabedor que una obra de semejante magnitud no la puede cumplir un hombre solo, se preocupa por formar un equipo de jóvenes (tenemos aquí presente a uno de ellos, Alvaro Delgado Scheelje), y los lleva a estudiar a España, en el Colegio de Registradores, para perfeccionarlos en la temática registral y que sean ellos los artífices de la renovación que se proyecta.

En un período de cuatro años, entre 1994 y 1998, Cárdenas desde la Superintendencia realiza una labor ciclópea y logra la renovación total de los registros del Perú. Alguna vez he contado a los señores académicos el asombro mayúsculo que me produjo visitar el Registro de Lima-Callao, que antes tenía más conflictos y problemas que el de provincia de Buenos Aires, y verlo convertido en un registro modelo por la atención, la celeridad y la seguridad obtenidos. Ese resultado fue la obra realizada en un período de cuatro años en la que un jurista demostró su habilidad como registrador, para dotar al país de nuevas herramientas técnicas que resultaban indispensables para el progreso de la institución.

¿Qué más puedo decirles de Carlos Cárdenas? Que es buen amigo y eso quizá es lo más importante.

Concluyo, emocionado, con un recuerdo inolvidable.

Yo lo he visto retornar a la casa solariega que hacía un cuarto de siglo que no visitaba. En Huanta, en la zona de Ayacucho que, como todos saben, estuvo mucho tiempo aislada por la acción de Sendero Luminoso, han vivido los antepasados de Cárdenas. El primer alcalde de Ayacucho, que entonces se llamaba Huamanga, fue uno de ellos.

Recuerdo que llegamos a Ayacucho con motivo del primer centenario de la creación y funcionamiento de su Oficina Registral, y nos lanzamos a la aventura de visitar Huanta, que se encuentra a 40 kilómetros de distancia. Salimos solos, diríamos que casi fuimos «perseguidos» por el Ejército, que deseaba brindarnos escolta, porque en ese momento todavía se temía el accionar de algún grupo minúsculo, denominado Sendero Rojo; el coche de custodia nos alcanzó cuando ya habíamos recorrido las dos terceras partes del camino.

Llegamos a Huanta; quedé en la plaza central, acompañado de otro abogado, también registralista, tomando unas fotografías, mien-

tras Carlos se perdió por las callejuelas, sin decirnos palabra. Deseaba ver la casa de su abuela, que estaba ahora en manos extrañas y que no había visitado desde hacía veinticinco años. Cuando reapareció traía sus ojos nublados de nostalgia y apenas musitó en voz baja: «Todo está igual».

No pude resistir la tentación de recitarle unos versos de Olegario Andrade, que reflejaban de manera muy fiel el estado de ánimo que sus ojos traslucían:

*«Todo está como era entonces:
la casa, la calle, el río,
los árboles con sus hojas,
y las ramas con sus nidos.
Todo está: nada ha cambiado».*

Nada más.

RECEPCIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE DE SANTIAGO DEL ESTERO, DR. FRANCISCO CERRO *

La presentación estuvo a cargo del señor académico,
Dr. Pedro J. Frías, el 19 de setiembre de 2000.

Palabras del académico Dr. Pedro J. Frías

No puedo ocultar la honra y el gozo de este momento en que debo recibir como miembro correspondiente de nuestra Academia, al profesor Francisco Eduardo Cerro. Los que estuvieron en la presentación de su libro *Introducción a la ciencia política* conocen ya mi simpatía personal por tan destacado docente y político.

Es cierto que en las presentaciones yo no suelo ser prolijo en el comentario de la hoja de vida. Esta vez lo seré por tratarse de un colega que no ha actuado entre nosotros.

Profesor titular en las cátedras de Derecho Político (1956-1997) y Derecho Constitucional y Federal (1960-1978) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Actualmente, profesor emérito de Ciencia Política y Derecho Constitucional en las universidades Católica y Nacional de Santiago del Estero.

Profesor honorario de la Universidad Argentina John F. Kennedy desde 1970. Decano de la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas (1965), cofundador (1960) y rector (1969-1973) de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Cofundador del Partido Demócrata Cristiano y presidente nacional de dicho partido por más de una década. Vicepresidente de la Organiza-

* El discurso se lee en sección Doctrina, pág. 79.

ción Demócrata Cristiana de América (1977-1985). Senador de la Nación (mandato cumplido). Tres veces convencional constituyente en su provincia. Copresidente de la Multipartidaria (1982), candidato a vicepresidente (1963) y a presidente de la Nación (1983) por el Partido Demócrata Cristiano.

Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación de Ciencia Política y del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

Su *Introducción a la ciencia política*, editada por la Universidad Católica de Santiago del Estero, es un ejemplo de la interacción de la reflexión personal, las buenas lecturas, la originalidad y la agudeza de su pensamiento y la vocación docente que va mucho más allá de sus alumnos.

Si el curriculum ya nos ha dicho bastante sobre sus méritos, quiero alejarme de toda formalidad para hablar del amigo a través de la experiencia personal de una amistad antigua. Me resulta estimulante en primer término identificarlo con el costado noble del santiagueño, donde la tierra adentro se lleva en la piel, donde alguna dureza de vida se traduce en cordialidad, donde la vertiente cristiana aflora como el manantial acogedor y servicial. Porque en Santiago del Estero conviven dos tradiciones, y una que tiene su personalidad emblemática en el Brigadier Ibarra, es la que dispersó a varias familias entre Sucre, Tucumán y Córdoba, para después resguardarse en dolorosos exilios

Panchín tiene un talento expansivo, que armoniza la concentración del estudio y la comunicación de la docencia. Profesor en la Universidad de Tucumán y otras, fue querido por muchas generaciones de alumnos, a quienes enseñó ciencia política. Y porque la política en su nobleza verdadera es el servicio de la comunidad, su instinto de bien común lo llevó a la militancia política. Buenos tiempos aquellos en que un partido conciliaba el prestigio de los que habían hecho resurgir Europa de los demonios totalitarios y quería traducir en la gestión pública, con templanza cívica, la doctrina social cristiana.

Esta globalización de la solidaridad estaba en la médula de las aspiraciones del profesor Cerro. Casi diré que era profesor para entender mejor lo que escondía su corazón.

Recuerdo con alegría tantos diálogos con Panchín. Su humor hacía sonreír a todos. Me parece que no era irónico sino simplemente alegre con la inocente picardía que nos saca de la vida cotidiana para volver a ella con más desenvoltura y optimismo.

Imagino a Panchín senador de la Nación, asumiendo con toda responsabilidad su elevada jerarquía, sin ninguna frivolidad, con un optimismo sin ilusiones, pero con el respaldo de su experiencia y de su inteligencia ordenada pero innovadora.

No necesito decir más para caracterizarlo, porque transparenta fácilmente su personalidad ágil, cortés y útil para su provincia y para el interior del país, útil para sus amigos a los que nunca ha defraudado, útil a los excluidos y a los pobres porque conoce la misericordia. Por eso espero que sea indulgente con estas palabras mías, que están lejos de sus méritos.

RECEPCIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN ESPAÑA, DR. JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ

La presentación estuvo a cargo del señor presidente, Dr. Luis Moisset de Espanés, el 10 de octubre de 2000.

Palabras del presidente Dr. Luis Moisset de Espanés

Señores académicos, señores, señoras:

Estamos reunidos hoy para recibir a nuestro académico correspondiente en España, Don José Luis Merino Hernández que es Presidente de la Academia de Aragón. Deseo destacar el significado que este que, a mi entender, presenta un acto de este tipo de actos, porque hace dos años, cuando por primer vez se reunió en América un Congreso de Academias de Iberoamérica, nuestra Institución, en su carácter de anfitriona y como un gesto de cortesía que emulaba una actitud semejante que se adoptó en Granada y Madrid en oportunidad de los anteriores Congresos, incorporó como miembros correspondientes a todos los representantes de las Academias que participaban en el Congreso; pero, en conversaciones posteriores con cada uno de ellos les expresé que deseaba que esa correspondencia no se redujese al contacto tomado con Córdoba en oportunidad del Congreso Internacional, sino que se hiciese efectivas de manera tal que hubiese un nexo de unión entre quienes se incorporaban como académicos correspondientes y nuestra institución.

José Luis es un ejemplo de que ese nexo de unión se ha concretado. Cuando la Academia Nacional de Derecho de Córdoba encaró el homenaje a Don Dalmacio Vélez, uno de los colaboradores al Libro Homenaje, con un importante trabajo sobre la evolución del Derecho de Familia, ha sido José Luis Merino Hernández.

Hoy llega hasta aquí, realizando un esfuerzo que debemos valorar, porque todos sabemos que la distancia entre Europa y América no es fácil de superar, para, con su presencia efectiva, brindarnos la oportunidad de realizar un acto académico de recepción del miembro correspondiente, en el que nos expondrá un tema vinculado con el Derecho de Familia: "La evolución del concepto de Familia".

Pero para quitarle un poco la solemnidad a esta presentación de José Luis Merino Hernández, les diré que si yo bien le conocí hace pocos años, he tenido el privilegio de gozar de su afectuosa y cálida recepción en la ciudad de Zaragoza en las oportunidades en que he visitado esa ciudad.

Cuando expuse un tema en la Academia Aragonesa que es la más joven de las Academias españolas de Jurisprudencia, el amigo José Luis se salió de guión, diría yo, he hizo referencia muy cordial a algunos escauceos míos cuasi literarios, en los que empleo el seudónimo de Crítico. Pues bien, yo sé que él es no sólo un jurista sino un hombre completo y también ha tenido escauceos literarios; en su caso ha escrito obras de teatro, una ya estrenada y dos que no han subido a cartelera, aunque esperamos verlas en algún momento próximo en las tablas.

No son ésas las únicas habilidades de José Luis Merino Hernández; recuerdo que después de una de esas reuniones en Zaragoza, él -que en esos días estaba sólo en su casa- me dijo: vamos a cenar. Y agregó: ¿te animas a venir a casa? Prepararé algo muy sencillo. Entonces allí le ví cascar los huevos, mondar las patatas -aquí diría, pelar las papas- y preparar una tortilla de papas que era de chuparse los dedos; se trata de una habilidad extrajurídica, pero que la maneja muy bien en la intimidad de su casa. Luego mientras conversábamos tranquilos, pude pasear mi vista por su biblioteca, con las obras de aquellos juristas españoles que fueron sus maestros y compañeros, porque José Luis como todo jurista tuvo maestros.

Uno de ellos lo fue desde la distancia, porque el magisterio no se ejerce sólo con el contacto en la cátedra sino muchas veces con el libro y el ejemplo; recordaba él a José Castán Tobeñas, maestro de maestros españoles; la obra de Castán sirvió para formar a varias generaciones en España, e incluso fuera de ella.

Esa noche me decía José Luis: "yo me he dado cuenta, con el tiempo, que he sido un discípulo de José Castán ese gran jurista aragonés".

Además, con el correr de los años, José Luis ha profesado en la Universidad, junto a otro maestro como Lacruz Berdejo, hasta que las

exigencias de la vida profesional lo han alejado de la docencia universitaria, para dedicarse intensamente al notariado y también en una época a la política, porque no ha sido ajeno a las preocupaciones que impulsan a todo hombre de bien a procurar la mejora de las instituciones de su patria; durante mucho tiempo en la Democracia Cristiana, en la Unión de Centro Democrático, ha ocupado cargos de relevancia sobre todo en su región de Aragón, hasta que también ha dejado la política, para dedicarse al notariado y al libro.

Es autor de aproximadamente una decena de libros, desde su tesis doctoral sobre el contrato de permuta hasta obras sobre el Derecho Aragonés que ha cultivado en razón de su vecindad aragonesa.

Ha impulsado la creación de la Academia Aragonesa que, como ya he dicho, es la más joven de las Academias españolas, y hoy puede decir con orgullo que, a pesar de ser la de más reciente creación, es una de las más activas. Dentro de la gama de Academias que adornan toda la geografía española, no todas tiene la intensidad, la vocación de trabajo, que ostenta la Academia Aragonesa, y en ese aspecto nosotros también hemos procurado acompañarla, porque la Academia de Aragón viene instituyendo todos los años distinciones, en concursos monográficos y otorga los Premios Castán Tobeñas y Gascón Marín, para las secciones de Derecho Privado y Derecho Público. Son distinciones que no están cerradas localmente a estudiantes o juristas de Aragón, sino que se han ido abriendo y esos premios convocan a todos los estudiantes y abogados que hayan recibido su título o estén cursando en Universidades de habla hispana.

Esa convocatoria de la Academia de Aragón, en las últimas ediciones, ha contado con presentaciones de argentinos, y no sólo de argentinos sino de juristas de otros países de América. Hay en la Academia de Aragón, que preside José Luis Merino, la clara decisión de estrechar lazos entre todas las entidades académicas de nuestro mundo Iberoamericano, actitud que es, sin duda, fruto del impulso de su presidencia, la primera y única que ha tenido hasta este momento esa joven Academia, que demuestra gran receptividad y dinamismo.

Recuerdo la última oportunidad que estuve en Aragón, donde recibió generosamente a los miembros del Secretariado de Academias de Derecho, como etapa preparatoria para la futura reunión de Academias, que se va a realizar en Valencia el próximo mes de diciembre. Recuerdo que

los abrumé con algunas evocaciones mías de la Seo de Zaragoza , su Catedral Gótica, que había estado cerrada por refacciones durante casi un cuarto de siglo. Yo la había visitado antes que la cerraran, y volví a verla al regresar a Zaragoza hace un par de años. En mi mente quedaba una imagen borrosa, casi perdida, de mi primera visita: una espada colgada de una columna, que ya no estaba allí; insistentemente preguntaba por ella, y el de su presencia, vinculado -según yo creía- con un asesinato cometido en el recinto catedralicio, y ninguno de mi interlocutores recordaba haberla visto, porque como la Catedral había estado cerrada tanto tiempo ninguno de mis amigos aragonesas tenía conocimiento de la existencia de esa espada, a punto tal que llegué a dudar y pensar si estaría equivocado, o habría soñado con esa imagen.

José Luis me ha dicho anoche que la espada existió, y se encuentra en depósitos de la Catedral, y cito el hecho porque demuestra que los miembros de la Academia Aragonesa se interesaron por esa tontería mía del recuerdo de la espada, y se ocuparon de averiguar de su existencia, porque son hombres que cultivan el afecto con quien llega, que le escuchan hasta en esas sus preocupaciones por pequeñeces, y que se esfuerzan por develar su curiosidad y traerle noticias sobre aquellas inquietudes, a pesar de que pudieran parecer, porque comprenden que esos pequeños detalles forman parte del interés que siente el viajero, cuando llega a una ciudad, y desea conocer sus encantos y secretos.

Allí está la espada me ha dicho, en la caja fuerte del tesoro del Arzobispado Aragonés; esa espada recuerda la muerte de San Pedro de Arbués, una noche de mil cuatrocientos ochenta y cinco, en época de los Reyes Católicos cuando el Inquisidor Mayor de Aragón fue asesinado por judíos conversos, o cripto judíos. Ese recuerdo de mi primer viaje a Aragón, casi perdido en el fondo de mi memoria, me lo ha refrescado anoche, lo que demuestra su preocupación por atender a la curiosidad de un amigo, y también por todos los aspectos de la vida, no solamente los jurídicos.

No me voy a extender en la lectura de las conferencias que ha dictado, de los libros y artículos que ha escrito; tenemos aquí su currículum, que es muy amplio y variado, porque la actividad de José Luis como notario lo vincula con múltiples problemas. Por ejemplo, dentro del campo del derecho patrimonial, encontramos trabajos suyos que van desde temas de contratos a trabajos de derechos reales, y otros vinculados con el derecho de

familia, pero sus inquietudes, han pasado también por aspectos de derecho público y de Derecho internacional.

Este es el académico correspondiente que nosotros designamos hace un par de años, cuando tuvo la gentileza de participar activamente en aquel Congreso de Academias, y que ahora tiene la deferencia de haber colaborado en el Libro Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sársfield y de acercarse para realizar discurso de recepción en el seno de nuestra casa.

Nada más.

**RECEPCIÓN DEL MIEMBRO
CORRESPONDIENTE EN LA REPÚBLICA DE
HONDURAS, DR. SERGIO ZAVALA LEIVA ***

La presentación estuvo a cargo del señor académico
Dr. Efraín Hugo Richard, el 17 de octubre de 2000.

Palabras del académico Dr. Efraín Hugo Richard

Señor académico presidente, señores académicos, señoras y señores:

Hoy se incorpora formalmente como Académico correspondiente Sergio Zavala Leiva, quien fuera el primero designado de Centroamérica en sesión de esta Academia del 6 de octubre de 1998, junto con el costarricense Ricardo Zeledón Zeledón.

Ostenta una íntegra formación académica, primero como licenciado en derecho y luego como abogado de los Tribunales de la República de Honduras, notario público y doctor en derecho, grado este último alcanzando en actividades y estudios realizados en Honduras y en la Universidad de Buenos Aires. Formación a la que nuestro nuevo miembro autointegró con asistencia a numerosos congresos, cursos, seminarios y conferencias.

He tenido el gusto de compartir dos de ellos con él: el Congreso Iberoamericano de Academias realizado en Córdoba en 1998 y el reciente II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, realizado en La Cumbre, ambos bajo la responsabilidad académica de nuestra Academia, ello y su reputación como comercialista llevó a esta Academia confiarme su introducción, lo que representa un honor para mí.

* El discurso se lee en sección Doctrina, pág. 211.

Su reconocimiento, además de su formación, deviene de su actividad como catedrático en las materias de Derecho Notarial I y II, y de Derecho Mercantil III en la Universidad de Santiago Pedro Sula, en la que ha dejado el grado para asumir el postgrado en la misma Universidad en Administración de Empresas.

Como dije, nuestro correspondiente parecería identificarse en la especialidad del derecho privado patrimonial negocial, específicamente en lo que tradicionalmente se denomina derecho mercantil, no sólo por el tema de su presentación «La teoría general de los títulos valores en la legislación mercantil de Honduras», sino por su libro «El control externo en el régimen de las sociedades por acciones», y su *Manual de derecho mercantil*, en prensa; e importantes artículos tales como «Los actos de comercio. Razones históricas y tendencias actuales en la legislación comparada», «De los contratos atípicos. Su naturaleza jurídica y evolución», «Aspectos generales de la concurrencia en materia comercial», «Comentarios a la teoría de Mengoni sobre el conflicto de intereses en las deliberaciones de asambleas en las sociedades anónimas»: este último luciendo al t. IV, pág. 149, en el Homenaje a Vélez Sársfield editado por esta Academia-, entre otros.

Pero su formación y actividad trasciende esos límites y califica su personalidad, caracterizándolo como un académico interdisciplinario.

Esa visión integral se vuelca hoy como columnista en la página editorial del diario La Prensa, el de mayor circulación de Honduras.

A esa labor académica y social, une una actividad deontica profesional intensa, habiendo actuado como delegado del Colegio de Abogados de Honduras en distintos cónclaves internacionales, tanto de abogados como de notarios

La doble faceta de su especialidad: la abogacía y el notariado se ha remarcado al formar parte de las comisiones de Derecho Notarial y Procesal del Colegio de Abogados de Honduras, presidiendo uno de sus capítulos regionales.

Esa particular formación en el derecho privado patrimonial negocial, se integra también con su preocupación en aspectos jurídicos-económicos, en lo que representa el derecho vivo, como ex coordinador de la Comisión Jurídica de la Cámara de Comercio e Industrias de Cortes y ex asesor de la Comisión para el Desarrollo Integral del Valle de Sula,

de cuya ley constitutiva fue redactor. Por su sensibilidad social evidenciada en su aplicación al desarrollo regional ha recibido numerosos reconocimientos públicos.

Su visión integral del derecho se remarca en cuanto se advierta que fue jefe de la delegación de Honduras que suscribió bajo los auspicios de la Asociación Mundial de Propiedad Intelectual la Convención Mundial sobre Derechos de Autor y Conexos, celebrada en París. En ese mismo orden, y acreditando su formación jurídica y ética, fue jefe de la delegación de su país que suscribió la Convención Mundial para la prohibición de Armas Químicas celebrada en Roma bajo el patrocinio de la ONU.

Esas cualidades ya nos habían llevado a integrarlo, con la conformidad unánime de los señores miembros de la Academia, a su Instituto de la Empresa.

Sus calidades personales y profesionales fueron reconocidas internacionalmente en ocasión de sus desempeños como embajador extraordinario y plenipotenciario de su país en Francia, estrechando lazos con nuestro país a través del Dr. Italo Luder, jefe de la misión diplomática argentina; y en igual carácter ante Portugal y la Confederación de Estados Suizos, y como delegado permanente ante las Naciones Unidas para la Educación, las Ciencias y la Cultura, UNESCO, con asiento en París, también con rango de embajador.

Esta formación lo calificó para ser uno de los fundadores de la Academia Nacional de Derecho de Honduras, y el reconocimiento en su seno al ser designado secretario general.

Obviamente que esa destacada labor se trasunta también en lo profesional, conforme su formación integral, desempeñándose desde 1968 como director general del Gabinete de Estudios Jurídicos, que constituye una asociación privada de consultoría legal y de notaría; así como jefe del Departamento legal del Grupo Financiero del País y de la Junta Directiva del Banco del País S.A., el tercer banco de Honduras.

Su faceta interdisciplinaria germina en artículos tales como «Los delitos que comprometen la paz y seguridad de los Estados» y «La prescripción en materia laboral», entre otros.

Una fructífera actividad, cuyo desarrollo sin duda posibilitó la serenidad de su esposa Elba Marina Peñalba, que como en aquellos congresos hoy lo acompaña y a quien también saludamos con este reconocimiento.

Zavala Leiva, de profundos conocimientos, como se habrá advertido en esta ligera síntesis, es sin embargo un hombre sencillo y de perfil bajo, pero que vuela muy alto, lo que hace también muy bien como piloto con licencia comercial y de vuelos complejos, como los nocturnos y de multimotores.

La realidad económico social de Latinoamérica necesita de personalidades como la suya, que sepan ser pilotos de tormenta, preocupados por la nave y los pasajeros, donde el conductor entregue toda su capacidad y sus esfuerzos sin interés económico, por la responsabilidad de llegar y servir.

Bienvenido a la Academia, profesor Dr. Sergio Zavala Leiva.

RECEPCIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE EN SAN FRANCISCO (PCIA. DE CÓRDOBA), DR. OSCAR HUGO VÉNICA *

La presentación estuvo a cargo del señor vicepresidente,
Dr. Olsen A. Ghirardi, el 21 de noviembre de 2000.

Palabras del vicepresidente Dr. Olsen A. Ghirardi

Señor presidente, señor presidente honorario, señores académicos, señores miembros del Consejo de la Magistratura, señoras y señores.

Se me ha encomendado la grata tarea de saludar al Dr. Oscar Hugo Vénica en el acto de su incorporación como miembro correspondiente en la ciudad de San Francisco, de esta provincia.

Nuestra corporación que le recibe ocupa su edificio propio, en esta modesta vivienda de calle Artigas 74, reciclada y adaptada a nuestras necesidades; ya nos está quedando estrecha, dado el aumento incesante de nuestra biblioteca, las tareas de nuestros institutos y, aun, la cesión a otras instituciones que carecen de local para sus actos y labores; aquí se desempeña una actividad que, probablemente, no sea conocida suficientemente por el medio en el que realiza sus propios actos específicos.

Por esa razón, me voy a permitir recordar brevemente cómo está estructurada la Academia. Estatutariamente, esta corporación está constituida por treinta y cinco miembros de número. Si bien los sillones no están totalmente cubiertos, se está en permanente proceso para ello y, actualmente estamos sobrepasando la cifra de treinta. Generalmente, el

* El discurso se lee en sección Doctrina, pág. 249.

proceso es lento y de cuidadosa selección. Por otra parte, algunos de los miembros, ocupan -y han ocupado- conspicuos cargos en el gobierno y en la diplomacia, lo que explica sus ausencias que, en otras ocasiones, se deben a la avanzada edad. La corporación tiene buen cuidado de que el órgano de gobierno tan importante se reúna de manera corriente y regular en sesiones públicas y privadas, reuniones estas últimas que son académicas o tienen por objeto decisiones de gobierno de la institución, ya que los miembros de número son los únicos que gozan de voz y voto en las sesiones. En cuanto a las reuniones, éstas son cerradas o abiertas; en las primeras, la asistencia se limita a los miembros de número en las que se tratan problemas de tipo académico y en las abiertas, puede acudir público en general para presenciar el acto.

Ejecutivamente, el presidente preside las sesiones y tiene el ejercicio de la jefatura ordinaria de la corporación. Este órgano, a su vez, se encuentra asistido por una Comisión Directiva, que está integrada por el vicepresidente, el secretario y el tesorero. Cuenta también con una Dirección de Publicaciones, que está encargada, especialmente, de la publicación de los Anales y tiene intervención en el resto de las publicaciones de la Academia.

Además de los miembros de número, la institución cuenta con miembros correspondientes que pueden ser argentinos o extranjeros. Su número no está limitado hasta la fecha, pero existe opinión consensuada en el sentido de hacerlo a breve plazo, pues su crecimiento no puede ser ilimitado y debe guardar congruencia con un número razonable de plazas, tal como ocurre en otras instituciones similares.

En cuanto a los miembros correspondientes argentinos, su número, actualmente, alcanza a la cifra de cuarenta personas.

La provincia de Santa Fe es la que tiene el mayor número, puesto que contabiliza 16, distribuidos así: 12 en Rosario, 3 en la ciudad de Santa Fe y 1 en Rafaela. Esa circunstancia es la que ha permitido fundar en la ciudad de Rosario el recientemente creado Instituto santafesino.

Le sigue la Capital Federal con 6 miembros; la provincia de Mendoza también con 6; la de Buenos Aires con 4; 3 en La Plata y 1 en Mercedes; en el interior de la provincia de Córdoba con 4; la provincia de Santiago del Estero, con 2 miembros; y con uno, Salta y Chubut.

En cuanto a los miembros correspondientes extranjeros contamos con un total de 78 miembros. España goza de la mayor cantidad, ya que

totaliza 27 miembros, de los cuales 12 son de Madrid, 2 de Valladolid, 2 de Valencia, 2 de Barcelona y 1 para cada una de las siguientes ciudades: Sevilla, Islas Baleares, Santiago de Compostela, La Coruña, Salamanca, Zaragoza, Granada, Tenerife y Aragón.

Le sigue Italia con 7, que se distribuyen así: Roma 5, 1 para Pisa y 1 para Génova. Chile tiene 6 miembros, Brasil 4, al igual que Perú, Alemania, Venezuela, México y Colombia. Francia tiene 3 y uno cada uno los siguientes países: Estados Unidos, Uruguay, Bélgica, Paraguay, Honduras y Costa Rica. Este apreciable número de miembros correspondientes situados en gran parte del país y cubriendo la casi totalidad de los países de nuestra América y una vigorosa representación en Europa es lo que ha permitido -en breve plazo- rendir el homenaje que se ha consagrado a nuestro codificador, Dalmacio Vélez Sársfield, puesto que virtualmente todos ellos han respondido -juntamente con otros prestigiosos intelectuales- a la invitación para colaborar en él y el resultado ha sido la impresión de cinco volúmenes de aproximadamente seiscientas páginas cada uno. Los miembros correspondientes son como los "ojos y los oídos» de la excelencia intelectual que la Academia tiene en diversos lugares del planeta. Todo ello nos regocija, al par que nos habilita para tener presencia en el mundo. Debe tenerse presente que, además, ellos nos siguen en nuestras actividades puesto que reciben -lo mismo que bibliotecas y otros centros de cultura- nuestros Anales y todas nuestras publicaciones.

La Academia tiene, por otra parte, siete institutos: Federalismo, Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Derecho Civil, Educación, Empresa, Filosofía del Derecho y Derecho Comparado.

Cada Instituto es presidido por un miembro de número y es integrado por miembros rigurosamente seleccionados. Todos ellos se reúnen sistemática y periódicamente. Las publicaciones y las reuniones, jornadas y congresos son otras tantas muestras de la actividad académica.

Por último, no debemos olvidar que nuestra Academia tiene un presidente honorario, el Dr. Pedro J. Frías, que fuera su presidente durante nueve años.

En otro orden de cosas, la Academia tiene, cada dos años, reuniones conjuntas con la similar de Buenos Aires, circunstancias en las que se tratan temas de la actualidad científica y profesional. Igualmente, organiza simposios conjuntos con la Academia de Ciencias Médicas de la ciudad de Córdoba sobre temas científicos de interés común y general.

No debe olvidarse tampoco que nuestra corporación ha participado y ha sido miembro organizador del III Congreso de Academias Iberoamericanas, cuyas actas han sido impresas y editadas.

También -y ello es muy importante- la Academia es órgano de consulta, tanto del Estado nacional como el provincial.

Estamos orgullosos de esta estructura que exhibimos y de la labor que estamos realizando. Nos mueve a esta afirmación el saber que el profesor alemán, Dr. H.c. Winfried Böhm, en la colación de grados de la Universidad Católica realizada en este año 2000, en su erudito discurso acerca «De la responsabilidad del lenguaje», ha citado la opinión de miembros de esta Academia y de nuestros institutos.

Esta es la corporación y ésta es la estructura, con breve cita de su actividad, a la cual se incorpora nuestro nuevo miembro correspondiente Dr. Oscar Hugo Vénica. Esperamos de él la máxima colaboración, que sabemos será superlativa, dado que conocemos su notable adicción al trabajo, puesta de manifiesto en sus tareas y publicaciones.

Y, es propicio el momento, para recordar, también en forma breve, la trayectoria que ha tenido nuestro nuevo miembro correspondiente. Ha nacido en Gálvez, provincia de Santa Fe, pero actualmente reside en la ciudad de San Francisco de Córdoba, lugar en el que se desempeña como juez de Cámara en el orden civil y comercial. Realizó sus estudios universitarios en nuestra Universidad Nacional de Córdoba y se doctoró en Ciencias Jurídicas y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional del Litoral.

Si bien comenzó su actividad profesional como abogado en el año 1969, en 1975 ingresó a la administración de justicia, como juez en lo civil, hasta alcanzar la dignidad que hoy está desempeñando.

Simultáneamente, el Dr. Vénica ha realizado siempre tareas docentes, todas ellas muy destacadas. Cabe mencionar, entre ellas la de profesor en la Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal, de la Facultad de Ciencias Económicas, de nuestra Universidad Nacional; la de profesor de Legislación en la Unidad Académica San Francisco de la Universidad Tecnológica Nacional.

Es autor, por lo demás, de numerosos artículos, opúsculos y libros. En términos generales, se ha interesado siempre por la especialidad del derecho procesal. Quizá la obra más ambiciosa es su *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, comentado, anotado, con concordancias, y jurisprudencia, obra de la cual se han publicado

tres volúmenes. Pero también cabe recordar sus trabajos sobre juicios verbales, subasta judicial, prueba testimonial, casación civil, inembargabilidad de la vivienda única, comentarios y anotación del Código Arancelario, derecho procesal concursal, competencia territorial en las pretensiones personales patrimoniales, ley de concursos y otros más que, *brevitatis causa*, no menciono.

A esas tareas realizadas se suma el haber integrado diversas comisiones de estudio de temas específicos en la Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba, la Comisión de Legislación General de la Cámara de Senadores de la Provincia de Córdoba, el Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba y la Cámara de Diputados de nuestra Provincia.

La Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba le ha contado como miembro titular del Consejo Directivo, delegado e integrante del Comité Académico.

Actualmente forma parte del Consejo Consultivo de la Revista «Foro de Córdoba», de «Semanario Jurídico» y es miembro titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba para el período 2000-2001. Esta es la personalidad que hoy llega a nuestra Corporación, a quien saludamos. ¡Bienvenido, Dr. Oscar Hugo Vénica, a nuestro hogar de trabajo!

ÍNDICE TOMO I

	Pág.
Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (periodo 1998-2001)	11
Académicos de Número y distribución de sillones al 31-12-2000	13
Académicos Correspondientes Argentinos al 31-12-2000	15
Académicos Correspondientes Extranjeros al 31-12-2000	17
Institutos de la Academia	20
Premio «Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba»	21
Premio «Provincias Unidas»	22
Premio «Al Joven Jurista»	23
Distinción «Maestro del Derecho»	24
Premio Publicación de Tesis Sobresalientes	24
Presidencia	25
Sillones Académicos - Su historia (al 31-12-2000)	25
Autoridades de la Academia desde su fundación	28
Académicos de Número desde su fundación	33

DOCTRINA

De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional <i>por Domingo García Belaunde</i>	39
El principio de subsidiariedad en el siglo XXI <i>por Francisco Eduardo Cerro</i>	79
Registros públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984) <i>por Carlos Cárdenas Quirós</i>	99
El concepto de «familia» en los derechos civiles españoles <i>por José Luis Merino Hernández</i>	145

Teoría general de los títulos valores en la legislación mercantil de Honduras	
<i>por Sergio Zavala Leiva</i>	211
La conveniencia del registro del cheque de pago diferido	
<i>por Efraín Hugo Richard</i>	241
Los argentinos frente a la ley	
<i>por Oscar Hugo Vénica</i>	249
Las ideas políticas de Bolívar: transición y futuro	
<i>por Pedro J. Frías</i>	255
La empresa rural en un país hecho a caballo	
<i>por Pedro J. Frías</i>	265
 ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA	
- <i>DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS EN SESIONES PRIVADAS</i>	
Vélez Sársfield y su monumento emplazado en esta ciudad	
<i>por Humberto Vázquez</i>	275
La cuestión municipal en la Argentina	
<i>por Héctor Belisario Villegas</i>	281
El caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales	
<i>por Antonio María Hernández (h)</i>	287
Robo con armas	
<i>por Justo Laje Anaya</i>	289
Ineficacia de la ley concursal	
<i>por Efraín Hugo Richard</i>	293
Proyecto de Código Civil	
<i>por Juan Carlos Palmero</i>	303
Proyecto de Código Civil	
<i>por Luis Moisset de Espanés</i>	315

IV Congreso de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales	321
El concepto de familia en el derecho latino <i>por Eduardo Ignacio Fanzolato</i>	322
 - RECEPCIÓN DE NUEVOS MIEMBROS	
Recepción del miembro correspondiente en Buenos Aires, Profesor Horacio García Belsunce Presentación por el Dr. Héctor B. Villegas	351
Recepción del miembro correspondiente en la República del Perú, Dr. Domingo García Belaunde Presentación por el Dr. Ricardo Haro	354
Recepción del miembro correspondiente en la República del Perú, Dr. Carlos Cárdenas Quirós Presentación por el Dr. Luis Moisset de Espanés	359
Recepción del miembro correspondiente de Santiago del Estero, Dr. Francisco Cerro Presentación por el Dr. Pedro J. Frías	366
Recepción del miembro correspondiente en España, Dr. José Luis Merino Hernández Presentación por el Dr. Luis Moisset de Espanés	369
Recepción del miembro correspondiente en la República de Honduras, Dr. Sergio Zavala Leiva Presentación por el Dr. Efraín-Hugo Richard	374
Recepción del miembro correspondiente en San Francisco (Pcia. de Córdoba), Dr. Oscar Hugo Vénica Presentación por el Dr. Olsen A. Ghirardi	378



Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes de mayo de 2001

