

# ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE CORDOBA

TOMO XLVI  
AÑO ACADÉMICO 2007

CORDOBA  
REPÚBLICA ARGENTINA

**Mesa Directiva (2007 - 2010)**

**Presidente:** Dr. Luis Moisset de Espanés

**Vicepresidente:** Dr. Juan Carlos Palmero

**Secretario:** Dr. Julio I. Altamira Gigena

**Tesorero:** Dr. Jorge De La Rúa

**Director de Publicaciones:** Dr. Armando S. Andruet

**Revisor de cuentas:** Dr. Héctor Belisario Villegas

**Revisor de cuentas suplente:** Dr. Horacio Roitman

**Presidentes Honorarios**

Dr. Pedro J. Frías

Dr. Olsen A. Ghirardi

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 – Córdoba

REPÚBLICA ARGENTINA

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: [secretaria@acaderc.org.ar](mailto:secretaria@acaderc.org.ar)

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

Para mayor información institucional de la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

visitar [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

EXPOSICIONES  
DE  
ACADEMICOS

# LA VIDA PÚBLICA

por PEDRO J. FRÍAS \*

**SUMARIO:** 1. Un área social de postulación de decisiones. 2. La clase dirigente. 3. Lo privado y lo público. 4. El reclutamiento. 5. La negociación. 6. La gratificación de la vida pública. 7. La palabra pública. 8. Los gestos de la vida pública. 9. Desde fuera de la vida pública. 10. Partidos y sociedad.

## 1. Un área social de postulación de decisiones

El hombre es constitutivamente social y uno de los modos de su ser social es el político. La sociedad tiene en sí misma las últimas funciones temporales de mando. Del mando depende la caracterización de distintos protagonistas del quehacer social. Así, Max Weber llama asociación al grupo dotado de mando organizado; asociación política, a aquella cuyo mando se ejerza territorialmente mediante la posibilidad de la coacción física, y Estado, a la institución política “cuyo cuerpo de dirección o administración reclama eficazmente el monopolio de la coacción física”.

Estamos en el campo del poder. ¿Y qué es el poder? El mismo Weber lo define como la probabilidad de que en una relación social, una de las partes intervinientes se encuentre en posición de llevar adelante su voluntad a pesar de resistencias y sin tener en cuenta las bases sobre las que se apoya tal posibilidad.

Adviértase que actualmente el poder se define como una relación y no como una propiedad. En la relación de A y B, B debe ajustar su conducta total o parcialmente a A. Entonces, A ejerce el poder sobre B.

A los fines de la vida pública, interesa distinguir tres grados de poder: notoriedad, influencia y mando.

- La notoriedad es el crédito que la opinión reconoce a alguien para acciones eventuales de participación en la toma de decisiones; ser notorio es sólo una virtualidad ya que integra la vida pública, pero no es por sí misma una acción explícita sobre el mando; ser notorio es condición ambigua: no prejuzga la valoración; ser notorio es ser sujeto diferenciado de la interacción social: el valor se imputará a esa diferencia;

- La influencia no es la notoriedad; es la capacidad de afectar otras conductas sin recurrir a la coacción: la influencia es un dato significativo del mundo del poder, de su circulación transitiva cotidiana; carece de la fuerza implícita de la amenaza, pero en eso consiste su calidad;

- Poder es la participación en la toma de decisiones; signada por la relación mando-obediencia, aunque no siempre, la coacción es fuerza de la ley, no ley de la fuerza.

Notoriedad, influencia y poder se alternan y conciertan en la vida pública, que así aparece en la sociedad política como la interacción social virtual o explícita de la toma de decisiones, o si se prefiere, como el área social política y no política de postulación de decisiones.

## 2. La clase dirigente

¿Quiénes expresan las aspiraciones antagónicas y a veces contradictorias de la comunidad? ¿Quiénes esclarecen los cursos de acción? ¿Quiénes elaboran las alternativas? ¿Quiénes toman las decisiones? La respuesta es obvia: la clase dirigente. Pero no toda, porque hay dirigentes que no son protagonistas de la vida pública. La respuesta lleva de suyo al tema de las elites que ofrece una atrayente bibliografía argentina y extranjera. No caeré en la tentación de detenerme aquí, sino sólo recordaré algunos protagonistas diferenciados: los líderes políticos, los administradores del gobierno, los directivos económicos, los dirigentes de masas, los jefes militares, los medios de comunicación social.

Pero la vida pública exige más que protagonismo individual. Podemos distinguir -convencionalmente hablando- una interpretación social, una interpretación cultural y una interpretación política de las aspiraciones que deben ser materia de decisión.

La formulación social de las pulsiones colectivas proviene de todos los sectores de la comunidad: es tarea de las categorías socialmente dirigentes, reclutadas en la alta burguesía, en los sectores medios de la profesión, la empresa y el trabajo y en algunos grupos bajos o emergentes dotados circunstancialmente de poder. Los dirigentes sociales formulan las demandas que recoge el sistema.

La interpretación cultural hace explícita la sensibilidad, la razón programática, la imaginación exacta de que es capaz la comunidad. Desde la inteligencia nacional, la acción desnuda no es necesaria. Acerca de Echeverría escribe Gutiérrez que “*nunca fue una vida de acción*”. Pero hay que decir como Estrada que “*el éxito..., no depende tanto de la suma de pensamientos que pudiera esparcir, cuanto de la suma de pensamientos que pudiera suscitar*”.

Por fin, la interpretación política del mando: el gobierno y el control del gobierno, a cargo de una clase política que reúne los estratos superiores del Estado y de las instituciones sociales. En ellos se concentra la energía social que elabora las decisiones.

Interpretación social, cultural y política de las demandas sociales: mediación entonces entre las bases y el vértice en pueblos acostumbrados a gobernar por procuración. De pronto, la escena puede cambiar de ocupante. Pero muy pocas veces. El dato social, político o cultural viene entonces por gestión directa y el pueblo se manifiesta por sí mismo pocas veces en concordancia con las direcciones de la clase dirigente.

### **3. Lo privado y lo público**

#### *3.1. La “despolitización” negativa de la vida pública*

Si introduzco en este momento una reflexión, no puede ser otra que la deserción de los dirigentes. La escena pública argentina está amputada porque se ha privatizado en un doble efecto que obedece a la misma causa: hay muchos que renuncian a la vida pública y hay muchos que prefieren el área no política de la vida pública. Como en el deterioro de los términos del intercambio, hay un sector deprimido y es el de responsabilidad de la decisión. La atracción la retienen la notoriedad y la influencia, pero poca el mando en la sociedad civil.

Hay que decir rápidamente que no es por *ascesis* que los civiles se han desinteresado del área política para ubicarse entre los socialmente dirigentes o la *intelligentsia* o permanecer rigurosamente en el sector privado. No es por *ascesis*, es por inseguridad sobre las reglas de juego que tienden a prevalecer en la sociedad política.

Ya hubo una primera deserción cuando el patriciado porteño dejó la vida pública, simultáneamente con la emergencia de un movimiento popular que interpretaba las clases medias y que podía desalojarlo: el bienestar y el refinamiento parecieron más gratificantes que las nuevas condiciones.

Más grave aún, porque responde a una constante, es la deserción ininterrumpida desde los años '40, que afecta a las expresiones moderadas de la vida cívica y que convive con la significación política de los sindicatos y con períodos de politización tan intensos como efímeros: me refiero a ráfagas de participación que prometen ciertas elites que sólo transitoriamente se asoman a la vida pública; encontraría un ejemplo en los panfletos de la persecución religiosa que fueron un puño fuerte pero se retrajo enseguida.

La descripción precedente no permite extraer conclusiones con ligereza. Las investigaciones cumplidas en otros países en clave de “despolitización” han llegado a interrogantes y ambigüedades que no siempre podemos suscribir en la Argentina. No creo ser imprudente, sin embargo, si señalo que ha habido transferencia de elites desde el área política al

área no política de la vida pública, hacia las entidades gremiales obreras, empresarias o profesionales, los medios de comunicación, los factores de poder y los grupos de interés, las ONG y otros liderazgos permanentes u ocasionales. Pero, además, y esto es menos estimulante todavía, presiento una reducción del área no política porque a los argentinos nos ha ganado un “complejo de privacidad” respecto a lo público. Y estamos falsamente satisfechos cuando debiéramos sentir -y no siempre se siente- el dolor de una castración, por la desaparición de los partidos y de su fragmentación.

Quiero decir, con la aclaración que haré después, que nos ha ganado lo privado, como autonomía de lo personal en menoscabo de lo público, que es la autonomía de la sociedad política sin la cual carece de apoyo lo personal.

*El escamoteo de temas.* Hay deserción de dirigentes pero hay también deserción de temas, escamoteo. Un reduccionismo progresivo de largo tiempo ha amputado de la vida pública grandes cuestiones nacionales. Cada vez más las operaciones del poder político se vuelven cuando no, ocultas, ininteligibles. Son habituales las leyes secretas que sólo por vía de excepción deben legitimarse. A la reserva que puede ser necesaria, se agrega la reserva por inseguridad. Una inseguridad residual, pero todavía presente que nos conduce a través de su propio efecto degradante de la vida pública al fondo de la cuestión: falta claridad porque falta confianza; faltan vocaciones políticas porque falta confianza: falta civismo porque falta confianza.

### 3.2. La “despolitización” positiva en la sociedad

No confundamos la valoración negativa de la reducción de la vida pública con la valoración positiva de una prudente “despolitización” de la sociedad. Cuando crece la cooperación o la distensión -ahora resentida- en la vida internacional; cuando aumenta el consenso entre regímenes de distinta observancia y declinan relativa y opinablemente las ideologías; cuando esas coincidencias de base se dan entre sectores sociales o políticos sobre algunos grandes temas nacionales, como podría afirmarse de la Argentina contemporánea, aunque parezcan sofocadas por contradicciones y ambigüedades propias del debate político; cuando el reflejo normal del dirigente social no es acudir al gobierno, sino respetar él también el principio de subsidiariedad y hacerse responsable por entero; cuando provincias y municipios, sociedades del Estado y otras empresas descentralizadas asumen sus funciones de administración de cosas o gobierno de personas sin provocar el paternalismo del gobierno central y sin aislarse en sus torres de marfil; cuando esto ocurre -y podríamos seguir enumerando- se da una “despolitización” en la sociedad que no es el desinterés omisivo por la cosa pública sino la prudente asunción de responsabilidad. Esta “despolitización”, este sustraer lo privado a las interferencias de lo público, ésta deflación de las competencias administrativas son positivas y no son paralelas al proceso de empobrecimiento de la vida pública. Por el contrario cuando el sector privado tiende a bastarse en sus operaciones y mantiene disponibilidad adecuada al bien común, por su dinámica o por acción del gobierno, la vida pública surge auténticamente como el foro de la postulación de decisiones más que como arbitraje de intereses. Que los apetitos de sectores avancen sobre la vida pública en busca de decisiones favorables es corriente, pero esos intereses “constituyan” la vida pública es malsano.

## 4. El reclutamiento

El reclutamiento de vocaciones públicas -políticas y no políticas- depende de una dinámica que alrededor de los centros de interés social segrega dirigentes para el consejo, la decisión y la administración de ese interés y los proyecta a la vez, en virtud de su valor, a la jerarquía que le

corresponda en una determinada sociedad. Cuando no hay cohesión social, cuando no hay desprendimiento, cuando las instituciones son derrotadas por las individualidades y las individualidades por sus intereses, esto es cuando los fines institucionales se desvían hacia logros puramente sectoriales o de grupos, la disponibilidad para la vida pública es disfuncional, porque el bien común, bien de todos, los todos del todo social, no puede afianzarse en la interacción de intereses sin grandeza. Y cuando la vida pública, a su vez, no tiene grandeza, la disponibilidad para ella se retrae y los dirigentes sociales prefieren el sosiego discreto de los éxitos profesionales.

La grandeza es cuestión de confianza. Si yo acepto a los demás como me acepto yo mismo, la articulación de intereses, la fraternidad social, la negociación, el pluralismo, el consenso, el respeto de las minorías, la posibilidad de grandes objetivos, la ambición humana de realizarse, todo es posible.

## 5. La negociación

La vida pública es el área de postulación de decisiones, y, por eso mismo, es un área de negociación. La energía social que es el poder, no produce sólo relaciones de dominación sino relaciones de equilibrio. El equilibrio lleva a la negociación. También el pluralismo, donde se acepta al otro, aunque sea disidente, adversario o enemigo. La negociación es hoy más que ayer el estilo de la vida pública, como necesidad en las situaciones de equilibrio, como opción moral en las de voluntario pluralismo.

La negociación es un proceso en que las partes analizan un posible acuerdo sobre sus intereses tanto comunes como conflictivos. Es una modalidad de control recíproco de poderes en que la interdependencia creciente induce a las partes a concertarse, si el objetivo no se salva con su recíproco aislamiento.

“Un régimen pluralista funciona bien si llega a un buen uso del compromiso”. La cita no es argentina porque entre nosotros el compromiso ha tenido objetantes de conciencia y conveniencia. Pero, ¿qué camino hay más seguro que la negociación para formar el consenso en estos tiempos duros para la autoridad? ¿No es la negociación la imagen de la interdependencia entre todos los postuladores de decisión, entre las fuerzas sociales y políticas que llegan a la vida pública? ¿No es la negociación la que teje la red actual de intereses competitivos y cooperativos?

Con una vida pública de negociaciones, no quiero significar resignación de principios, como si el consenso ocupara el lugar del bien común. La lucha es insoslayable en cuanto la relación amigo-enemigo integra el dominio de lo político. Pero para hacer posible esa lucha y para que no escale el conflicto de dominación, la negociación tiene dos dimensiones prioritarias: la primera, articular los grupos políticos con afinidad para volver a dar representación a vastos sectores argentinos que no la tienen en los actuales términos de la vida política; la segunda, reducir el conflicto ampliando las bases del consenso social y civilizarlo. Porque la intolerancia no es ajena ni al alma argentina ni a su tradición. Wilde, el más liberal de los hombres del '80, aconsejaba: *“La única regla racional es tratar al enemigo como tal, y si alguna vez se le hace un bien, procurar que ese bien redunde en su perjuicio”*.

Del espíritu de negociación, que es una suerte de mediación social en que cada uno da testimonio de sus valores hasta llegar a reconocer los de los otros, yo espero el crecimiento del protagonismo argentino, porque es la amenaza del conflicto total la que aleja más voluntades de la vida pública.

La negociación no excluye la agresividad, que acompaña como su sombra al comportamiento humano. Sin necesidad de un enfoque etológico, podemos creer que la



negociación presupone la agresividad, la asume, la interpela, la disuade, convierte su pugnacidad en energía que mantiene la tensión en la vida social pero en intensidad manejable.

## **6. La gratificación de la vida pública**

Parece un tema menor o, al menos, un tema mezquino el de preguntarse por la gratificación de la vida pública. Existencialmente, en el aquí y ahora de los argentinos, no es ni menor ni mezquino. Me permitirá además distinguir entre poder y autoridad, autoridad y prestigio, idoneidad, impunidad y castigo.

Si hay deserción en la vida pública, sobre todo, una deserción selectiva en el área política, es porque -como he dicho ya- la vida privada sí asegura satisfacciones y no la función política, sobre todo, si se la entiende como militancia habitual con sentido moral.

Hay una austeridad verdadera y una falsa en relación con la vida política. De ella no deben esperarse ventajas económicas que no sean las de compensación de función: siempre quedan por desterrar el lucro de la influencia y la influencia del lucro, pero sí debe esperarse que sea gratificante, porque si no hay la ilusión del mando que reclamaba Pellegrini, el civismo se repliega y las funciones esenciales de las instituciones registran la vacancia de los mejores.

La primera gratificación depende de transformar la función que genera obligación, en función que genera asentimiento. Convertir el cargo en autoridad supone haber hecho perceptibles los valores que el cargo realiza a una comunidad descreída de sus dirigentes. El reconocimiento a lo menos parcial de los gobernados, da el consenso necesario para que la autoridad sea una potencia eventual y no una fuerza en acto.

Distingo autoridad de prestigio, forma menor de autoridad, reverberación carismática que atribuye autoridad pero no la constituye. Quizás alguna vez exista prestigio sin idoneidad -porque debemos hablar de idoneidad- pero no existe autoridad, como calidad moral del poder sin idoneidad que la aptitud para confirmar en el ejercicio de la función los valores del servicio público. Es una exigencia de la Constitución, pero corrientemente no es exigencia de la vida argentina, de la que podríamos decir con pena que durante las primeras cuatro décadas del siglo XX fue gobernada con una calidad superior a su medio y al revés durante buena parte de las otras cuatro décadas siguientes.

No necesito señalar aquí que la idoneidad es de muy difícil reglamentación, salvo las funciones que de suyo requieren una edad, un título habilitante, una antigüedad de ejercicio. Nos queda la alternativa de convertirla en una idea-fuerza de la vida argentina. Quizás sea círculo vicioso pedir esta presión moral al sufragio, que elige pero no selecciona. No lo es esperarlo de otras formas significativas del área pública: me refiero a la idoneidad-legitimidad que puede crecer desde todos los protagonismos sociales, a condición de que no sea cierto que la verdadera lucha de clases en la Argentina no es contra los ricos sino contra los capaces.

No se trata de elegir entre el efficientismo -dicho así en sentido peyorativo- y el mito de la pura decisión independizada de toda maduración ética. No hay que elegir por el uno contra el otro sino contra los dos. La verdad está en la naturaleza moral de la decisión, cuyas contingencias son atenuadas por la idoneidad.

Diré además que si el poder corrompe, también "plenifica". "Plenifica" a partir de la aprobación de la conciencia y la comunidad como una forma superior de realización personal, que es el servicio del bien común.

Este servicio transcurre entre nosotros con fracturas que son causa y efecto de la desestabilización de la vida pública argentina, sobre todo en el área política. Transita entre la impunidad y el castigo sin encontrar el equilibrio indispensable para que en un tiempo de riesgos calculados, los más idóneos se atrevan a postergar los éxitos privados para probar las promesas del servicio público. En suma, necesitamos que las sanciones disuasorias de la desviación del poder no se conviertan en disuasorias de la vida pública.

Para exorcizar esos extremos, bastaría meditar las palabras con que Facundo de Zuviría entrega el mando a Tomás Arias en Salta, que es quizás la pieza más patética en la oratoria política en la Argentina: “Tal es, señor gobernador, la triste historia, el luctuoso fin de los quince gobernadores constitucionales que en el período de treinta y un años os han precedido en ese puesto. Todos ellos en igual solemnidad que ésta se vieron rodeados de la misma aura popular que vos. ¿Y cuál ha sido el término de todos sin exceptuar uno solo? ¡Ah!... Los que no yacen sepultados en humilde fosa de extranjera tierra porque su patria les negó un palmo de la suya, que cubriera sus miserables restos, aún vagan errantes en extraño suelo o arrastran en el propio la mísera existencia de los infelices parias... Miráos, señor, en todos ellos y aprended a temer los riesgos de ese puesto...”.

## 7. La palabra pública

Entre nosotros la palabra pública ha sido abundante pero no siempre eficaz. Primero, porque como decía Ernesto Padilla, “*en nuestro país, por mucho tiempo, más que las enseñanzas, serán necesarios los ejemplos*”. Y segundo, porque buena parte de los ejercicios de lenguaje de la escena pública, están al servicio de coyunturas, antagonismos y predominios superficiales.

La palabra disimula y revela, denuncia y elogia, convoca y disgrega. Pero no es el momento de construir una moral siempre necesaria de la palabra. Es el momento de decir solamente que la palabra es pública por excelencia, cuando libera energías sociales que contribuyen a configurar una situación preexistente. Orientadora, como el “Quiera el pueblo votar” de Saénz Peña; definidora como “La Revolución está vencida, pero el gobierno está muerto”; patética, como la apelación a la paz con la provincia de Buenos Aires de Zuviría; un lema, como “Paz y administración” de Roca; un dedo acusador, como “Régimen” o “La causa” y “Oligarcas”.

La palabra debiera ser hoy más responsable que antes, a fin de suplir las carencias de la vida pública argentina: evitar la frase trivial, medir el comportamiento pero asumirlo, no aumentar la emotividad, no confesar optimismos infundados ni pesimismo deprimentes, no secundar la tendencia perezosa al “milagro” argentino, incitar la creatividad, convocar a la unidad posible, en suma no separar la Palabra del Servicio.

## 8. Los gestos de la vida pública

Propongámonos un ejemplo sobre los actores, los recursos y los gestos de la vida pública. Elijamos la federalización de Buenos Aires.

¿Quiénes son los actores? La autoridad nacional, huésped incómodo de la ciudad de Buenos Aires, las autoridades de la provincia y sus hombres públicos en actitud agresiva, la prensa y los notables porteños, las fuerzas armadas nacional y provincial y una clase política del interior que se ha propuesto coronar la organización del país con la capital en Buenos Aires.

La más desconocida es esa nueva clase política, que se ha formado en la Universidad de Córdoba y que proveerá a todas las funciones de los Estados provinciales: para personalizar de algún modo, son los compañeros de aula de Miguel Juárez Celman, que se integrarán espontáneamente en la llamada “Liga de Gobernadores” y que llegarán al poder con un militar venido de los campamentos: el vencedor de Santa Rosa, el conquistador del desierto, el general Roca.

La autoridad nacional es la desafiada, pero en la persona de Avellaneda parece casi prescindente. Podría tener razón Eduardo Wilde: mientras Sarmiento es la tormenta, Avellaneda es la nube. En la fuerza moral de la paz y en una no violencia, “*avant la lettre*”, el presidente compromete por momentos la decisión política del interior. El representa una fuerza implícita de negociación pero a la vez, una disuasión impracticable ante la obstinación de Tejedor. Los

portadores de esa decisión son los representantes de las provincias que respetan la actitud de Avellaneda pero lo desbordan con el instituto seguro de un país urgido por su plenitud.

Entran en juego todos los recursos de la vida pública: la coacción legítima o ilegítima, la movilización de los sentimientos, las pasiones humanas.

Recorre a la intolerancia el diputado por Corrientes que con exaltación, invita a los rifleros de la provincia a tirar sobre los diputados del interior.

Recorre a la tolerancia el general Mitre que se alza sobre su banca y abriendo sus brazos como para atajar las balas, gritaba a los rifleros: “¡No es tiempo todavía!”.

Recurren a las emociones y a la suprema razón de la paz los notables, al convocar la gran manifestación que la peticiona del presidente, del Congreso nacional, del gobernador Tejedor, aunque como en otras manifestaciones de paz el resultado -voluntaria o involuntariamente- favorezca coyunturalmente a una de las partes.

Recurren al diálogo directo con todos sus efectos de suspenso para la opinión, Roca y Tejedor en el río Luján.

Recurren a la palabra -al hechizo, a la verdad o la falsía de la palabra- todos los actores. “*Se escribe siempre para ocultar algo*”, dice Gide. Las palabras del ‘80 no ocultan el drama del desencuentro, pero lo arrastran en su elocuencia.

Es un momento, pues, en que entran en escena todos los actores: las instituciones, la clase política, los notables, las razones de Estado enfrentadas, la lucha armada, la derrota de Tejedor, la negociación moderadora, la final cesión del territorio de la Capital, la paz.

## **9. Desde fuera de la vida pública**

Y ya que abordamos el ejemplo de la federalización de Buenos Aires por estar los episodios en nuestra memoria, ¿por qué no analizar en su contexto las intervenciones desde fuera de la vida pública?

Es frecuente que lleguen al escenario, aunque por breves momentos en las condiciones más variables, personalidades que habitualmente se retraen. Podríamos analizar esas intervenciones sin ambicionar tipificarlas. Para sólo recordar hombres de letras, tendríamos las estremecedoras y controvertidas conversiones de Lugones de poeta en ensayista y las sentencias, confesiones y “*boutades*”, tiernas, crueles, irónicas, desconcertantes de Borges. Tomo un ejemplo más modesto pero no menos grande: el de Esquiú en el ‘80. Prefiero al sacerdote porque es la suya la más problemática intervención en la vida pública. En los últimos años, “*fe y política*” han sido cuestión recurrente y nada pacífica. ¿Cómo lo hizo Esquiú en el sermón del 8 de diciembre de 1880 para dar gracias por el establecimiento definitivo de la Capital?

El concurso en la Catedral era el más calificado del país. El orador sagrado también. ¿Y el discurso? Mucho más religioso que oratoria, un examen de conciencia sin triunfalismo. Pero Goyena lo ha estudiado agudamente -lo sé ahora- pero mi impresión, coincidente con la de Goyena, nació sin otro apoyo que el discurso mismo.

Se rehúsa a politizarse y a politizar la acción de gracias. Cobra altura -altura de trascendencia, no de indiferencia- y después de preparar el auditorio, como es fiesta de la Virgen, hace una pausa para doblar la rodilla en honor de la criatura que está por sobre toda especulación. Se niega a congratular a sus conciudadanos, como lo había hecho veinticinco años antes, en el sermón de la Constitución. Se niega porque quiere desnudar su sinceridad, para presionar sobre las conciencias: un “color apagado y un acento contenido”, una voz “plena y varonil, aunque no habituada a esas rápidas inflexiones en que algunos oradores hallan recurso para influir sobre el auditorio”, se hace testimonio de los dolores de la patria. “Nadie ha pensado que el orador se haya propuesto, por un solo momento, lisonjear a su auditorio”. Agregaría yo a Goyena: tampoco vejarlo. Hay más una sollicitación a la conciencia, pero nada de complacencia. Tampoco complaciente para Buenos Aires, a cuyo elogio agrega frases que -testifica Goyena- produjeron un movimiento de profunda sorpresa. Sólo porque el orador tiene gran autoridad moral, pienso que la sencillez de su alocución no haya producido desencanto y que su rigor no haya dejado el impacto de una agresión.

Observemos pues que aunque el tema -una solución política para el país- es de aquellos que hoy llamaríamos horizontales, el sacerdote se mantiene leal a su oficio de religar, a la verticalidad de una Trascendencia que viene a su palabra, no sólo en una evocación religiosa abierta, sino también en la falta de espíritu de partido, en la reflexión que concierne a todos sin herir a nadie en particular. Un elogio puede ser religioso y lo es el sermón de la Constitución; una amonestación puede ser religiosa y lo es la de Buenos Aires Capital. El elogio era más conforme con los intereses morales del pueblo argentino en 1853; la amonestación mejor en 1880; pero en una y otra, el espíritu de partido está ausente y una vigorosa fuerza religiosa no le impide acercarse a la realidad profunda que está en el espesor de toda realidad política.

## **10. Partidos y sociedad**

En este análisis que llega a su término, me he asomado insistentemente a la vida pública argentina. Y si he señalado deserciones dolorosas, debo dar otro paso más difícil: lamentar la recíproca y relativa soledad de la sociedad y de los partidos, que cuando es completa, obliga a hablar de los no-representados y sus no-representantes.

No se logra la decisión para el bien común sin el mecanismo de la representación y de la participación. Pero la representación no se basta a sí misma, no se agota en los partidos políticos; no es un sujeto sino una relación: supone correas de transmisión entre la sociedad y los partidos, para que la primera alimente con el reclutamiento normal a las agrupaciones cívicas, para que les trasmita sus aspiraciones, para que las estimule y las controle. Es la relación que está comprometida entre nosotros y debemos restablecer.

Esta realimentación del sistema político en la sociedad no es la obra de ningún gobierno, aunque la conducción superior del Estado puede contribuir; no es tampoco la obra de un Estatuto de Partidos Políticos ni de una Ley Electoral aunque instrumentalmente necesarias; es así la obra de la vida pública cuando recoge y potencia la energía política de la sociedad y la concentra en múltiples funciones y en múltiples portadores de las demandas sectoriales que los partidos deben acoger y coordinar.

Para que puedan hacerlo, para que la indiferencia no los aisle, deben prometer a la sociedad lo que ella quiere: estabilidad, racionalidad y eficacia, lo cual supone, respectivamente, sentido histórico de continuidad, disponibilidad para el servicio e idoneidad para asegurarlo según las exigencias de su tiempo. Necesitamos del político agonal para el consenso y del político arquitectónico para la justicia, la seguridad, el desarrollo y la paz.

Esta es la grandeza y la urgencia de la vida pública, tan comprometida por su grave deterioro en nuestra Argentina de hoy. Confío en que el lector haya contrastado mis reflexiones con nuestra realidad institucional.

Notas:

- Académico de Número. Presidente honorario.

# LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

por JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA \*

**SUMARIO:** 1. El principio de buena fe. 2. Contratación administrativa. 3. Distintas teorías. 3.1. Teorías negativas. 3.2. Teorías positivas. 3.2.1. Contratos regidos por normas del derecho privado. 3.2.2. Contratos regidos por normas del derecho administrativo. 4. Actividad precontractual. 5. Ejecución del contrato.

## 1. El principio de buena fe

El tema que voy a exponer parte de la existencia de la buena fe que debe existir en los funcionarios públicos como en el administrado que se vincula a la Administración.

Es un tema que ha tenido trascendencia en el pasado, lo tiene en el presente y no tengo ninguna duda que lo tendrá en el futuro.

La buena fe es una condición moral referida a las personas físicas, consistente en la persuasión de obrar en forma lícita y sin malicia.

La buena fe es esencial para todos los actos, sean unilaterales o bilaterales, y en esta línea de pensamiento, el art. 1198 C.C, sienta la regla de la buena fe en materia contractual al expresar que: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...”.

En consecuencia, quien no actúa de buena fe no puede pretender que el derecho lo proteja y, por lo tanto, será responsable de las consecuencias de su obrar.

## 2. Contratación administrativa

Referirse a la contratación administrativa es tomar participación en la discusión doctrinaria suscitada respecto de la existencia o no de los contratos administrativos.

Es por todos conocido que los órganos estatales se vinculan entre sí mediante relaciones jurídicas, cuyas voluntades intervinientes apuntan a un mismo fin. O sea, que tienen finalidades coincidentes, como cuando la Dirección Nacional, la Provincial y la Municipal de Vialidad se vinculan entre sí con la finalidad de colaborar para la ejecución de una obra pública, como puede ser la construcción de caminos o de desagües que van a beneficiar a la comunidad.

En este caso, la doctrina en general acepta que la relación jurídica entre estos órganos es de naturaleza contractual y, para algunos administrativistas, son los únicos contratos a los que se puede denominar “administrativos”, ya que niegan -como lo veremos más adelante- la existencia de estos contratos cuando uno de los sujetos intervinientes es un particular.

En otras oportunidades, un órgano de la Administración se vincula con un particular para la realización de una obra pública o para la prestación de un servicio público y, en este caso, hay autores -como Sayagués Lazo <sup>1</sup>- que sostienen que hay intereses contrapuestos.

En cambio hay otros, como Delpiazzo <sup>2</sup>, que afirman la existencia de fines diversos, sin necesidad de que sean antagónicos, opinión que comparto, ya que ambas partes desean que la obra se realice o que el servicio se preste. Estos supuestos son unos de los tantos ejemplos de la contratación administrativa.

El codificador, en el art. 1137, se refirió a esta cuestión afirmando que hay contrato “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”.

El primer interrogante que nos tenemos que hacer es si este concepto dado por Vélez Sársfield es útil para el derecho administrativo, o si sólo sirve para el derecho privado.

La respuesta es que es útil para el derecho en general <sup>3</sup>, sin hacer distinción entre derecho privado y derecho público <sup>4</sup>, y que si bien lo encontramos definido en el Código Civil, no significa que pertenezca de manera exclusiva al derecho privado, ya que Vélez Sársfield se ha referido a numerosas instituciones que son analizadas por el derecho público y el derecho privado, como es todo lo relativo a la propiedad, al consentimiento que las partes deben dar para que los actos jurídicos sean válidos, a los vicios de la voluntad, a la responsabilidad, a la expropiación <sup>5</sup>, etc..

En consecuencia, el análisis a realizar debe partir forzosamente del artículo mencionado, pues nos indica que es esencial:

a) que existan varias personas;

b) que haya acuerdo entre ellas de las que surgirán derechos y obligaciones para las partes, por lo que ese acuerdo de voluntades debe ser respetado como la ley misma.

Algunos contratos sólo crean derechos y obligaciones para las partes, como por ejemplo, entre una municipalidad y el escultor que debe realizar una escultura; pero, en otros casos, los efectos se extienden a terceros que no han participado de la suscripción del contrato. Un ejemplo es cuando en los pliegos de un contrato de obra pública se establece que el contratista está obligado a pagar puntualmente al personal que emplee en la obra, a realizar los aportes jubilatorios puntualmente, a efectuar los aportes a las obras sociales, a contratar seguros, etc..

Coincido con Delpiazzo <sup>6</sup> en que es preferible referirse a la “contratación administrativa” y no al “contrato administrativo”, ya que -como veremos a continuación- numerosos autores sostienen que la Administración puede suscribir dos clases de contratos: contratos administrativos, que se regirán por el derecho público, y contratos privados, que se regirán por las normas del derecho privado <sup>7</sup>, olvidando que esa distinción nace en la época en que se sostenía que el Estado tenía una doble personalidad <sup>8</sup>: una de derecho público y otra de derecho privado.

En cambio, en la actualidad, la doctrina en general sostiene que el Estado tiene una sola personalidad, y es de derecho público <sup>9</sup>. Lo que sucede es que su actuación a veces puede estar regida principalmente por normas de derecho público y, en otras oportunidades, por normas de derecho privado.

Digo “principalmente”, y no “exclusivamente” porque cualquiera sea el contrato que suscriba el Estado, el derecho público siempre estará vigente. Por ejemplo: en todo lo relativo a la competencia de órganos, al procedimiento previo que se debe seguir para la contratación, al procedimiento posterior para la aprobación, a la publicidad, etc., y sólo estará regido por el derecho privado el objeto del contrato, por ejemplo: en una locación de servicios, en un contrato de compraventa, en un contrato de locación de un inmueble para vivienda de un funcionario, etc..

Esta cuestión se ha estudiado con mayor énfasis en aquellos países en los que hay dos jurisdicciones: la ordinaria, con jueces civiles, y la administrativa, con tribunales administrativos <sup>10</sup>.

### **3. Distintas teorías**

En doctrina se han desarrollado numerosas teorías, algunas antiguas y otras no tanto, las que se pueden clasificar en teorías negativas <sup>11</sup>, en cuanto niegan la existencia del contrato administrativo, y teorías positivas <sup>12</sup>, en cuanto afirman su existencia.

#### *3.1. Teorías negativas*

Dentro de los que sostienen la inexistencia del contrato administrativo, podemos mencionar a Mayer <sup>13</sup> quien reconoce sólo la existencia de actos administrativos, algunos de los cuales sólo

pueden ser eficaces si el particular presta su consentimiento. Puedo citar como ejemplo, el agente público, en el que el acto administrativo de designación produce sus efectos jurídicos desde que él acepta, ya sea al prestar juramento o al comenzar a trabajar.

Para la teoría alemana no hay posibilidad de contrato entre la Administración y un particular por la relación de supremacía de aquella con relación a éste, y sólo acepta su existencia cuando se encuentra en igualdad de condiciones, como por ejemplo: dos órganos estatales.

Además sostiene que a las condiciones las fija unilateralmente el Estado, por lo que el particular se limita a aceptarlas o a rechazarlas, sin tener posibilidad de discutir las.

Otro de los motivos que sustentan esta teoría, es la ausencia de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que en lo que respecta a la Administración no es libre de elegir a la persona con quien va a contratar, ni puede decidir la forma en que va a contratar, ya que todo está reglamentado. En lo que hace al particular, su voluntad sólo puede consistir en aceptar o rechazar, o sea que se encuentra sumamente limitado.

Para una parte de la doctrina francesa, encabezada por Jèze <sup>14</sup>, en lugar de contrato administrativo es necesario hablar de acto-condición, en el sentido de que se trata de un acto que inviste a una persona de una situación jurídica general, impersonal, objetiva y preexistente.

Una parte de la doctrina italiana, entre los que puedo citar a Zanobini <sup>15</sup>, sostiene que la Administración se encuentra vinculada con el particular mediante “acuerdos administrativos”, que se caracterizan por la existencia de cláusulas exorbitantes con relación al derecho común, y por la subordinación jurídica del particular con relación a la Administración, ya que sólo puede aceptar y entonces acuerda, o rechazar y entonces no acuerda, lo establecido unilateralmente por la Administración Pública. Por ello afirma que estos caracteres tipifican el “acuerdo” y no el “contrato”, en el sentido estricto del vocablo, ya que el contenido de la relación es impuesto unilateralmente por la Administración, que es quien le da existencia, y el consentimiento del administrado tan sólo contribuye a su eficacia.

Por ello concluye que los acuerdos administrativos son actos unilaterales del Estado, en los cuales la voluntad del particular no es un elemento esencial sino accesorio, que no hace a la existencia sino a la eficacia del acto, dado que el acuerdo existe aun sin su voluntad, por su carácter unilateral. Pone como ejemplo lo que sucede en el derecho civil con relación a la aceptación por parte del heredero de la institución de un legado que se le hace en un testamento, el que es válido y perfecto por sí solo, sin necesidad de que sea aceptado.

Para esta teoría, sólo hay contrato administrativo cuando los dos sujetos intervinientes pertenezcan a la Administración Pública, pues, en este caso, las cláusulas se fijan entre las partes, no hay cláusulas exorbitantes ni subordinación jurídica entre ellas, situación semejante a la que acontece con los contratos regidos por el derecho privado.

### *3.2. Teorías positivas*

Dentro de las teorías que aceptan que la Administración pueda suscribir contratos, debemos distinguir los contratos regidos por normas del derecho privado, de los que se encuentran regulados por normas del derecho administrativo.

#### *3.2.1. Contratos regidos por normas del derecho privado*

La Administración tiene atribución para suscribir con los particulares contratos que serán regidos por normas de derecho público o por las de derecho privado <sup>16</sup>, como por ejemplo, una locación de servicios, una locación de obra, un comodato, un contrato de arrendamiento de un inmueble rural, etc. En todos estos ejemplos se afirma que son contratos regulados por el Código Civil y, ante cualquier problema que se pueda suscitar entre las partes, se acudirá a la

sede judicial con competencia en lo civil y comercial, porque para resolver, el juez aplicará exclusivamente normas de derecho privado.

Por ello es importante conocer si estamos en presencia de un contrato regido por normas de derecho privado, o por normas de derecho administrativo. No sólo porque se aplicarán principios y normas que son diferentes unas de otras, sino también porque el juez que tendrá que intervenir en caso de conflicto será distinto, sobre todo en aquellos lugares en que hay jueces con competencia en derecho privado y con competencia en lo contencioso administrativo, como sucede en todas las provincias argentinas.

Esta teoría, si bien niega la existencia de contratos administrativos, acepta la posibilidad de que el Estado suscriba contratos, siempre y cuando éstos sean regidos por el derecho privado ya que no habrá subordinación jerárquica entre el particular y la Administración Pública, ni cláusulas exorbitantes con relación al derecho común.

### 3.2.2. *Contratos regidos por normas del derecho administrativo*

Las modernas doctrinas francesas, españolas y argentinas reconocen la existencia del contrato administrativo, destacando los siguientes caracteres que servirán de pautas para determinar la presencia de un contrato administrativo.

Analizan:

a) *El elemento subjetivo*: Los defensores de esta teoría afirman que siempre que actúe la Administración Pública, el contrato será regido por los principios y normas del derecho administrativo. En consecuencia, para esta teoría, no hay posibilidad de que el Estado suscriba un contrato civil.

Se la ha criticado diciendo que es “estatista”, porque si se acepta que el Estado sólo puede suscribir contratos regidos por el derecho administrativo, se está aceptando también que en todos los contratos existan cláusulas exorbitantes, la subordinación jurídica del particular con la Administración, y la de todas las otras prerrogativas que tiene la Administración en virtud de procurar cumplir con su cometido: promover el bienestar general.

Esta tesis no es aplicable en Argentina, en virtud que la jurisprudencia ha aceptado que el Estado puede suscribir contratos regidos por el derecho público o regidos por el derecho privado, pero no en su totalidad, sino sólo en el “objeto”, ya que -como lo he dicho anteriormente- siempre existirán normas del derecho administrativo que se deberán aplicar porque regulan la competencia del órgano, el procedimiento de selección del contratista, la publicidad, etc..

En consecuencia, debo recalcar que, aun en los contratos regidos por el derecho privado que suscriba la Administración, habrá normas del derecho administrativo que no se podrán marginar, como las precedentemente mencionadas.

b) *El procedimiento*: Otra parte de la doctrina afirma que hay contrato administrativo siempre que la Administración deba seguir un procedimiento previo para la contratación. En consecuencia, las formalidades previas a la suscripción de un contrato son las que determinan su existencia.

Esta teoría ha sido criticada en el sentido que en nuestro país hay normas que expresamente establecen que el Estado para contratar debe seguir un procedimiento de selección, como lo determina el art. 74 de la Constitución de la Provincia de Córdoba <sup>17</sup>.

En consecuencia, el principio general es el de acudir a un procedimiento de selección y la excepción es la contratación directa.

El Estado deberá realizar el procedimiento de selección aunque se trate de un contrato civil. No obstante, puede contratar directamente con un particular cuando las normas lo permiten, por ejemplo para la adquisición de útiles y elementos de papelería de bajo costo para una oficina, o la contratación directa con un pintor o un escultor por sus condiciones personales para la realización de un cuadro o una escultura.



c) *La sustancia o la esencia del contrato*: Otros autores sostienen que es necesario analizar la sustancia o la esencia del contrato, ya que si éste consiste en la prestación de un servicio público<sup>18</sup> no hay duda alguna que se está en presencia de un contrato administrativo.

En consecuencia, para esta teoría, lo importante es el objeto.

Ha sido criticada porque el mismo objeto puede tener distintos tratamientos, como sucede con la relación de empleo público, que en nuestro país, una parte del personal que colabora con el Estado se encuentra sujeto a normas de derecho administrativo, reguladas en el Estatuto del Empleado Público<sup>19</sup>. Mientras que otra parte, que también colabora con el Estado, se encuentra sujeta a los principios y normas del derecho laboral<sup>20</sup>, como son los que prestan servicios en la Administración Federal de Ingresos Públicos, en la Administración Nacional de Aduanas y en todos los organismos de control de los servicios públicos.

Por ello, en nuestro país, de acuerdo al derecho positivo vigente, esta teoría nos puede inducir en error.

d) *Existencia de cláusulas exorbitantes*: Para los sostenedores de esta teoría, lo que caracteriza al contrato administrativo es la existencia de cláusulas exorbitantes<sup>21</sup>, distintas de las que figuran en los contratos regidos por el derecho privado, las que de existir en estos contratos serían declaradas nulas.

Esta afirmación es, en teoría, adecuada aunque de poca aplicación en la realidad, pues en ciertos contratos de locación de inmuebles que realizan algunas provincias, para que dicho inmueble sea utilizado como vivienda de un funcionario que no vive en la ciudad capital, advertiremos que se incluyen algunas cláusulas exorbitantes, como por ejemplo, que el inquilino (el Estado) podrá atrasarse en el pago del alquiler hasta un año, sin tener derecho el propietario a iniciar juicio de desalojo por esa causal, y sólo podrá solicitar judicialmente el pago de los intereses moratorios pertinentes.

e) *El fin del contrato*: Algunos administrativistas<sup>22</sup> ponen el acento en el fin por el cual se suscribe el contrato, y si se ha hecho en procura de obtener el bienestar general o la satisfacción del interés público, no hay duda alguna que el contrato es administrativo. En caso contrario, se tratará de un contrato regido por el derecho privado.

Esta teoría ha sido criticada aduciendo que el Estado siempre debe tender a la satisfacción del bien común, pudiéndolo hacer en forma directa o indirecta, ya que la idea de interés público debe ser entendida en sentido amplio, como es la satisfacción de los intereses sociales o de las necesidades colectivas.

Por lo tanto, no es posible concebir que el Estado pueda actuar sin tener en cuenta la satisfacción del interés público o del bienestar general.

f) *Legalista*: Hay quienes sostienen<sup>23</sup> que la pauta la da el propio legislador como representante del pueblo y, por lo tanto, si él ha decidido que es un contrato regido por el derecho administrativo, como por ejemplo, el contrato de obras públicas o el contrato de suministro, hay que aceptar esa decisión.

Se ha criticado esta teoría porque no es científica, sino que está supeditada a la voluntad del legislador, que puede ser política y, por ello, puede cambiar de un momento a otro.

g) *El de la jurisdicción*: Hay autores<sup>24</sup> que sostienen que el criterio que se debe utilizar es el de la jurisdicción, ya que si el tribunal competente para entender es el que tiene jurisdicción en lo contencioso administrativo, no hay duda alguna que el contrato es administrativo. En cambio si el tribunal que interviene es el competente en lo civil y comercial, el contrato es de derecho privado.

Esta teoría ha sido criticada porque se confunden las consecuencias con las causas, pues la jurisdicción que deberá conocer es la contencioso administrativa, precisamente porque el contrato se encuentra regido por normas y principios de derecho administrativo, y si la contratación está regida por el derecho privado, el tribunal que entenderá será aquél que tenga competencia en esta rama del derecho.

A modo de conclusión, recalco que prefiero denominar la vinculación existente entre el Estado y los particulares como “contratación administrativa” y no como “contrato

administrativo”, en virtud de que esa vinculación jurídica puede estar regida total o parcialmente por el derecho administrativo <sup>25</sup>.

#### **4. Actividad precontractual**

Generalmente, las normas de nuestro país establecen que el Estado, para contratar, debe seguir un procedimiento de selección, y sólo por excepción podrá contratar directamente. Puedo citar como ejemplo, la Ley de Contabilidad de la Nación (decr.-ley 23.354/56), con las reformas introducidas por la Ley de Administración Financiera del Estado 24.156, Ley de Obras Públicas 13.064 y la Ley de Obras Públicas realizada por cobros de tarifas o de peajes 17.520, entre otras.

Esta obligación normativa trae como consecuencia que el Estado (Nación, Provincia o municipio) no puede contratar directamente, salvo que se trate de alguna de las causales establecidas en la norma que corresponde aplicar, y para ello se requiere que el acto administrativo que así lo disponga esté debidamente motivado bajo pena de nulidad <sup>26</sup>.

Sucede que, a veces, obrando el funcionario de mala fe, trata de encuadrar la contratación directa en algunas de las causales establecidas en el derecho positivo, con el objeto de no llamar a licitación pública.

Es por esta razón que, si se ha adjudicado directamente y se descubre que se está en presencia de una falacia, el acto administrativo de adjudicación es nulo así como también el contrato, pero, en este caso, a mi criterio, el responsable no es el Estado sino los funcionarios que suscribieron la adjudicación. Ello no quiere decir que el juicio se deba iniciar directamente contra los funcionarios, sino que se puede iniciar en contra del Estado quien, posteriormente, repetirá en los funcionarios que obraron de mala fe el monto pagado como indemnización a los perjudicados.

También el obrar doloso puede estar en la redacción de los pliegos, ya que puede suceder que se confeccionen cláusulas que benefician indebidamente al Estado en perjuicio del contratista, como puede ser la cláusula que disponga que el interés por mora en el atraso de los pagos por parte del Estado, será el mismo interés que pagan los bancos oficiales en caja de ahorro, cuando es público y notorio que estos intereses son los más bajos de plaza y además son ínfimos.

Puede existir mala fe cuando en las cláusulas de los pliegos se establecen plazos muy breves para recurrir la adjudicación, como pueden ser veinticuatro o cuarenta y ocho horas, ya que en ese tiempo es prácticamente imposible confeccionar un recurso analizando la documentación que se ha tenido en cuenta para adjudicar el contrato y, con ello, se está violando el debido proceso adjetivo <sup>27</sup> que hace al derecho de defensa, celosamente protegido por el art. 18 C.N. <sup>28</sup>.

Si el vicio está en alguna de las cláusulas del pliego, el adquirente de éste puede impugnarlo y, sobre la posibilidad de impugnar alguna de las cláusulas, existen distintos criterios:

a) la impugnación puede efectuarla cualquier persona, por el solo hecho de ser contribuyente o usuario del servicio público que se solicita, aunque no haya adquirido el pliego que va a impugnar <sup>29</sup>;

b) la mera adquisición del pliego implica condición suficiente para impugnar las cláusulas que se refutan ilegítimas, posición que comparto;

c) la sola adquisición no es suficiente legitimación activa para impugnar los pliegos de licitación, sino que debe ser integrada además con la acreditación de las condiciones objetivas de admisibilidad. Es decir, demostrar que se reúnen los requisitos exigidos por el pliego para ser oferentes <sup>30</sup>;

d) que se exija para la configuración del interés legítimo la presentación en el procedimiento de licitación y, por lo tanto, en el acto de presentación de las ofertas tiene que hacer constar las objeciones que las disposiciones del pliego le merezcan <sup>31</sup>.

Además me parece conveniente recalcar que la adjudicación, como acto administrativo, puede ser nula por varios motivos:

a) Porque no estuvo suficientemente motivada <sup>32</sup> (art. 7º inc. e) de la ley 19.549).

b) Porque el funcionario que la dispuso no era competente <sup>33</sup> para decidir la adjudicación (art. 7º inc. a) de la misma ley).

c) Porque se la hizo para beneficiar a una empresa determinada existiendo “desviación de poder”, que es un vicio en la finalidad <sup>34</sup> (art. 7º inc. f) de la ley de trámite administrativo).

d) Porque la causa invocada es falsa o los antecedentes que se citan son inexistentes <sup>35</sup> (art. 7º inc b) de la citada ley).

En algunas oportunidades, los funcionarios públicos han considerado que la motivación no es un elemento esencial del acto administrativo, cuya deficiencia pueda invalidarlo y, por ello, no se han esmerado en hacer conocer las razones que tuvieron en cuenta para adjudicar la contratación, lo que considero un grave error.

Además han sostenido que la decisión sobre cuál era la oferta más conveniente es una facultad discrecional de la Administración, que escapa al control judicial por encontrarse dentro de la “zona de reserva de la Administración”, lo que también es otro grave error, ya que ello no puede significar que las decisiones que toma el Estado se sustraigan al control judicial.

En esta línea de pensamiento Coviello <sup>36</sup> sostiene: “... no quiere ello decir que zona de reserva de la Administración signifique exención del control judicial. Antes bien, el control siempre existirá aunque se trate de la denominada por Bianchi como ‘zona interna’, porque tanto ésta como aquélla no dejan de ser objeto del control judicial cuando las esferas de su competencia (entendida en su sentido amplio: atribución legal y jurisdicción en la actuación) se han exorbitado...”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en numerosas oportunidades sobre estos aspectos, y cito como ejemplo, la sentencia del 17 de febrero de 1998 dictada en los autos: “Organización Coordinadora Argentina S.A. c/ Secretaría de Inteligencia del Estado” <sup>37</sup>, en cuyo considerando 8º dijo: “Que todo supuesto de exención de subasta pública obliga con mayor razón a justificar en las actuaciones la relación entre el precio de los bienes y servicios contratados y los de plaza, y a explicar, en su caso, por qué aquél difiere de éste; según lo establecido con carácter general en los apartados c), d) y e) del inc. 30 de la Reglamentación al art. 61 de la Ley de Contabilidad aprobada por decreto 5720 de 1972. Tanto más si la contratación directa se funda en la necesidad de mantener la reserva sobre determinadas operaciones del gobierno, ya que el secreto sólo rige respecto de ciertos actos en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correctivo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales se decide, y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, la de contratar; pues aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley, el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos...”.

Estimo de interés destacar que los actuales códigos de procedimiento contencioso administrativo que rigen en cada provincia así como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a diferencia de los que estuvieron vigentes en la primera mitad del siglo veinte, ya no establecen que no son impugnables los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales.

Esto significa que el órgano judicial tiene competencia para revisar si la Administración ha elegido una solución correcta, entre varias de igual condición dentro del mundo jurídico.

Por ello -como bien dice Sesin <sup>38</sup>- en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad, se debería hablar de técnicas de control de su ejercicio.

Otros vicios que comete la Administración y que, por lo general, se debe a la mala fe de los funcionarios, es el no dar suficiente publicidad al llamado a licitación, con lo que se impide la mayor cantidad de probables oferentes perjudicando también al Estado, porque en lugar de elegir entre muchos tiene que elegir entre pocos y, a veces, tiene que optar entre sólo los dos que se han presentado.

## 5. Ejecución del contrato

Durante la ejecución del contrato ambas partes deben obrar de buena fe. Si tomamos a manera de ejemplo el contrato de obra pública, los funcionarios que se encuentran al frente de la obra y el contratista, tienen la obligación de actuar de buena fe, y esto deberá sujetarse a lo que establezcan los pliegos de condiciones generales y particulares que sirvieron de base para la licitación y adjudicación de las obras.

Por ello, el contratista, en el contrato de obra pública, es responsable de las consecuencias que puedan derivar de la realización de trabajos, basados en proyectos o planos con evidentes o manifiestos errores que no denunció previamente por escrito a la inspección.

Tampoco podrá incorporar a la obra materiales que no han sido aprobados al certificar su acopio, ni menos aún los rechazados, y está obligado a retirarlos dentro del plazo que se le fije, de lo contrario, podrán ser depositados por su cuenta y cargo donde la inspección crea conveniente, debiendo el contratista afrontar los gastos que origine no sólo el transporte sino también el depósito.

La inspección está obligada a la medición de los trabajos ejecutados y a su certificación mensual. A veces, obrando de mala fe, se demora en efectuarlas, ocasionando un perjuicio al contratista porque el pago de esos certificados también se prorroga.

En otras ocasiones, los funcionarios obstaculizan la buena ejecución de un contrato, ya sea postergando la solución de los problemas que se han presentado o impidiendo una ejecución satisfactoria de las obras dentro del plan de trabajos aprobados.

En otras oportunidades, los funcionarios obrando de mala fe no reconocen la existencia de trabajos adicionales y esto trae como consecuencia el reclamo pertinente, a los fines de preparar la acción contencioso administrativa.

Puede suceder que, con motivo de una obra, el Estado tenga varios juicios, ya que el contratista se ve obligado a impugnar cada uno de los actos administrativos que se dicten y que afecten su derecho subjetivo de carácter administrativo, a fin de evitar que la Administración sostenga que el acto administrativo se encuentra consentido al no haber sido recurrido en tiempo propio<sup>39</sup>.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que ambas partes, funcionarios y contratistas, deben proceder de buena fe y así el contrato se ejecutará en el tiempo previsto, lo cual redundará en la satisfacción del interés general, que no sólo beneficiará a las partes contratantes, sino también a la comunidad.

### Notas:

\* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 5 de junio de 2007.

<sup>1</sup> Enrique SAYAGUÉS LAZO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1959, t. I, pág. 528 y ss..

<sup>2</sup> Carlos E. DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, pág. 7 y ss..

<sup>3</sup> Jesús Luis ABAD HERNANDO, *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1967, pág. 81.

<sup>4</sup> Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, t. I, pág. 169 y ss..

<sup>5</sup> Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1949, t. I, pág. 193 ss..

- <sup>6</sup> Carlos DELPIAZZO, ob. cit., pág. 10.
- <sup>7</sup> Miguel S. MARIENHOFF, ob. cit., 1970, t. III-A, pág. 85 y ss..
- <sup>8</sup> Rafael BIELSA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1947, t. I, pág. 112 y ss..
- <sup>9</sup> Roberto DROMI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pág. 106 y ss..
- <sup>10</sup> Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, Bogotá, Legis, 2005, pág. 304.
- <sup>11</sup> Manuel María DIEZ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Omeba, 1965, t. II, pág. 436 y ss..
- <sup>12</sup> Manuel María DIEZ, ob. cit., t. II, pág. 440 y ss..
- <sup>13</sup> Otto MAYER, *Le droit administratif allemand*, París, 1905, t. I, pág. 176 y ss..
- <sup>14</sup> Gastón JÉZE, *Principios generales de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. I, pág. 48 y ss..
- <sup>15</sup> Guido ZANOBINI, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Arayú, 1950, vol. I, pág. 177 y ss..
- <sup>16</sup> Marcel WALINE, *Précis de droit administratif*, París, Editions Montchrestien, 1969, pág. 390 y ss..
- <sup>17</sup> Art. 74.- "... Toda contratación del Estado provincial o de los municipios se efectúa según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección".
- <sup>18</sup> Jean RIVERO, *Droit administratif*, París, Dalloz, 1990, pág. 150.
- <sup>19</sup> Ley marco de empleo público 25.164.
- <sup>20</sup> Ley de contrato de trabajo 20.744 y a convenios colectivos de trabajo.
- <sup>21</sup> Miguel S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-A, pág. 80 y ss..
- <sup>22</sup> Gabino FRAGA, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1960, pág. 427.
- <sup>23</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, t. I, pág. 683.
- <sup>24</sup> Recarero FERNÁNDEZ DE VELAZCO, *Los contratos administrativos*, 2ª ed., Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1945, pág. 15.
- <sup>25</sup> Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA, "¿Contratos administrativos de entes públicos no estatales?" en *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2007, pág. 248.
- <sup>26</sup> Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA, "Responsabilidad del Estado en el procedimiento de selección del contratista" en *Contratistas del Estado*, Revista de Derecho Público, 2006, N° 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 227 y ss..
- <sup>27</sup> Ver: "Ferrer Deheza, Miguel A. c/ Universidad Nacional de Córdoba", 2/9/76, en Fallos 295:276.
- <sup>28</sup> Héctor A. MAIRAL, "Los defectos de la contratación administrativa" en *Contratistas del Estado*, obra colectiva, Revista de Derecho Público, 2006, N° 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni 2006, pág. 170 y ss..
- <sup>29</sup> Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. II, págs. XII-XI y ss..
- <sup>30</sup> Es la tesis sustentada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la Sent. N° 21 del 8/7/88 en los autos: "Lizio, Ubaldo José c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Cont. Adm. - Ilegitimidad".
- <sup>31</sup> Es la tesis sustentada por los distinguidos profesores de la Universidad Nacional de Córdoba, Dres. Benigno Ildarraz y José Luis Palazzo en "Configuración del interés legítimo para impugnar cláusulas de pliegos licitatorios" en Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, septiembre/diciembre 1989, año I, N° 2, pág. 365 y ss..
- <sup>32</sup> Estela B. SACRISTÁN, "La motivación como requisito esencial del acto administrativo" en *Acto administrativo y reglamento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2002, pág. 65 y ss..
- <sup>33</sup> Ismael MATA, "La competencia como requisito esencial del acto administrativo" en *Acto administrativo y reglamento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2002, pág. 23.
- <sup>34</sup> Tomás HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1987, t. I, pág. 161 y ss..
- <sup>35</sup> Pedro José Jorge COVIELLO, "La causa y el objeto del acto administrativo" en *Acto administrativo y reglamento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2002, pág. 33 y ss..
- <sup>36</sup> Pedro José Jorge COVIELLO, "La denominada zona de reserva de la administración y el principio de la legalidad administrativa" en *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 221.
- <sup>37</sup> Fallos 321:174.
- <sup>38</sup> Domingo Juan SESIN, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 1994, pág. 287.
- <sup>39</sup> Ver la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5/4/95 en los autos: "Gypobras S.A. c/ Estado Nacional", publicada en Fallos 318:441.

## INSOLVENCIA SOCIETARIA Y CUESTIONES INTERDISCIPLINARIAS

por EFRAÍN H. RICHARD \*

Produciremos un breve informe interdisciplinario sobre la crisis económico-financiera de las sociedades como forma de organización de la empresa donde concurren intereses múltiples. Intentamos plantear la problemática de la insuficiencia patrimonial de las sociedades y el uso abusivo que hacen sus administradores y/o socios de los procedimientos concursales, presentando acuerdos de cuestionable licitud y abusividad, logrando que los acreedores deban soportar integralmente la reestructuración patrimonial.

La cuestión se inicia con una dotación patrimonial insuficiente en la constitución de la sociedad, en la desfuncionalización patrimonial en la operatoria que impide el normal cumplimiento de las obligaciones contractuales o la satisfacción de las extracontractuales.

1. Con la reforma del '83 a la ley de concursos y luego en el homenaje a Frías comenzamos a interesarnos sobre lo que llamamos un "plan de empresa", pero que representa un plan de explotación o el contenido de la Memoria de la sociedad anónima sobre la prospectiva. Aunque la ley del '95 lo exige para la presentación de una propuesta de acuerdo, la doctrina y la práctica lo descartaron. Todo el derecho y doctrina extranjera lo reclaman como forma anticipatoria de la crisis. Insistimos sobre ello como obligación de los administradores como buenos hombres de negocios, se plegó gran parte de la doctrina cordobesa y rosarina, y el año pasado la Resolución IGJN 6/2006 lo puso como exigencia de la Memoria, citando nuestros trabajos.

2. El tema es congruente con otro aspecto económico: el monto del capital fundacional de las sociedades, donde un grupo de la doctrina sostenía que era facultad del registrador exigir un monto acorde al objeto de la sociedad, mientras otro vinculado al análisis económico del derecho sostenía la absoluta libertad para determinarlo. Mediamos sosteniendo que el patrimonio fundacional y el posterior con el que operara la sociedad debían asegurar su funcionalidad, siendo ello una responsabilidad de administradores y socios, pues no se podía perjudicar a terceros. Nos basábamos inclusive en la cuestionable limitante responsabilidad que había fijado la Corte para los socios en el llamado caso "Palomeque".

3. Pese a la derogación del plazo para presentarse en concurso, venimos sosteniendo que ello era aparente, que debía afrontarse la crisis rápidamente y que las primeras medidas debían ser societarias.

Sostuvimos que en caso de no actuar oportunamente, surgía responsabilidad para administradores y socios. La doctrina no recibió ese criterio hasta hace dos años donde en una primera polémica se comenzó a aceptar que era deber de los administradores poner la cuestión en manos de los socios.

También se viene receptando otra de nuestras tesis: que la preconcursalidad societaria estaba en el derecho societario. A fines del año pasado en el fallo "Transportes Perpen", la Cámara Comercial - Capital Federal sostuvo ambas hipótesis para responsabilizar a todo el directorio por falta de presentación tempestiva en concurso y por no adoptar las reglas societarias.

4. Otro tema que abordamos, incluso en esta sede, era lo depredatorio de las quitas y esperas, llegando a sostener en reunión conjunta en Buenos Aires, una acción de responsabilidad individual contra administradores promovida por acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos. Ello fue aceptado en la primera polémica referida. A su vez sostuvimos que eran abusivas esas quitas, por cuanto enriquecían a los socios, correspondiendo al esfuerzo compartido la capitalización de las deudas.

5. Devino una tercera polémica sosteniéndose que eran abusivas propuestas de acuerdo en concursos preventivos de sociedades, de quita y espera similares a los que la República Argentina con los acreedores externos. Contestamos refutando tal criterio con doctrina de la Corte Internacional de La Haya, pues en el caso de sociedades los socios se enriquecen, y en el caso de deudas de países la situación responde a sus posibilidades de cumplir con los deberes mínimos para con sus ciudadanos. La Dra. Zlata Drnas nos facilitó el texto completo del fallo que citábamos en sus partes pertinentes.

6. Allí engarzó otra cuestión de orden público Congruentes con un aspecto de derecho público sostuvimos la confiscatoriedad y, por lo tanto, la inconstitucionalidad de esas quitas en cuanto intentaran ser aplicadas a quienes no las habían votado expresamente. El tema está aún abierto, pero hemos recibido la opinión favorable de Antonio María Hernández y Ricardo Haro. Del esfuerzo compartido nada, lo que se lograría por la capitalización del pasivo previsto en la ley de sociedades y también en la concursal.

7. Y avanzamos sobre el carácter de la cesión de voto en el concurso, retomando un viejo criterio de Cámara, en La Ley del 4 de marzo de 2006, la doctrina cambió fundamentalmente adhiriendo algunos a nuestro criterio sobre que sólo podían votar los acreedores convocados y concurrentes, y otros acercándose a ese pensamiento sosteniendo que sólo podían hacerlo los verificados y declarados admisibles, rechazando la práctica de la cesión o subrogación formalizada apenas antes de vencer el plazo para aprobar la propuesta. A los criterios colegiales se sumó la previsión del art. 1195 *in fine* C.C., validando la transferencia del crédito pero no el ejercicio del voto para “perjudicar a terceros” acreedores que no aprobaron o no podían ejercer ese derecho, aplicando así principios basales del derecho privado patrimonial negocial.

8. Sobre ese punto se generó también una polémica sobre aspectos penales, que recientemente motivaron un procesamiento vinculado al delito previsto en el art. 180 C.P. de colusión, al haberse acreditado las maniobras formalizadas por la deudora, funcionarios de un banco y terceros para ceder el crédito a fin que un supuesto tercero votara favorablemente una propuesta predatoria.

También nos hemos referido a la nueva figura penal introducida en el 2003 en el art. 174 inc. 6 C.P., de entorpecimiento al normal desenvolvimiento de la empresa.

9. Otro aspecto interdisciplinario es el impositivo respecto de la tributación que corresponde formalizar a la sociedad concursada que logra un acuerdo de quita, que conlleva a una transformación patrimonial de la sociedad que puede importar una ganancia.

10. No queremos cerrar este informe sin apuntar que la mayoría de las propuestas no están debidamente formalizadas, sea por el órgano que la presenta a los acreedores, como por la alta de las medidas de administración y disposición que se adoptarán durante el tiempo de cumplimiento del acuerdo -últimamente se proponen esperas y plazos que rondan los 20 años-, y la conformación de un comité de acreedores acordado con la mayoría de los acreedores que presupone un análisis también de la propuesta a formular. Todos esos aspectos integran la propuesta, lo que no es tenido en cuenta ni por la sociedad concursada ni por el tribunal.

Como se advertirá, hay múltiples cuestiones que merecen ser abordadas interdisciplinariamente, no meramente a través de las normas contenidas en la legislación concursal y con una visión central: el bien jurídico tutelado por esa legislación y, en general, por la conservación de la empresa, a la que no le interesa quiénes son sus propietarios, lo que recoge apenas la legislación concursal al autorizar la posibilidad de una propuesta formalizada por terceros cuando los administradores y socios de la sociedad concursada no logran el acuerdo con sus acreedores en una primera gestión.

Así, en el tiempo concedido hemos intentado formalizar el informe comprometido, abriendo cuestiones y apenas esbozando respuestas. Algunas de éstas se encuentran

fundadas en diversos trabajos, algunos incorporados a la página electrónica de la Academia [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) e integrarán un libro en prensa con la Editorial Lexis Nexis que lleva el mismo título de este informe.

Notas:

- Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 19 de junio de 2007.



# INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA COBERTURA DE LOS RIESGOS DEL TRABAJO

por RAÚL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA \*

**SUMARIO:** I. Presentación del tema. II. Sistemas de responsabilidad individual argentinos. A. Ley 9688 (reformada por leyes 12.631, 12.647, 13.639, 15.448, 18.913 y decretos leyes). B. Ley 24.028. C. Ley de riesgos del trabajo 24.577 (L.R.T.). Soluciones judiciales. Prospectiva

## I. Presentación del tema

La protección de los infortunios en la República Argentina (sean por el hecho o en ocasión del trabajo, o extraños a él) estuvo y está a cargo del empleador, quien puede delegar voluntariamente -en algunas hipótesis- la responsabilidad en una compañía de seguros. El parlamento argentino no logró aprobar un sistema de reparación por parte de la seguridad social.

Desde el comienzo de la legislación protectora -a principios del siglo veinte- el amparo de los infortunios o dolencias (accidentes y enfermedades) se clasificaron:

Por el hecho o en ocasión del trabajo:

- Ley 9688 (BO., 21/10/1915, reformas y reglamentación)
- Ley 24.028 (B.O., 17/12/91)
- Ley 24.557 (L.R.T., B.O., 4/10/95, actualmente vigente)

Dolencias extralaborales

- Ley 11.729 (art. 155) (B.O., 25/9/34)
- Ley 20.744 (arts. 208-213 L.C.T.) (BO., 27/9/74)

## II. Sistemas de responsabilidad individual argentinos

*A. Ley 9688 (reformada por leyes 12.631, 12.647, 13.639, 15.448, 18.913 y decretos leyes)*

1. Responsabiliza a todo patrón de:
  - a. los accidentes por el hecho o en ocasión del trabajo (art. 1°), que produzca una incapacidad superior a cuatro días corridos (art. 3°);
  - b. el accidente *in itinere* (art. 1°, 2° párr.) y,
  - c. la enfermedad contraída en el ejercicio de su profesión (art. 22).
2. Se aplica a todos los trabajadores en relación de dependencia (art. 2°).
3. Consagra hipótesis que liberan de responsabilidad al empleador (art. 4°).
4. Introduce la responsabilidad solidaria ente el patrón y el contratista (art. 6°).
5. Permite a los empleadores, sustituir las obligaciones por un seguro a favor del personal.
6. Ampara los infortunios laborales que provoquen al trabajador: muerte, incapacidad absoluta y permanente; incapacidad parcial y permanente, e incapacidad temporal (art. 8°).
7. Obliga al empleador y/o compañía de seguros, a depositar a nombre de la víctima o de sus derechohabientes, el valor de la indemnización en la Caja de Accidentes, quienes podrán optar en cobrarla por medio de renta (arts. 9° y 10).
8. Define los conceptos de salario anual, diario y básico (art. 11).
9. La indemnización no puede ser embargada, ni transferida por medio de cesión, transacción o renuncia, y goza de los privilegios otorgados por las leyes comerciales (art. 13).

10. Para percibir el salario durante la incapacidad temporaria, el obrero víctima no podrá ausentarse del país.

11. El trabajador que ha sufrido un accidente, *puede optar* entre la acción especial o las que pudieren corresponderle según el derecho común, por causa de dolo o negligencia del patrón. Ambas indemnizaciones son excluyentes, y la iniciación de una de ellas o la percepción de cualquier valor por su concepto, importa la renuncia *ipso facto*, de los derechos que en ejercicio de la otra pudieran corresponderles (art. 17).

12. Para que la enfermedad sea indemnizable, debe ser declarada efecto exclusivo de la clase de trabajo que realizó la víctima durante el año precedente a la inhabilitación.

#### B. Ley 24.028

1. “Todos los empleadores están sujetos a las responsabilidades y obligaciones que se establecen en esta ley” (art. 1º), con ello se proyecta a las empresas privadas y públicas.

2. “Se considerará trabajador a toda persona física que se desempeñe en relación de dependencia, en virtud de un contrato o relación de trabajo, o de un contrato de empleo público, cualquiera sea la modalidad de contratación, la índole de las tareas desempeñadas o la actividad de su empleador, con excepción de los trabajadores del servicio doméstico” (art. 2º).

3. El empleador será responsable por los daños psicofísicos sufridos por el trabajador por:

a. Un accidente de trabajo (art. 2º).

b. Un accidente *in itinere* (art. 3º).

c. Una enfermedad por el hecho o en ocasión del trabajo; la indemnización será exigida del último empleador que ocupó al trabajador. Si la enfermedad -por su naturaleza- pudo ser contraída gradualmente, los empleadores anteriores deberán resarcir proporcionalmente al último empleador que abonó la indemnización (art. 2º *in fine*).

4. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento, contraten o subcontraten, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia de la empresa, serán solidariamente responsables frente al trabajador y sus causahabientes (art. 4º).

5. Los empleadores podrán sustituir total o parcialmente las obligaciones emergentes de esta ley, por un seguro constituido a favor del trabajador y sus causahabientes. El trabajador damnificado -o sus causahabientes- deberán demandar por las indemnizaciones al empleador. La aseguradora sólo puede ser citada en garantía por el empleador, el trabajador o sus causahabientes (art. 6º *idem* al art. 118 de la ley 17.418 de seguros).

6. Similar al art. 17 ley 9688, el trabajador posee “**un derecho de opción**”: promover la acción con fundamento en la ley especial (con indemnización tarifada y con tope), o reclamar una indemnización integral (daño moral, lucro cesante, daño emergente, etc.), con fundamento en los arts. 1109 ó 1113 C.C. (similar a un accidente de tránsito), Ambas indemnizaciones son excluyentes, y la iniciación de una de ellas o la percepción de cualquier suma de dinero en virtud de uno de ellos, importa la renuncia al ejercicio de las acciones y derechos y al reclamo de las indemnizaciones que pudieran corresponderle en virtud del otro. Para las acciones de derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes (art. 16) consagrando lo que se denomina “**opción con renuncia**”, que la Corte Suprema no había declarado inconstitucional.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió “Conforme el art. 3º del Código Civil (reformado por ley 17.711), la reclamación por accidente del trabajo debe resolverse a la luz de lo dispuesto por el art. 1113 C.C., aun cuando el accidente fuese anterior a su vigencia, siempre que la demanda sea posterior a ella” (*in re*: “Petina de Gentile, Adelina c/ Industria Funsá S.R.L.”, del 9/11/71; D.T., 1972, pág. 107).

Compartiendo el criterio de la Corte bonaerense, el plenario N° 169 de la CNAT sentenció: “En caso de haberse optado por la acción de derecho común, es aplicable el art. 1113 del

Código Civil, modificado por ley 17.711” (*in re*: “Alegre, Cornelio c/ Manufactura Algodonera Argentina” del 14/10/71).

### C. Ley de riesgos del trabajo 24.577 L.R.T.

#### 1. Cuestiones generales

El 4 de octubre de 1995 (4/10/95) se publicó en el Boletín Oficial de la Nación, la ley sobre riesgos del trabajo (L.R.T.), que produjo en las relaciones laborales una importante transformación.

Uno de los objetivos de la norma era la reducción de la siniestralidad laboral, a través de la *prevención* de los riesgos derivados del trabajo, aunque en los hechos no se cumplieron.

Propiciaba la reducción de los procesos judiciales que se habían promovido durante las vigencias de las leyes 9688 y 24.028.

Una de las falencias básicas de la norma en estudio, fue la falta de adecuación a los principios de la seguridad social, de haberlo realizado brindaría cobertura a la “**contingencia salud**”.

Desde hace más de veinte años, venimos bregando por una cobertura integral de la “**contingencia salud**”, que comprende la inclusión de los principios de la seguridad social y, el amparo *integral* de los accidentes y enfermedades por el hecho o en ocasión del trabajo o extraños a él.

#### 2. Problemas que presenta la cobertura de los infortunios por parte de la L.R.T.

1º) **La naturaleza jurídica de las ART**: El ente asegurador es privado con fines de lucro, comprendidas en la ley 20.091, que regula las actividades de las aseguradoras con sentido mercantilista (art. 26 inc. 1) y, por lo tanto, primará la obtención de ganancia y el beneficio económico.

- Es un sistema de responsabilidad individual del empleador con seguro obligatorio, porque el asegurado es el empleador, quien debe asegurarse u optar por el autoseguro (art. 27.1), siendo el trabajador y sus derecho habientes un tercero. No existe una regla que expresamente libere al empleador frente al trabajador y sus derechos habientes. El contrato con la ART, es un típico un contrato de seguro.

- Para algunos especialistas, es un subsistema privado de previsión social, a tenor de la definición de Juan José Etala, como “*reserva voluntaria y consciente de bienes para aplicarlos a las exigencias y necesidades del porvenir. Es un acto reflexivo y personal que puede presentar distintas formas: ahorro, mutualismo, seguro*”.

- Para Carlos Facal <sup>1</sup>, no son de aplicación los institutos centrales del contrato privado de seguros total como son: 1) la reticencia; 2) la agravación del riesgo; 3) la *exceptio non adimpleti contractus* (suspensión automática de la cobertura por falta de pago de la alícuota); 4) la falta de cobertura de aquellos trabajadores no declarados y, por lo tanto, rige el principio del “*automatismo de la relación*”, en lugar del “*sinalagma contractual de naturaleza aseguradora*”.

2º) **Insuficiencia económica de las prestaciones**, en particular, *la prestación dineraria que durante la “incapacidad laboral temporaria”*; que motivó el plenario 208 CNAT sobre el art. 8º inc. d) de la ley 9688, y la declaración de inconstitucional de los arts. 12 y 13 primer párrafo, L.R.T., por parte de las salas 5ª de la CNAT y 10ª del Trabajo de Córdoba, al resolver:

La CNAT, por plenario N° 208: “El trabajador accidentado debe percibir durante su *incapacidad temporal* (art. 8º inc. d, ley 9688), el salario que percibía al momento de producirse el infortunio, conforme al CCT de aplicación, o superior en su caso, y corresponde sea incrementado con los aumentos para el período de inactividad dispusieren la leyes, CCT o

decisión del empleador” (*in re*: “Sartirana, Hugo R. c/ Lavadero Eléctrico X de Alfonso Sánchez” del 22/9/75 )<sup>2</sup>.

Merece destacar que el pleno *no declaró inconstitucional el inc. d), art. 8º, ley 9688, directamente, lo modificó, ejerciendo facultades legislativas.*

Para los Dres. Julio César Simón y Oscar Zas, integrantes de la Sala 5ª CNAT., es conveniente señalar que la coaccionada “Provincia ART S.A.”, liquidó las prestaciones dinerarias -a su cargo- tomando en cuenta un ingreso base de \$ 226,58, que es el módulo salarial que la L.R.T. prevé, junto con las pautas de carácter, porcentaje de la incapacidad y edad del trabajador, para calcular las distintas prestaciones patrimoniales. En efecto, el art. 12 denomina ingreso base a “... la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante - o al tiempo de prestación de servicio si fuere menor a un año- por el número de días corridos comprendidos en el período considerado”. Este apartado, establece la regla para el **sueldo total anual** y para obtener **su valor diario**.

El apartado 2º del art. 12, dispone la pauta para obtener **el valor mensual o Ingreso Base Mensual**, que es el módulo salarial con el que se calcularán las prestaciones: “*El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenida según el apartado anterior por 30,4*”.

En autos, el ingreso base de \$ 226,58, apenas superior al salario mínimo vital y móvil vigente a la época de la liquidación de las prestaciones, resulta absolutamente arbitrario e irrisorio frente a un ingreso mensual de \$ 600, reconocido por la empleadora. El trabajador se accidentó antes de cumplir el segundo mes de trabajo bajo la dependencia de Neoplam S.A. (ingresó el 1/6/99 y se accidentó el 28/7/99), dicha circunstancia en modo alguno es óbice para omitir que, de acuerdo con la documentación de la AFIP, las sumas liquidadas al demandante durante el mes de infortunio (julio de 1999), proyectarían -en base a las pautas del art. 12 L.R.T.- un ingreso base de \$ 560,57.

La aludida norma de la L.R.T., avala como ingreso base (\$ 226,58), resulta claramente reprochable desde el punto de vista constitucional, por cuanto dispone para el trabajador accidentado, un importe inferior al que normalmente le correspondería como contraprestación por su labor.

Comparto la postura del Dr. Antonio Vázquez Vialard, para quien “... *la diferencia que se produce, no tiene justificativo válido. El fundamento jurídico de tal prestación lo es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador, en virtud de una circunstancia que el ordenamiento jurídico le imputa al empleador (en el caso, subrogado en sus obligaciones por la ART). Por lo tanto, no tiene sentido que durante ese lapso el trabajador se vea afectado por un déficit en su ‘ingreso de bolsillo’, que tiene carácter alimentario, en virtud de una causa que no le es imputable, y que la norma asigna la responsabilidad del empleador. El procedimiento que establece la normativa contenida en la ley 24.557 presenta un déficit que se traduce en una situación -que puede ser grave- de irrazonabilidad. Por lo tanto, en la medida que la diferencia resulte significativa estaría legitimada la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en cuanto el trabajador percibe un importe inferior al que le correspondería como salario laboral*”<sup>3</sup>.

El infortunado trabajador ve claramente afectada su remuneración mensual de \$ 600, reconocida expresamente por la empleadora por una prestación (\$ 226,58), que no alcanza siquiera a la mitad del ingreso mensual que tiene carácter alimentario, lo cual se traduce en una situación de irrazonabilidad que lleva a confirmar la declaración de inconstitucionalidad de la mentada previsión de la L.R.T..

La única prestación económica válida que debe recibir el trabajador durante el período en el cual está impedido de concurrir al trabajo (incapacidad laboral temporaria) es la que le correspondía como remuneración, es decir \$ 600, base de cálculo a los efectos de cuantificar el

resarcimiento por incapacidad parcial definitiva. (*in re*: “Lucero, Cristián Guillermo c/ Provincia ART. S.A. y otro s/ despido”, Sent. N° 68608, 5/7/06).

La Sala 10ª de la Cámara del Trabajo de Córdoba, con el voto del Dr. Carlos Toselli, consideró erróneas las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral temporaria, que toma un ingreso base medio inferior a su mejor remuneración; la ley 24.557 en su art. 13 establece que a partir del día siguiente a la primera manifestación invalidante -mientras dure el período de incapacidad laboral temporaria- el damnificado percibirá una prestación de pago mensual, ***de cuantía igual al valor mensual del ingreso base***. La ART -como responsable del pago de la prestación dineraria- deberá retener los aportes y efectuar las contribuciones correspondientes al subsistema de seguridad social que integran el SUSS, conforme con la normativa previsional vigente. Por el accidente de trabajo, los ingresos del trabajador han disminuido considerablemente, porque la ART no ha tomado los ingresos del trabajador enfermo que hubiese percibido de no mediar el impedimento, teniendo en cuenta que el salario es su única fuente de ingreso y sostén de su familia, para hacer frente al sustento alimenticio. Por el art. 208 L.C.T., la forma del cálculo a los fines de la obtención de la incapacidad laboral temporaria (ILT), el nivel de ingresos del trabajador enfermo o accidentado sea el mismo que hubiere percibido en caso de no mediar el impedimento. La ley ha sido clara en expresar que el trabajador perciba “su remuneración” y, por lo tanto, los pagos efectuados durante este período tendrán esa naturaleza, estando sujetos a las disposiciones legales e impositivas que resulten aplicables. Incluso para el cálculo de los salarios que deben abonarse durante el período de licencia paga por enfermedad, deben tomarse todas las remuneraciones principales o accesorias fijadas y variables los viáticos, los premios o primas a producción, adicionales especiales, por asistencia perfecta, presentismo, asignación por kilómetros recorridos, cruce de fronteras, carga y descarga, permanencia y demás asignaciones que el CCT establece y que normal y habitualmente percibía asimismo como las en especie como la comida. El decr. 1278/00 y la ley 24.557 afectan los derechos constitucionales de defensa en juicio, propiedad e igualdad, al impedirle en forma arbitraria acceder a una justa indemnización o prestación dineraria por las enfermedades profesionales que le aquejan. La ART -como ente gestor del sistema- y de conformidad al inc. 1 del art. 39 de la ley procesal de Córdoba 7987, corresponderá al empleador (o al subrogante legal), la prueba contraria a las afirmaciones del trabajador cuando reclame el cumplimiento de obligaciones impuestas por ley. La ART debe acompañar al proceso los cálculos actuariales que ha realizado para determinar el monto que corresponde abonar por la Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) del trabajador, a fin de que se pueda verificar la corrección o incorrección de tal parámetro determinado por el ente gestor. El trabajador que ha padecido un accidente por causas ajenas a su relación laboral (inculpable), percibe de su empleador durante el período de licencia paga, una suma igual a la que debería percibir si estuviera prestando tareas, mientras que el trabajador que padeció un siniestro en cumplimiento de su débito laboral va a percibir de la ART, una suma significativamente inferior, valorada conforme a un promedio de remuneraciones del año anterior a la fecha del siniestro y sin ningún mecanismo de adecuación con respecto del sueldo del activo durante el período de pago de ésta, que puede extenderse -en supuestos de gran invalidez- hasta seis años (un año de ILT, más 36 meses prorrogables por 24 meses más de carácter provisorio en el período de la incapacidad permanente). Conforme lo dispuesto por el art. 12 L.R.T., el ingreso base se fija en atención a las cotizaciones efectuadas durante el año anterior al siniestro, y sin abonarle la compensación dineraria adicional de pago único, lo que es más grave, este esquema está armado para un país de inflación cero, muy distante de lo que acontece en el nuestro, que después del 2001, no prevé ningún mecanismo de actualización en base al salario vigente de un operario de idénticas calificaciones al momento de los pagos de las prestaciones dinerarias periódicas, percibiendo un monto inferior del salario mínimo, y previsiblemente en los próximos meses y años, se seguirá incrementando produciéndose la pulverización de su crédito alimentario y asistencial, generando justamente la situación que nuestra CSJ ha remediado en la causa “Vega, Humberto Atilio c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro” (Sent. del 16/12/1993). Además de la iniquidad que representa diferir temporal sin considerar ningún mecanismo de actualización o corrección monetaria que -conforme doctrina de nuestros máximos tribunales superiores- debe ser corregido por los magistrados, “en ese

ámbito, el control de constitucionalidad se encamina a examinar la razonabilidad de la medida, evitando consagrar una manifiesta inequidad...” (T.S.J. Cba. en pleno, autos: “Rubotti, Fabricio Daniel y otros p.ss.a. de lesiones culposas - Recurso de inconstitucionalidad”, Sent. N° 16, 30/3/00), debe también señalarse la afectación palmaria del derecho de propiedad de la víctima del siniestro, la suma a percibir no representa -de manera alguna- la reparación del daño sufrido, ni se acerca a la pérdida de la capacidad de ganancia, el monto que percibe durante el período de su incapacidad permanente total, es el setenta por ciento (70%) del Ingreso Base Mensual y sin ningún mecanismo que le haga guardar relación con el salario de otro trabajador de idéntica categoría y antigüedad al momento del pago. El infortunado trabajador está claramente afectado en su remuneración mensual, por una prestación que no alcanza a la mitad del ingreso mensual que tiene carácter alimentario, lo cual se traduce en una situación de irrazonabilidad tal que lleva a confirmar la declaración de inconstitucionalidad de la mentada previsión de la L.R.T. La única prestación económica válida que debe recibir el trabajador durante el período en el cual está impedido de concurrir al trabajo (ILT) **es la que correspondía como remuneración si hubiese prestado servicio**, base de cálculo que también ha de tomarse en cuenta a los efectos de cuantificar el resarcimiento por incapacidad parcial definitiva. Se debe hacer lugar a la demanda condenando a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a abonar a la actora, la diferencia entre el sueldo que le correspondía percibir conforme su categoría y antigüedad, si se hubiera encontrado en actividad en la empresa donde aconteció el siniestro, incluyendo en dicho monto lo correspondiente a antigüedad, premios, tickets canasta, adicionales no remunerativos y cualquier otro concepto que hubiera venido percibiendo con normalidad en el período anterior al siniestro y, los que se hubieran determinado que debían ser percibidos por los trabajadores en actividad -de conformidad con normas legales o convencionales- para el período de reclamo y en un todo de acuerdo con los arts. 7° y 8° L.C.T. Al monto que corresponda, deberá descontársele lo percibido de conformidad a lo que surge de los recibos acompañados por la actora. Las sumas definitivas de condena deberán ser adicionadas con intereses a razón del 1,5% mensual, desde la fecha desde que cada obligación es debida hasta el 31 de diciembre de 2005 (31/12/05), en tanto que a partir del 1° de enero de 2006 (1/1/06) y hasta su efectivo pago, dicho interés se elevará a la tasa media pasiva mensual que resulta de la encuesta que realiza el Banco Central de la República Argentina, incrementada en un dos por ciento mensual (2%), todo conforme lo dispuesto por la ley 23.928 y sus decretos reglamentarios 529/91 (art. 8°) y 941/91 (art. 10), los que se mantienen vigentes luego de la sanción de la ley 25.561, a los fines de mantener incólume su contenido, habida cuenta de la situación financiera que se vive en la actualidad y que evidencia un incremento en los índices inflacionarios proyectados para el presente año con relación a los anteriores. pretendiendo con ello ajustarse a la nueva realidad económica, con el objeto de evitar que el deudor obtenga un enriquecimiento indebido por no cumplir en tiempo con su obligación y que el acreedor resulte perjudicado con la morosidad del primero, teniendo además presente que las tasas bancarias son sólo tasas de referencia. La fijación de la tasa de interés no causa estado, si las circunstancias varían de modo notable, podrán ser modificadas, aun en etapas posteriores al dictado de la sentencia, sin que ello afecte el derecho de defensa de las partes, ni la cosa juzgada (*in re*: “Taborda c/ Color Living S.A.” y “Molina, Norma Graciela c/ Liberty ART S.A. s/ Ley 24.557”, Expte N° 31.175/37 del 10/4/07).

3°) Con relación a las enfermedades profesionales, el principio general es una lista cerrada, y, por lo tanto, las excluidas carecen de protección; por decr. 1278 (B.O. del 3/1/01), posibilitó considerar *“enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenas al trabajo”*; y se cumplan con las condiciones que establece la norma, provocando que la solución resulte extemporánea y no responda a las necesidades de la víctima.

La Sala 10ª del Trabajo de la ciudad de Córdoba en los autos: “López, Carlos c/ Benito Roggio S.A. y Hormas S.A.”, declaró la inconstitucionalidad de los art. 6° inc. 2, párrafo final: (lista *“cerradas”* de enfermedades”), y 39.1 (apertura de la acción civil), y la C.S.J.N. el 8/8/06, revocó la sentencia de la Sala Laboral del T.S.J. cordobés, pero sólo declaró la inconstitucionalidad del art. 39.1, por lo tanto queda por resolver qué acontece con el art. 6° inc. 2, párrafo final., a cargo de la Sala Laboral del máximo tribunal provincial.

4º) Ineficiencia de las comisiones médicas; tanto respecto del número, cantidad escasa de filiales en el interior del país, actúan a instancia de parte, como a la demora de sus dictámenes. Sus resoluciones “*serán recurribles y se sustanciarán ante el juez federal, con competencia en cada provincia, ante el cual se formulará la correspondiente expresión de agravios...*” (art. 46 primer párrafo), que fue declarado inconstitucional por la Corte en “Castillo, Angel c/ Cerámica Alberdi” (el 7/9/04).

5º) Las ART no supervisan ni inspeccionan a las empresas afiliadas, sobre el mejoramiento, técnicas de prevención y provisión de elementos de seguridad.

6º) Por el art. 39.1, “*Las prestaciones de esta ley, eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechos habientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Código Civil*”, procede la acción civil cuando “*El acto ilícito -imputable al empleador- es ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos del otro*” -que sería el trabajador- y que el Código tipifica como “delito”.

La Corte, en la sentencia “Gorosito, Juan Ramón c/ Rivas S.A. y otro s/ accidente art. 1113”, **declaró constitucional** a la L.R.T., con el voto de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez; siendo la minoría los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert, que se adhirieron al dictamen del procurador general, propiciaban la desestimación del recurso.

Dos años, siete meses después, el 21/9/04, la CSJ, vuelve a analizar la cuestión y, en los autos: “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688” <sup>4</sup> *declara inconstitucional el art. 39. ap. 1º L.R.T., habilitando la acción de daños y perjuicios del derecho civil contra el empleador, fundada en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, generando un nuevo sistema, diferente al de las leyes 9688, 24.028 y al de la propia L.R.T., y lo reitera en “Díaz, Timoteo”* <sup>5</sup> y “López, Carlos Manuel” c/ “Benito Roggio e Hijos” y “Ormas S.A.”, Sent. del 8/8/06, entre varios (“Lo que antes era legal, hoy es ilegal”).

Luis E. Ramírez -compartiendo la doctrina del máximo tribunal en “Aquino” estima: “*En la L.R.T., el trabajador que ha padecido un accidente laboral no tiene derecho a opción alguna. Obligatoria debe someterse al procedimiento creado por la ley, lo que generalmente hace en estado de necesidad. Con este comportamiento no renuncia anticipada o tácitamente a nada... la L.R.T. admite la ‘acumulación de las prestaciones...’ en este régimen legal desaparece la ‘opción con renuncia’ que había caracterizado a las leyes anteriores (9688 y 24.028)... en la intención del legislador esta acumulación sólo ante el muy improbable caso que (el trabajador) pueda probar que el empleador actuó con dolo. En todos los demás casos, la L.R.T. pretende limitar la cobertura a las prestaciones que ha previsto, obturando toda posibilidad de recurrir a las disposiciones del Código Civil*” <sup>6</sup>.

7º) La norma (art. 32) introduce la “prisión por deudas” por incumplimiento de las prestaciones médicas y farmacéuticas, por parte de los empleadores auto-asegurados, de las ART y de las compañías de seguros de retiro (arts. 20, ap. I inc. a; y 32 inc. 2); permitiendo la aplicación de las siguientes penas:

a. prisión de seis meses a cuatro años, “si el incumplimiento consistiera en la omisión de abonar las cuotas o su pago por parte del empleador...” (inc. 3);

b. prisión de dos a seis años, cuando el incumplimiento sea de “las prestaciones dinerarias a su cargo, o de los aportes a los fondos creados por esta ley...” (inc. 4).

El Poder Ejecutivo tenía que haber efectuado una mayor difusión e ilustración adecuada previa a su aplicación, hasta la fecha los tribunales penales no han tenido procesos donde hayan analizado el dispositivo y, por ende, no aplicaron las penas. Por la importancia y trascendencia de las prestaciones que brinda la L.R.T., para implementar un sistema de prisión por deudas dinerarias, que modifica el sistema del Código Civil, debe instrumentarse un adecuado mecanismo de información y capacitación a los destinatarios que no se ha cumplimentado.

8º) Incumplimiento de la misión y responsabilidad de la SRT, “*encerrada*” y “*concentrada*” en la Ciudad de Buenos Aires, carentes de filiales o regionales en el interior de la República, y con razón afirma Laura Zommer “... *los organismos de control que tiene el país elevan pocas denuncias, menos llegan a la justicia y casi no hay condenas. Jueces y*

*funcionarios, incluso los que están a cargo de la lucha contra la corrupción, dicen sin eufemismos: el diseño y funcionamiento de los organismos de control están hechos a medida de los poderosos. No hay voluntad política para terminar con la corrupción”* <sup>7</sup>.

9º) No brinda cobertura a todas las contingencias: sólo a los accidentes de trabajo, a los accidentes *in itinere* y a las enfermedades profesionales incluidas en el listado (arts. 6º incs. 1 y 2), violando con ello el “*principio de seguridad social de integralidad*”.

10) Hay situaciones donde la víctima debe esperar largo tiempo hasta que se defina si la dolencia ha sido por el trabajo o extraña a él, hasta entonces carece de protección, por la clásica pugna entre la ART y la obra social

11) Ampara obligatoriamente a ciertos trabajadores en relación de dependencia, pueden incluirse, en un futuro, los domésticos, los autónomos, las relaciones no laborales, los bomberos voluntarios (art. 2º incs. 1 y 2), los trabajadores autónomos, tenía que brindar protección *ab initio*, a todos los trabajadores (dependiente y autónomos), para cumplir con el “*principio de universalidad*”.

12) Existen accidentes y enfermedades profesionales excluidos de la norma: a) cuando acontece por dolo del trabajador; b) fuerza mayor extraña al trabajo (art. 3º inc. a ) y c) las que portaba el trabajador al ingresar a la empresa, privilegiando de ese modo la *causa* del evento en lugar de tener prioridad la *consecuencia*.

13) En un sistema de seguridad social pleno no puede existir el autoseguro.

### *3. Inseguridad a causa de los pronunciamientos judiciales sobre la L.R.T.*

Analizar la L.R.T. constituye ingresar en un campo inseguro, inestable y muy complicado, tanto para los jueces, abogados litigantes, empresarios y trabajadores.

Realmente nada parece definitivo en la norma en estudio, máxime cuando en la historia del Parlamento argentino, ha sido la más cuestionada y declarada inconstitucional por la Corte Suprema nacional y numerosos superiores tribunales provinciales; nadie puede asegurar que no se incrementen las impugnaciones, o se modifiquen los criterios.

Para la Corte, en “Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.” (7/9/04), estimó inconstitucional el art., 46 ap. 1º y, por lo tanto, donde la ley afirma que la apelación será ante “*el juez federal con competencia en cada provincia*”, debe interpretarse que está reemplazado por “*será competente, el juez de trabajo provincial del domicilio del trabajador, o donde prestó servicios, o donde celebró el contrato a elección del trabajador*”.

Situación similar acontece con el pago de la indemnización mediante *renta periódica*; la Corte impugna de inconstitucional el art. 14 inc. b) en los autos, “Milone, Juan c/ Asociart ART” (del 26/10/04), con la salvedad que deberá analizarse en *cada caso, y si la renta periódica es similar o aproximada del salario mensual del trabajador activo*”, *el pago en forma de renta mensual será constitucional*.

Declaró inconstitucional el art. 39.1, otorgando procedencia amplia de la acción civil, en “Aquino c/ Cargo S.A.” (21/9/04), con votos separados de los Dres. Petracchi, Belluscio, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

La Sala Laboral del T.S.J. de Córdoba, a los fines de producir un *quietus* en el debate jurisprudencial, se adhiere al criterio de “Gorosito”, declarando *constitucional la L.R.T.* en autos: “Gangi, Salvador c/ Fiat Autos y otro”, Sent. N° 4 del 12/3/02.

Por mayoría la CSJ resolvió: “La Sala I CNAT, con motivo de la apelación de la aseguradora, revocó la condena que pesaba sobre ésta. Consideró que, ‘no puede responsabilizarse a la citada ART en los términos del art. 1074 del Código Civil, pues no puede afirmarse que esta última puso una causa adecuada o condición relevante del resultado dañoso sufrido por el actor. Ella no causó el siniestro, no constituyó una de sus condiciones de ocurrencia y, por ello, no genera responsabilidad por las consecuencias dañosas’ en el marco de la norma citada. En tales condiciones, la actora interpuso recurso extraordinario contra este aspecto de lo resuelto, cuya denegación motiva la presente queja”. Para la mayoría de los ministros de la Corte, “la apelación es admisible y procedente con arreglo a conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencia”, porque “el fallo



atacado se agota en conclusiones no precedidas de demostración alguna. Tampoco podría interpretarse que el *a quo* ha sostenido, con alcance general, que cualquiera fuese el incumplimiento de la aseguradora de sus obligaciones en materia de prevención de los riesgos derivados del trabajo, nunca podría constituir la causalidad jurídica computable a los fines de su responsabilidad; de entenderse lo contrario, debería admitirse que el sentenciante incurrió en un apartamiento palmario del derecho que juzgó aplicable, al consagrar, mediante tal enunciado, una suerte de exención de responsabilidad civil, absoluta y permanente, de las aludidas empresas en el marco obligacional indicado. Es insoslayable subrayar que uno de los ‘objetivos’ que caracteriza a la ley 24.557, es ‘reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención’ de los riesgos mencionados (art. 1.2 .a), a lo que se suma haber emplazado a los entes aseguradores, como ‘obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente’ dichos riesgos (arts. 4.1 y . 31.1). El decreto reglamentario de la ley 170/96, es más que elocuente en este terreno (v.gr., arts. 18, 19, 20, 21, 28 y 29)” (del voto de la mayoría).

“La sentencia impugnada decidió que la presunta omisión de la aseguradora de riesgos del trabajo no es, por sí sola, suficiente para generar su responsabilidad civil, y que no se ha probado la existencia de un nexo adecuado de causalidad. Esta regla se basa en una interpretación legítima de la ley, consistente con los precedentes de esta Corte Suprema, y coherente con las demás reglas del ordenamiento, por lo que no contiene defectos de razonamiento susceptibles de conducir a su descalificación como acto jurisdiccional válido” (del voto de la minoría, Dres. Lorenzetti y Fayt).

“El derecho puede permitir la opción entre diferentes regímenes legales, o la acumulación, supuesto en el cual la víctima puede promover una acción y utilizar las reglas de otras si le resultan convenientes. Una vez que el actor selecciona la acción, el juez puede delimitar la pretensión calificándola, es decir, eligiendo la norma aplicable frente a los hechos expuestos, pero no puede sustituirlo en la decisión que el legislador dejó en el ámbito de su facultad. El juicio de calificación no puede afectar los derechos del debido proceso, cambiando por vía pretoriana la pretensión que ya ha contestado la demandada, ni tampoco utilizar reglas pertenecientes a distintos ámbitos desarticulando la lógica de la ley” (del voto de la minoría, Dres. Lorenzetti y Fayt).

“En el ejercicio de la acción civil el actor debe probar los presupuestos de la misma, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación, así como el nexo causal con el daño. El actor menciona que la aseguradora no ha inspeccionado a la empresa asegurada y de ello pretende que se la condene a reparar la totalidad del daño causado por una máquina de propiedad de su empleador. En el derecho civil vigente se requiere la demostración de un nexo adecuado de causalidad entre la omisión y el daño, lo que, si bien puede ser motivo de una amplia interpretación, no puede ser ignorado, ya que nadie puede ser juzgado conforme a criterios que no sean los de la ley” (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Fayt).

“Aun cuando se afirme que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos del trabajo el control de policía, tampoco puede derivarse de ello la responsabilidad, ya que el Estado no responde por los accidentes de este tipo. No hay en el derecho vigente una responsabilidad civil del Estado por todos los accidentes en los cuales se verifique una omisión de control abstracta, sin que se acredite el nexo causal. Por otra parte, el Estado Nacional no puede delegar un poder de policía estatal que recae en las provincias (art. 126 de la Constitución Nacional)” (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Fayt) (*in re*: “Soria, Jorge Luis c/ RA y CES S.A. y otro” del 10/4/07).

Incrementando la inseguridad jurídica, la Corte admite que la víctima de un siniestro laboral que ha percibido la indemnización tarifada a cargo de la ART, tiene la posibilidad de reclamar, por la vía del derecho civil, contra el empleador -previa impugnación constitucional del art. 39.1 LRT- lo que estima como faltante del total indemnizatorio (*in re*: “Llosco, Raúl c/ ‘Irmí S.A.’” y “Cachambí, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, ambas del 12/6/07).

Las dos sentencias fueron dictadas en quejas, al negar el recurso extraordinario interpuesto por los actores en contra de las sentencias del Tribunal Superior de Jujuy, ambas fueron admitidas con el fundamento de la **arbitrariedad, con argumentos diferentes** ( en “Llosco” por inadecuada aplicación de la doctrina legal constitucional; y en “Cachambí” por omitir valorar

prueba dirimente), dejando sin efecto las resoluciones provinciales, ordenando se dicten nuevos pronunciamientos.

Para Jorge Rodríguez Mancini *existe coincidencia que la percepción de salarios por accidente no implicaba la opción del art. 17, ley 9688. De tal modo puede interpretarse como una afirmación que “el sometimiento de una persona a determinados preceptos de una ley no implica, necesariamente, su inhabilidad para impugnar otro del mismo cuerpo legal, salvo que entre unos y otros, exista interdependencia”, “el actor, al invocar determinados preceptos no renuncia tácitamente al derecho de impugnar aquellos otros que se le opongan y que conceptúe contrarios a la Constitución o leyes nacionales o tratados con las naciones extranjeras, salvo que entre uno y otros existe interdependencia o solidaridad inexcusable (Fallos 175:262, 267)”*.

Cuando el actor percibió el importe de la ART, sólo ejerció su derecho a lo que marcaba ese dispositivo legal, en contra de la ART, y esto implicó exclusivamente sometimiento a las normas de las cuales emergía su derecho a ser reparado por los daños sufridos según el sistema; pero no significó someterse también a otras disposiciones de la misma ley, porque entre ambas no existe “interdependencia o solidaridad inexcusable”. *Se trata de normas que obran, recíprocamente, en forma independiente. El sometimiento a las normas que rigen un supuesto, no importa hacer lo propio de las que regulan el otro, acepta la Corte la posición del “cúmulo”, descartando la opción eliminatoria entre la percepción de la indemnización especial y la que pueda corresponder por el derecho civil, se acepta la acumulación de acciones, sin perjuicio de que tal acumulación no implica fragmentación de la indemnización, porque resultaría procedente comprender en el concepto indemnizatorio que se obtenga por la vía civil, las prestaciones en especie que hubiera recibido el trabajador de parte de la ART, así como los que ésta le abonó por el mismo título indemnizatorio, y esto lleva a considerar que dicha reparación integral es una sola, y lleva a considerar dicha reparación integral como comprensiva de todos los elementos con los cuales se intenta lograrla aunque provengan de distintos sujetos. Habrá acumulación de acciones pero no de indemnizaciones. Se elimina la posibilidad de optar cuando no está prevista expresamente en la ley. La exigencia de no contrariar los propios actos debe ser valorada en consonancia con la situación real del trabajador incapacitado y su posibilidad de abstenerse de percibir una indemnización que considera insuficiente, en aras de preservar intacta su acción para demandar la intensa protección que la C.N. otorga a sus derechos”<sup>8</sup>, y “resulta evidente que nuestro máximo tribunal ha considerado que en el actual marco normativo que presenta la L.R.T., a partir de la desactivación del art. 39, ap. 1º por ‘Aquino’, no hay impedimento legal alguno para la acumulación de la reparación sistémica, con la que pueda ofrecer el derecho común, obviamente respecto al daño no cubierto por aquélla”<sup>9</sup>.*

## **Soluciones judiciales**

A partir de las sentencias de la Corte declarando varios artículos de la L.R.T. inconstitucionales, se han dictado numerosas sentencias con criterios muy dispares, con relación al monto indemnizatorio que debe abonar el condenado.

1º. Para Vázquez Vialard, no es necesario declarar la inconstitucionalidad de la L.R.T., el juez está facultado para aplicar el procedimiento de la L.R.T., sin tener en cuenta el tope indemnizatorio;

2º. Otros, mantienen la inconstitucionalidad del art. 39 ap. 1º, y cuando el monto supera los fijados en la L.R.T., condenan a la ART al pago hasta el tope legal, por incumplimiento de las obligaciones a su cargo, y el excedente lo abona el empleador.

## **Prospectiva**

- Somos partidarios de un sistema de seguridad social integral y, por lo tanto, deben efectuarse a los regímenes actuales, las siguientes reformas:

1°. Es necesario que las ART sean organismos de la seguridad social, carentes de lucro, no pueden ser sociedades anónimas, porque la competencia comercial entre las ART, provocó que en muchos caos, los planes de mejoramiento de la seguridad -que son costosos- fueran limitados o inexistentes.

2°. La SRT desempeñe un rol de control dinámico, con delegaciones en el interior del país;

3°. Las ART deben “caminar” los lugares de trabajo, para la prevención, educación y contralor, procurando una verdadera política de prevención de riesgos;

4°. Protección integral de las dolencias, sean extra laborales o por el hecho o en ocasión del trabajo;

5°. Las comisiones médicas deben tener filiales en las ciudades pobladas, con la colaboración de las autoridades administrativas locales, y actuar con dinamismo, profesionalidad y espíritu de la seguridad social;

6°. Lograr celeridad, inmediatez. e integralidad en las prestaciones;

7°. Las controversias deben ser resueltas primeramente por la autoridad administrativa local, y luego por la justicia laboral provincial;

8°. Reformar las siguientes leyes del trabajo y de la seguridad social:

a. L.C.T. en la parte de “*enfermedades y accidentes inculpables*”.

b. *Ley de obras sociales 23.660, y 23.661 integrándolas con las ART.*

c. *El sistema integral de jubilaciones y pensiones, estableciendo que la jubilación por invalidez puede ser parcial o total (en la actualidad procede sólo cuando la incapacidad es permanente superior al 66% de la total obrera, no pudiendo realizar tareas dependientes). La invalidez total debe responder a criterios técnicos y de funcionalidad, superando la vieja tradición de establecer un 66% de incapacidad permanente, debe estar en función de la posibilidad de realizar tareas acordes, más que en función del grado de invalidez.*

d. *Sancionar una nueva L.R.T. acordes a los principios y pautas de la seguridad social.*

e. *La ley de HST 19.587 y decr. 351/91 integrándolas a un sistema completo, sin remisiones de prevención, protección, reparación y rehabilitación de los infortunios.*

Nos enrolamos con numerosos tratadistas (Hünicken, Brito Peret, Etala, Conte Grand, Rosa Bosio, entre varios, jueces y profesionales, que es urgente, necesario e impostergable que el Poder Legislativo, *con o sin proyecto del P.E.*, sancione un nuevo sistema de cobertura de los riesgos del trabajo, conforme los principios y lineamientos de la seguridad social.

Consideramos que el único medio de terminar con la inseguridad, litigiosidad y conflictividad en la cobertura de la “*contingencia salud*”, *es otorgar primacía a las prestaciones en especie: atención médica especializada y por todos los profesionales sin excepción, abonándoles honorarios dignos y acordes al prestigio, especialización y curriculum, atención hospitalaria integral, por parte de todos los sanatorios y hospitales públicos y privados del país, incluso -si fuese necesario e indispensable- en centros especializados del exterior, asumiendo los gastos de traslado y compañía de un familiar, provisión de medicamentos, prótesis, aparatos ortopédicos, etc., en forma inmediata y en función de las necesidades médicas del paciente.*

Respecto a la prestación dineraria, debe abonarse un monto similar al salario del activo, salvo que padezca de una incapacidad total y permanente, que no le permita realizar ninguna actividad remunerada, en cuyo caso pasa a ser atendido por el sistema previsional.

Las indemnizaciones de pago único procederán -con independencia de las prestaciones del sistema- cuando ha existido culpa grave o dolo del responsable del lugar donde se accidentó el trabajador, o por falta de provisión de los elementos higiene y prevención, o incumplimiento de adecuar los lugares de trabajo conforme las indicaciones técnicas, realizadas en inspecciones sobre que se cumplimente el debido proceso y el derecho de defensa.

En la actualidad, provocan los juicios:

1) La disputa en calificar la naturaleza de la dolencia: si es laboral o extra laboral, según ello deberá responder la obra social, o la ART. Si se elimina la distinción de las dolencias, concluye la discusión judicial;

2) La demora en las prestaciones en especie; y el retaceo de los médicos especialistas o destacados en atender a las víctimas de la seguridad social, por el escaso monto de los honorarios, y los costos de la internación;

3) La reducción creciente de sanatorios y hospitales privados en atender a este grupo de pacientes; por los magros y demorados pagos, máxime en épocas de inflación, y el costo de los insumos en dólares o euros;

4) El salario o indemnización mensual -como quiera llamarse- debe ser igual al del trabajador activo según su categoría, sin interrupciones, como si no hubiese acontecido el siniestro; facilitando la entrega del dinero, mediante depósito bancario donde el trabajador la pueda retirar según sus necesidades;

5) Reclamar indemnizaciones elevadas, como si fuese la solución o “*hada buena*” que reparará todos los males, es negativo y provoca los pleitos. La experiencia indica, que después cobrar la indemnización, abandona el tratamiento y se queda sin dinero, por malas inversiones y carencias de otros recursos para solventar las necesidades indispensables. El juicio reclamando las indemnizaciones es muy buen negocio para los abogados y peritos, pero no para las víctimas, máxime cuando el proceso judicial demora en quedar firme varios años.

6) Las reclamaciones judiciales serán para los supuestos de no pagar las cotizaciones, o en caso de accidente por dolo o culpa grave del patrón (como fue el accidente de Aquino), pero ello no impide ni demorar que el afectado perciba las prestaciones en dinero y en especie.

Por ello nos oponemos a los proyectos que se difunden periodísticamente, porque mantienen la indemnización como solución, sin atender la atención médica integral del afectado.

Considerar o estimar que con pagar elevadas indemnizaciones, se solucionan los problemas, es falso, erróneo, y en algunos supuestos responde a mezquinos intereses; en realidad, la existencia de juicios de esta naturaleza es preocupación de los abogados, pero para la víctima, que es el bien jurídicamente protegido, le genera mayor problema, incertidumbre y preocupación, y realmente no repara el perjuicio. El accidentado o enfermo, **“no quieren plata”**, *desean recuperar la salud perdida, una buena atención médica, y lograr una adecuada calidad de vida; el dinero es una “felicidad pasajera”, que “como llega se va”*. Considero que la solución que procuran los proyectos de reformas a la L.R.T. , no han consultado las víctimas, es producto de iniciativas de abogados o de políticos, que no representan la auténtica voluntad o deseo de los enfermos o accidentados.

Es aplicable al tema en estudio la reflexión de Lucio Garzón Maceda (a causa de los problemas del acto eleccionario en Córdoba) cuando afirma *“Las encrucijadas exigen, prudente, generosa y equilibrada racionalidad decisoria... atravesamos enfrentamientos que creíamos desterrados para siempre, que exponencialmente aumentan el riesgo civil en todas las áreas sensibles, descalificándonos socialmente a todos. Debemos exigir de los dirigentes responsables, plena incondicionalidad a favor de la certeza veraz, afectada por sus propios actos. Vivimos días decisivos que comprometen profundamente a las más altas magistratura y son ellos, en primer término quienes deben preservar el imperativo categórico que garantiza la plena subsistencia democrática en toda sociedad civilizada. Deberían haber apartado, con honrosa generosidad, los obstáculos formales para arribar al objetivo mayor de la verdad certera... los jueces con coraje y rigurosidad, deben impedir la subsistencia de toda ‘fronda’ poco republicana, venga de donde viniera y, con honrosa decisión, desterrar la desconfianza y preocupación que atormenta a la ciudadanía, agrego, en particular a los trabajadores y empleadores, actores sociales que viven diariamente el problema... Estoy convencido que, ante la escasa grandeza que exhibe la política, sólo la justicia podrá devolver la paz (a los infortunios laborales), conmovida por una riesgosa, justificada y creciente intranquilidad y sospecha institucional que no nos merecemos”* (lo entre paréntesis nos pertenece)<sup>10</sup>.

Compartimos la opinión del presidente de la Corte Suprema, Dr. Ricardo Lorenzetti, al afirmar: “... superamos la etapa de transición. Ahora debemos procurar que el Poder Judicial sea independiente. Para eso, necesitamos fortalecerlo... la gente percibe que la Justicia es lenta, que falta justicia, que es corporativa, en el sentido de que se autoprotege, y es poco independiente... tenemos que hacer algo y pasar de una etapa de transición, que ya superamos, a una etapa de fortalecimiento... diseñar políticas de Estado para ir superando los problemas... establecer algunos objetivos: como solucionar la excesiva judicialización de los conflictos, ponerles límites a los poderes políticos y hacer que cumplan sus funciones y prestar un servicio a la comunidad. Hay que modificar la cultura judicial...”<sup>11</sup>.

Para terminar, confiamos y esperamos que los tribunales del trabajo, logren agilizar las causas para evitar el adagio “*justicia lerda no es justicia*”.

#### Notas:

\*Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 24 de julio de 2007.

<sup>1</sup> Citado por Gonzalo GABINI, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, N° 4, febrero 2007, Buenos Aires, Lexis-Nexis, pág. 287.

<sup>2</sup> Revista del Dercho del Trabajo, La Ley, 1975, pág. 791.

<sup>3</sup> Antonio VÁZQUEZ VIALARD, Revista de Derecho Laboral, 2002-1, pág. 1.719.

<sup>4</sup> Publicada en Revista Trabajo y Seguridad Social, 2004, 74.

<sup>5</sup> Fallos 329:473.

<sup>6</sup> Luis E. RAMÍREZ, “Qué dijo (y qué no dijo) la Corte Suprema en ‘Llosco’”, D.T. 2007-B-852.

<sup>7</sup> Laura ZOMMER, diario “La Nación”, Sección Enfoques, 11/3/07, págs. 1 y 4.

<sup>8</sup> Ver “Opción y acumulación en el régimen de riesgos del trabajo”, D.T. 2007-B-735.

<sup>9</sup> Luis RAMÍREZ, op. cit., pág. 854.

<sup>10</sup> Lucio GARZÓN MACEDA, “Ante una riesgosa intranquilidad y sospecha”, diario “La Voz del Interior”, Córdoba, domingo 9/9/07, pág. 8.

<sup>11</sup> Ricardo LORENZETTI, diario “La Nación”, del lunes 3/9/07, pág. 9.

## LA POLÍTICA CRIMINAL EN ARGENTINA

por JORGE DE LA RÚA \*

Todo reemplazo de un código y, en especial, un código penal, requiere un nivel de debate profundo, que permita un adecuado consenso en ciertos aspectos fundamentales, de modo tal que la sociedad sepa lo que se da a sí misma para regular este ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. En eso estamos en cero, porque si ni siquiera tenemos claro lo que hay que debatir, menos entonces existe la posibilidad de acuerdo.

Lo que me propongo de aquí en adelante es reflexionar con ustedes sobre los principales factores que determinan esta alarmante falta de debate y de toma de decisiones, con niveles a veces surrealistas. Y no va a ser muy grato.

1. En primer lugar, la mayoría de los operadores del sistema penal (jueces, abogados, juristas, legisladores, etc.), por no decir todos, carecemos de conocimientos serios, profundos y sistemáticos de política criminal, aunque todos hablemos y opinemos. Las áreas del propio gobierno de política criminal toman aspectos muy secundarios, pero no hay verdaderos diseños de política criminal en la sociedad.

2. Como reflejo de lo anterior, *no tenemos un concepto único de política criminal*; cuando hablamos de política criminal unos decimos una cosa y otros dicen otra. Veámoslo:

a. La posición tradicional, desde Soler, tomó la dicotomía de Liszt: el derecho penal es lo que es, la ley, y la política criminal lo que debe ser, no lo que es, entonces la política criminal es el estudio de la mejora de la ley.

Para los que nacimos después de la batalla, la cuestión parece muy simple, pero ese concepto tuvo que luchar fuertemente con el positivismo determinista de raíz italiana. Este positivismo negaba la libertad del hombre admitiendo factores que determinaban su modo de comportamiento. Por ese punto de partida determinista la política criminal tendía a tratar como enfermos a estos enfermos, que son los que se llaman delincuentes, procurando remover o inhibir los factores que, necesariamente, lo conducen al delito.

Y el país presenció el gran combate (recuérdese la Exposición y crítica del Estado peligroso y el Derecho penal argentino, ambos de Soler), que concluyó prácticamente con la desaparición del positivismo sociológico en el derecho penal argentino, en su ciencia, en sus cátedras, en los jueces. Sólo resistió un tiempo en algunas cátedras de Buenos Aires como neopositivismo.

Pienso que ahí está la raíz de por qué hemos cultivado tan poco la política criminal. Sencillamente, porque cuando la dogmática soleriana triunfa tan categóricamente sobre el positivismo criminológico se profundiza entre nosotros un camino de estudio dogmático, de estudio normativo: estudiamos el sistema jurídico, y lo hacemos, realmente, porque Soler demostró cómo lo necesitábamos, porque hasta ese momento la inseguridad jurídica, el condicionamiento científico del positivismo, la falta de manejo sistemático de elementos estructurales de una teoría del delito, hacía que el derecho penal fuera poco estable. A partir de Sebastián Soler el derecho penal es seguridad, es dogmática, los jueces fallaban transcribiendo páginas enteras de Soler. Es la línea dogmática que inició Soler, y que siguen nuestros principales penalistas, tanto positivistas jurídicos como Núñez, o normativistas como Fontán Balestra o Frías Caballero, y que se proyecta en las corrientes finalistas. De ahí en más la gran *métier* de los argentinos fue la dogmática penal. Cuando me tocó vivir fuera del país durante mi exilio, advertí cómo la dogmática argentina tenía un prestigio incomparable en Latinoamérica, pero en cambio éramos desconocidos en criminología y en política criminal. Esa coyuntura histórica va a explicar esta falencia que estamos notando de la falta de manejo y de debate de cuestiones de política criminal.

b. En los tiempos actuales se desarrolla una posición según la cual el propio derecho penal es la concreción de una política criminal, de modo tal que no es que estén separadas por un

muro sino que están entrecruzadas, pues la política criminal alimenta la dogmática y la dogmática orienta o acota a la política criminal. Tal es, por ejemplo, lo que expone Zipf y que es la posición prevaleciente y que nosotros compartimos.

c. Algunos han tomado esta confluencia como un concepto fundante de un sistema penal. Roxin con su método funcional teleológico parte del fin de la pena y del fin de protección de la norma para fomentar sus dos pilares del sistema: la imputación objetiva del hecho y la responsabilidad penal en la que a la culpabilidad le agrega la necesidad de prevención, con fundamentación político-criminal. De dónde deriva esas finalidades es la cuestión, que puede atender a raíces supraleales, o puede atender, en cambio, a raíces dogmáticas en el propio sistema constitucional.

d. Otra concepción de política criminal -que es muy difundida entre nosotros porque la sostiene el penalista más espectable- es la de Zaffaroni. Según esta posición *“una política criminal limitada al mejoramiento [agreguemos: la clásica política criminal, la de Zipf incluso, la de Roxin incluso], es un discurso legitimador vinculado a teorías positivas de la pena; en posiciones negativas como se supone una actividad valorativa del modo de encarar la conflictividad criminalizada, por tanto el juez también toma decisiones políticas”*. Unido esto a su concepción no legitimadora de la pena, resulta claro el sentido de esas decisiones políticas, muy vinculadas a ciertos conceptos de “horizontalidad” judicial del caso “Casal”.

Con lo dicho resulta claro que este primer problema que enfrentamos tiene repercusión, porque si no nos vamos a poner de acuerdo sobre qué es política criminal y no nos vamos a poner de acuerdo en el nivel de debate, no vamos a avanzar mucho ni vamos a resolver este nivel de conflictividad conceptual que existe en la sociedad argentina.

Como demostración de esto yo les plantearía una serie de temas y Uds. me dirán si está claro entre nosotros que son cuestiones a debatir y que se integran en la definición de una política criminal: ¿la legitimidad y, en caso afirmativo, la finalidad preventiva de la pena?; ¿la protección eficiente de bienes por el Estado a través de la pena?; ¿un sistema garantista puro?; ¿es rol de los jueces limitar la aplicación del sistema punitivo en la mayor medida?; ¿tiene política criminal el Estado?; ¿la política criminal tiene fuerza normativa *per se*? Son todos temas de los que no hemos hablado y que están un poco confundidos. En la excelente exposición de Slokar, aunque en realidad se refería a otro tema, que era de técnica legislativa, los distintos niveles en la formulación de las normas (el axiológico o ético respecto de la definición de los principios, el finalista respecto al objetivo, la viabilidad de la norma, la integridad jurídica, la integridad lingüística), está mostrando cómo en esos cinco escalones muchos de los temas se vinculan a la política criminal o a lo que llamamos política criminal o a lo que entendemos de política criminal.

3. Pero el tema no termina ahí, y se han ido agregando elementos significativos. El mundo, después de las dos guerras mundiales, y con objetivos muy plausibles, ha ido incorporando cada vez más el desarrollo, tanto en tratados como en concepciones científicas, de los derechos humanos; derechos humanos cuyo concepto esencial proyecta los derechos originarios del ciudadano de la democracia al mundo, es decir, que los debe respetar no sólo el Estado del cual es ciudadano sino que deben ser respetados en todo el mundo y todos los Estados del mundo están obligados a hacerlos respetar.

El punto de partida, por tanto, fue el contexto de los originarios derechos liberales del estado constitucional, consagrados globalizadamente. Así, la Carta de Nueva York, por ejemplo. Para derechos penales y procesales evolucionados, como es nuestro caso, son reglas rudimentarias: que la ley debe ser previa, no obligar a declarar contra sí mismo, no ser sometido a torturas, contar con un defensor, etc..

4. Pero lo significativo, que hoy está ocurriendo, es que como derivación de la enérgica incorporación de los derechos humanos y de los tratados internacionales en la Constitución de 1994, en la que yo intervine y que otorgó a éstos jerarquía constitucional, se ha generado una fuerte corriente de interpretación que se aproxima a una suerte de libre examen de todo el

sistema normativo local. Así, por ejemplo, se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma que exige primera condena en el beneficio de la condicionalidad, por ser contraria a los fines de resocialización de la pena de algún pacto internacional. Y, también, invocando en parte críticas a la peligrosidad desarrolladas por la Corte Interamericana, nuestra Corte ha resuelto que la internación indeterminada del art. 52 es inconstitucional porque constituye una pena indeterminada. Y los dos casos son un buen ejemplo. En el segundo, confieso que, no obstante haber defendido durante años que la internación del art. 52 era una medida, me ha convencido el argumento de la Corte de que su ejecución limitada a la mera privación de libertad la convierte en una pena, aunque no comparto la desvalorización *in totum* del concepto peligrosidad. Pero si en un debate poco consolidado, se procura invalidar por la libre interpretación de los pactos internacionales un sistema jurídico normativo, ello va a afectar a la larga un sistema de seguridad jurídica sobre todo en un sistema continental europeo como el nuestro. En ese sentido yo debo advertir críticamente que la Corte está utilizando un sistema *obiter dicta* muy laxo al resolver cuestiones importantes, anticipando pronunciamientos que se merecen un debate profundo, incluso en orden al poder que se le asigna a los jueces en un sistema crítico o agnóstico, que no está claro si es compartido por todos los ministros. De todos modos, bueno es el progreso de los derechos humanos, que no debe concluir en una relativización del valor normativo de un sistema penal.

5. El cuarto tema está íntimamente vinculado al anterior. Es con relación al cuestionamiento del positivismo jurídico o, quizás de modo más general, de la regla de legalidad. Entre nosotros, de Soler en adelante, derrotado el positivismo sociológico, se desarrolló un modelo propio del positivismo jurídico en el marco de la interpretación de la legislación penal. Las variantes del normativismo no implicaron un apartamiento del principio, aunque ampliando el recurso valorativo. En cambio, nuestra dogmática no receptó las propuestas del egologismo. Sin embargo hoy, activados por tendencias analíticas que relativizan el modelo tradicional de ley-juez-sentencia conforme a la ley, se abre una alternativa. O se interpreta libremente el sistema penal, considerando a la ley como un dato más, o admitiendo la incapacidad de ésta de resolver *per se* toda la conflictividad, sin embargo se acepta como *desideratum* considerar que el gran porcentaje de soluciones está en la propia ley, que ésta es anterior al hecho y que se aplica igualmente para todos, y que su complementación con otras valoraciones debe procurar el mayor nivel de regularidad y previsibilidad en la interpretación y aplicación del derecho. La libre invocación del sistema valorativo del juez para resolver el conflicto, al margen de la ley, genera un alto riesgo para la seguridad jurídica. Hoy esa tendencia libertaria está en manos de gente confiable desde el punto de vista de la libertad civil, pero al romper el cristal, cuando el sistema pase a otras manos, quizás añoraremos viejos modelos de seguridad jurídica.

6. Este endeble andamiaje de la comprensión social de un sistema penal, ha mostrado su impotencia para contener un debate sobre seguridad ciudadana. Existe entre nosotros una clásica confusión que es confundir derecho penal y política criminal, y confundir política criminal con política de seguridad, y en este marco paranoico no se distingue entre política, la política legislativa, la ingeniería de la que habla Zaffaroni por una parte, y lo meramente tecnológico, el policía de la esquina, el evitar el delito, el detener a los culpables.

Esa confusión genera que, ante la dolorosa sensación de una inseguridad que nos quema, nos molesta, nos pica, nos toca (a Blumberg le mataron su hijo), se generó un debate que en vez de acotarse prevalecientemente en la seguridad, se pasa a discusiones de legislación y de política criminal. Para temas de seguridad, habrá que aludir a recursos, policía, tecnología, pero de ahí a sostener paladinamente que esa criminalidad se produce porque la imputabilidad es a los 16 años (y los medios periodísticos, ignorantes como siempre, y más ignorantes en estos casos, repiten y repiten), y de allí concluir en que hay que bajar la imputabilidad es, al menos, no demostrado. ¡Y no vaya a ser que en ese contexto aparezca un menor de 15 años cometiendo un delito, pues tendrá un título catástrofe! Difícilmente se oirá, en esos momentos, decir que si ese menor inimputable delinquirá, si hubiera sido imputable era lo mismo, el proceso jurídico es



el mismo, el tratamiento es el mismo, las consecuencias (salvo una eventual pena que se aplicará allá lejos en el tiempo) son las mismas. Son, pues, niveles de discusión mentirosos.

7. Argentina se está debiendo realmente un debate, y ésta es una buena oportunidad. El proyecto de Código Penal se promovió, está claro, como un contrafuego de las protestas de Blumberg, y me parece razonable. Y resultó un buen proyecto: es un proyecto liberal, que está en la línea del derecho penal liberal moderno, está en la línea de las instituciones que los países desarrollados tienen, y es un proyecto humilde, ha tenido la grandeza -y es el único de nuestro proceso histórico-, de respetar gran parte de las fórmulas del código de 1922 que eran de excelente factura y sobre las que se habían construido una doctrina y una jurisprudencia valiosas. Entonces en vez de tocarlas y cambiarlas se limitó a una línea que ya preconizaba Ricardo Núñez en los trámites previos a la ley 16.648: respetar la estructura básica del Código. Incluso, en temas complejos, como el error, que con tanta erudición trató Pessoa, las soluciones legislativas, en tanto sinceras y no escolásticamente excluyentes, permiten conciliar conceptos científicos diversos. Y ese es un concepto central: acotando principios de política criminal (definir si el sujeto que yerra sobre la prohibición debe ser castigado y, en su caso con qué alcances) nos sustraemos a un debate permanente.

8. Tenemos que definir la política criminal del Estado argentino, cuál es el grado de admisión de nuestra sociedad entre garantismo y eficientismo, y saber conciliar principios. Cuando en una sociedad tan lábil se está discutiendo un sistema de cambio de un código penal, es fundamental ponderar el nivel de sociedad que queremos, que no es probablemente la que resuelve todos los problemas con la pena, pero tampoco -como el mundo desarrollado lo muestra- la que pueda prescindir totalmente de ella.

Las cuestiones básicas de política criminal no tienen que ser abordadas oportunistamente por funcionarios políticos de turno, ni por jueces locuaces, o por el jefe de policía que pareciera que es el hombre de la política criminal, no tienen que ser abordadas bajo los acosos de Blumberg de un lado y el ultragarantismo del otro. Ni, tampoco, cerrarse el cerebro con el unilateralismo de organizaciones que toman presencias mediáticas espectaculares, lo que es su derecho, pero con un nivel de compromiso político que pone dudas sobre su objetividad en el análisis de los problemas.

Es necesario un espectacular esfuerzo de consenso, porque es la única forma de integrar una sociedad plural. De lo contrario seguiremos debatiendo entre un proyecto de código penal que algunos consideramos bueno, y que otros consideran abortista. Mientras no superemos la capacidad de los argentinos de etiquetar los problemas y polarizar los debates -claros índices de subculturización- vamos a estar dentro de cincuenta años discutiendo sobre lo mismo.

#### **Notas:**

- Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 7 de agosto de 2007.

# LA AUTONOMÍA PLENA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ \*

**Sumario:** I. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires según la Constitución Nacional. II. La restricción de la autonomía producida por las leyes 24.588 y 24.620. III. La modificación de la ley 24.588 para la vigencia de la plena autonomía.

## I. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires según la Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1994 tuvo como una de sus ideas fuerza la descentralización del poder, que se concretara en las importantes y trascendentes modificaciones sancionadas en tres grandes capítulos: el federalismo, la autonomía municipal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el debate de la Convención Constituyente sobre el nuevo régimen para la ciudad, se manifestaron en favor, los convencionales García Lema, A. Bravo, Del Bono, Márquez, Valdés, Ibarra, Romero, Brusca, Laporta, Mestre, A. Cafiero y el suscripto. Lo hicieron en contra, los convencionales Cornet, Castillo Odena, Llano, Natale y Pose.

El miembro informante de la Comisión de Coincidencias Básicas, García Lema, efectuó un somero análisis del despacho mayoritario, destacando el nuevo *status* constitucional especial de la ciudad.

Por nuestra parte, en el carácter de vicepresidente de la Comisión de Redacción, al fundamentar el art. 110 bis (actual art. 129 de la Ley Suprema) propuesto por el despacho mayoritario, dijimos que con toda claridad se establecía “el principio de autonomía plena en el gobierno de la ciudad de Buenos Aires”. Y al explicar la norma analizamos el concepto de autonomía y sus contenidos, que comenzaban con el poder constituyente y que comprendían también los aspectos políticos, legislativos, judiciales y administrativos. Allí hicimos expresa referencia a que los jueces “nacionales” de la Capital Federal debían ser los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Después del carácter de la naturaleza de la institución como Ciudad-Estado, sostuvimos que la autonomía plena significará “la consolidación de principios republicanos y federales”.

Sin poder detenernos en un análisis más detenido de aquel debate <sup>1</sup>, indicamos que la votación arrojó el siguiente resultado: ciento setenta y siete votos afirmativos, veintisiete negativos y tres abstenciones, lo que revela la incuestionable legalidad y legitimidad de la sanción constitucional que estableciese un nuevo *status* institucional para la ciudad de Buenos Aires.

Más allá de los análisis doctrinarios posteriores sobre la naturaleza de la Ciudad Autónoma, para nosotros resulta indudable que: a) la Ciudad Autónoma tiene una autonomía especial, distinta de la municipal y de la provincial -pero mucho más cercana a ésta-; b) que nuestra federación tiene ahora cuatro órdenes de gobierno: el federal, los provinciales, el de la Ciudad Autónoma y los municipales, y c) que este nuevo régimen de la ciudad emerge directamente de la Constitución, al que se le aplica el principio de la supremacía del art. 31, lo cual prohíbe su desconocimiento por parte de los poderes constituidos.

El art. 129 de la Ley Suprema expresa: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación...”.

El régimen de gobierno autónomo pleno reconocido para esta corporación comprende los poderes: a) constituyente; b) político, de elección de autoridades locales; c) legislativo; d) judicial, y e) administrativo, como antes explicamos sucintamente en el debate en la

Convención. Por tanto, toda limitación de éstos constituye una restricción que debe ser calificada de inconstitucional.

## **II. La restricción de la autonomía producida por las leyes 24.588 y 24.620**

No obstante la claridad y alcance de las facultades reconocidas a la Ciudad Autónoma por el citado artículo, al reglamentar éste por medio de las leyes 24.588 (de garantías del Estado Nacional) y 24.620 (de convocatoria a elecciones) el Congreso de la Nación restringió profundamente dicha autonomía plena.

Deteniéndonos en la primera de las leyes mencionadas, sancionada en 1995, indicamos que se estableció en el art. 2º que las facultades “conservadas” o “residuales” correspondían al gobierno federal y no a la Ciudad Autónoma; en el art. 7º, que “... La Policía Federal Argentina continuará ejerciendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, dependiendo orgánica y funcionalmente del Poder Ejecutivo Nacional”; en el art. 8º: “La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales” y en el art. 10: “El Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado Nacional”.

En el extenso debate producido, se destacaron en el Senado, las exposiciones de los senadores Snopce, Cafiero, Alasino y Menem que fundamentaron la posición de la mayoría, y de los senadores De la Rúa, Villarreal y Solari Irigoyen, que lo hicieron por la minoría.

En la Cámara de Diputados de la Nación debemos mencionar las intervenciones de los diputados Arias, Argüello y Bullrich por la mayoría, y de los diputados Olivera, Fernández Meijide, Polino, Mathov, Gauna, Natale y el suscripto, por la minoría.

Allí sostuvimos la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 7º, 8º y 10 del proyecto que se debatía, luego sancionado como ley, opinión que por cierto ratificamos en esta oportunidad <sup>2</sup>.

Por su parte, la Convención Constituyente de la ciudad de Buenos Aires que sancionara la Constitución de la Ciudad Autónoma, expresó el 2 de agosto de 1996:

*“Art. 1º.- Declarar que esta Asamblea Constituyente no conoce otros límites para su labor que no sean los que surgen de la Constitución Nacional, arts. 129 y concordantes.*

*Art. 2º.- Rechazar por inconstitucional las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la ciudad de Buenos Aires por las leyes 24.588 y 24.620 en cuanto impongan restricciones al régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución Nacional.*

*Art. 3º.- Reivindicar la facultad de esta Asamblea Constituyente para fijar los modos y plazos de la convocatoria a elecciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

*Art. 4º.- Dirigirse al Congreso de la Nación solicitando la urgente modificación de la ley 24.588 -de garantía de los intereses del Estado Nacional- a fin de garantizar a la ciudad de Buenos Aires la plena autonomía que establece el art. 129 de la Constitución Nacional”.*

Asimismo, en la Constitución de la Ciudad Autónoma se hace referencia a las distintas materias detraídas de la competencia de la ciudad por la ley 24.588, como, v.gr., la disposición transitoria decimotercera que faculta al gobierno de la ciudad para que convenga con el gobierno federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la ciudad, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la ciudad sea ejercida por sus propios jueces.

## **III. La modificación de la ley 24.588 para la vigencia de la plena autonomía**

No obstante la flagrante contradicción de esta legislación con la Ley Suprema, ésta mantuvo su vigencia hasta ahora.

Sin embargo, se suscribieron dos convenios entre el gobierno federal y la Ciudad Autónoma a los fines de la “Transferencia progresiva de competencias penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma”, el 7 de diciembre de 2000 y 1 de junio de 2004.

En el primero, suscripto por el presidente De la Rúa y el jefe de Gobierno, Ibarra, se transfería para su juzgamiento el problema de la tenencia de armas de uso civil, su suministro indebido y su portación en la vía pública. Dicho convenio fue aprobado por ley de la Legislatura porteña N° 597, sancionada el 31 de mayo de 2001 y por ley del Congreso de la Nación N° 25.272, sancionada el 2 de julio de 2003 y promulgada tácitamente el 25 de julio de dicho año.

En dicho convenio se declaró que “... Más allá del debate doctrinario sobre el *status* de la ciudad, en cuanto a su identificación con las provincias, resulta claro que el *desideratum* de la norma constitucional es concluir en una autonomía jurisdiccional plena, en los mismos términos que gozan las provincias”.

El segundo convenio, suscripto por el presidente Kirchner y el mismo jefe de Gobierno, se refería a la transferencia del juzgamiento de los siguientes delitos: lesiones en riña; abandono de personas; omisión de auxilio; exhibiciones obscenas; matrimonios ilegales; amenazas; violación de domicilio; usurpación; daños; ejercicio ilegal de la medicina y los tipificados en las leyes 13.944, 14.346 y art. 3° de la ley 23.592.

Dicho convenio fue aprobado por la ley 2527 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma, sancionada el 14 de diciembre de 2006 y promulgada el 16 de enero de 2007. A pesar del tiempo transcurrido desde su celebración, el Congreso todavía no lo ha aprobado, lo que ha originado diversos fallos judiciales sobre la vigencia o no de éste.

En este convenio se declaró que “La reforma constitucional del año 1994 consagró la autonomía legislativa, jurisdiccional y administrativa de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129 de la Constitución Nacional), contribuyendo, de ese modo, al fortalecimiento del sistema federal argentino. En ese marco constitucional, se ha iniciado un traspaso de competencias ordinarias al ámbito local con la aprobación del convenio suscripto el 7 de diciembre de 2000 entre el gobierno nacional y el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ratificado por ley nacional 25.752 y ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 597, respectivamente. Las atribuciones para convenir la transferencia ordenada de competencias, a su vez, resultan del art. 129 de la Constitución Nacional, del art. 6° de la ley 24.588, y de la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

A pesar de estas categóricas afirmaciones que confirman el exacto y elevado propósito perseguido por los constituyentes de 1994, la mera comprobación de las fechas nos indica la exasperante lentitud en el proceso de transferencia de competencias judiciales que corresponde ejercer por mandato de la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además nos demuestra que la vía alternativa de los convenios no es la adecuada para este problema de enorme importancia.

Debemos expresar que más allá de las buenas intenciones perseguidas por estos convenios, la solución correcta e integral de esta importante cuestión no es otra que la de cumplir el mandato de la Constitución Nacional y transferir toda la llamada justicia ordinaria o nacional de la Capital a la Ciudad Autónoma, a través de la modificación de la ley 24.588.

Actualmente están a cargo del Poder Judicial Federal: 893 jueces y camaristas federales, de los cuales 628 prestan servicios en la ciudad de Buenos Aires y sólo 265 en el resto del país. Y esta desproporción se explica porque no se ha producido la transferencia de aquella justicia ordinaria, -que por cierto no es federal- y que está integrada por más de 500 magistrados.

Esto significa otra grave lesión al federalismo argentino, ya que toda la ciudadanía de la Nación contribuye por estas funciones que corresponden a la ciudad. Y lo propio ocurre con la Policía Federal y las reparticiones antes mencionadas del art. 10.

Aquí se demuestra una vez más el grave incumplimiento de la Ley Suprema que padecemos, como expresión de nuestra deficiente cultura constitucional <sup>3</sup>.

Es que la anomia -como lo enseñara Carlos Nino en su libro *Un país al margen de la ley*- no sólo es “antidemocrática” (porque se desconoce la sanción constitucional) sino que además es “boba”, por los daños que produce, como claramente se observa en este caso.

¿Hasta cuándo soportaremos una autonomía restringida y mutilada de la Ciudad de Buenos Aires? ¿Cuándo comenzaremos a cumplir en su integridad la Constitución, que es la Ley Suprema y pacto fundamental de los argentinos?

#### Notas:

\*Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 21 de agosto de 2007.

<sup>1</sup> Para lo que remitimos a nuestro libro *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997.

<sup>2</sup> Véase nuestro libro antes citado.

<sup>3</sup> Véase *Encuesta de Cultura Constitucional Argentina, una sociedad anómica*, de Antonio María HERNÁNDEZ, Daniel ZOVATTO Y Manuel MORA Y ARAUJO, Inst. Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

## EL PENSAMIENTO DE ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ

por JUAN CARLOS PALMERO \*

1. Como parte del justiciero homenaje que la Academia Nacional de Derecho de Córdoba ha decidido realizar a sus miembros más ilustres, se nos ha encomendado la honrosa distinción de recordar la destacada trayectoria del académico Prof. Dr. Enrique Martínez Paz, evocando su perfil de egregio civilista, actividad que constituyera una de las realizaciones de mayor relevancia dentro de los variados aspectos que ofrece su rica y profícua personalidad.

Cuando nos abocamos a este cometido, lo hicimos con particular entusiasmo y satisfacción, porque más allá de la alegría que produce el poder sumarnos al merecido reconocimiento que esta Corporación le debía a uno de los juristas de mayor enjundia y formación de nuestra historia reciente, pudimos recrear, comprobar de nuevo -ahora, desde la visión de conjunto-, acerca de la magnitud y profundidad de una inconmensurable tarea científica, a la que sólo acceden aquellos talentos provistos de una inclinación inquebrantable por el derecho y la verdad.

Al volver sobre sus textos y publicaciones, reconfortamos las viejas creencias, afianzamos convicciones, volvimos a deleitarnos con una lógica impecable expresada con elegancia literaria, lo que nos permitió comprender una vez más, que el derecho no puede ser abarcado desde la estrecha visión de los especialistas, las mezquinas verdades de los exégetas o las limitadas conclusiones de los simples conocimientos empíricos, que a la postre, terminan negando su propia identidad.

A través de la imponente producción de Martínez Paz, es posible tomar conciencia acerca de la amplitud del objeto de las disciplinas normativas, las que si bien se expresan a la vida de los pueblos a través de preceptos generales y abstractos de conducta, para lograr un adecuado y profundo conocimiento de éstas, es menester, en cambio, recorrer diversos aspectos y alternativas consideradas por otras materias, como lo hacen la historia, la sociología, o la filosofía.

Para abarcar esta temática de manera completa, se precisa entonces, la disponibilidad de una formación cultural completa, por no decir ciclópea, con la posibilidad de manejarse a partir de una perspectiva tridimensional del derecho, características -por cierto-, no fáciles de resumir en una persona, situación generalmente reservada para mentes muy privilegiadas.

¿Qué otro jurista, de nuestro pasado reciente, se hallaba en condiciones de resumir semejante bagaje intelectual, como para afrontar el estudio de nuestra legislación civil desde angulaciones tan diversas?

La respuesta no precisa demasiadas dilaciones. En razón que Martínez Paz fue un valioso historiógrafo de nuestro pasado, conoció como ninguno los principios que movilizan la sinergia social de los comportamientos colectivos, manejara con fluidez y profundidad los grandes misterios que encierra el origen, existencia y destino del hombre, como así acerca de los diversos valores que fundamentan una ética social, es precisamente por ello que logra iluminar con notable lucidez, a comienzos del siglo pasado, los grandes lineamientos técnicos que precisaba el derecho privado nacional, inmediatamente después de la sanción de sus grandes ordenamientos.

Si el Código de Vélez constituye, según sus palabras, “... *el timbre más alto de la vida social de la República...*”, aún quedaba, como asignatura pendiente, avanzar en la construcción de una sistemática científica, que unida a la fundamentación filosófica, abarcara el fenómeno en su integridad, para así poderlo explicar a través de una teoría general, con proyecciones de perdurabilidad, más allá de la mera existencia formularia de la ley positiva.

Corresponde decirlo sin ambages: los estudios de derecho privado efectuados por nuestro homenajeado, constituyen el eslabón que faltaba, clausuran un período de alrededor de cincuenta años en el desarrollo técnico de la materia, para dejar sentados, de una vez y para siempre, los principales enunciados y bases suficientes, tarea por la que se lo distingue y

reconoce como el gran intérprete, el investigador de mayor profundidad, a partir del cual se han edificado los pivotes centrales de la civilística moderna.

A semejanza de la misión cumplida por Pablo respecto de los Evangelios, la obra de Martínez Paz aporta la versión ilustrada y completa que aún estaba pendiente, facilitando de esta manera, la divulgación definitiva del nuevo ordenamiento.

Por ello, ante la magnitud y trascendencia de los estudios e investigaciones dejadas, vaya sin retaceo alguno el elogio entusiasta y la adhesión sincera, como así la permanente gratitud de las distintas generaciones que abrevaron y lo seguirán haciendo en el futuro, en sus inagotables aportes al saber y conocimiento de la legislación nacional.

2. No es extraño entonces, que entre sus primeras preocupaciones como investigador, apenas iniciado el siglo XX, comenzara centrando su atención en la biografía del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, porque tuvo clara conciencia -como hombre del interior-, que el Código Civil argentino constituye un producto exclusivo y eminentemente personal de su relevante autor, para lo cual se volvía imprescindible analizar los diversos factores y determinantes culturales que gravitaron sobre su formación.

A diferencia de la mayoría de los ejemplos que ofrece la codificación universal, aquí nace el Código antes que la Nación, constituye más bien el sueño de su creador, que la conclusión de un trabajo grupal. En vez de conformar -como demuestra la experiencia universal-, la auténtica síntesis de diversos vectores científicos, históricos, filosóficos, económicos y culturales que identifican la idiosincrasia de un pueblo, la genialidad del codificador logra anticiparse aun al propio futuro.

La percepción inteligente de estos hechos, se advierten en la forma que titula su obra: *Vélez Sársfield y el Código Civil*, que a nuestra manera de ver, traduce el primer gran mensaje con miras a la comprensión definitiva de nuestra legislación privada.

Su extraordinaria erudición y formación científica e historiográfica, le permitió percibir rápidamente, que entendiéndolo al hombre, a través de la descripción objetiva de su circunstancia, como así del repaso prolijo de los distintos componentes de su formación universitaria, iba poder despejar las grandes ideas justificativas de los principios y lineamientos fundantes de nuestro ordenamiento histórico, pues a pesar que había transcurrido medio siglo de su entrada en vigencia, los comentarios doctrinarios todavía no superaban los límites reducidos de la simple exégesis, aseveración de fácil constatación si se repasa la bibliografía existente hasta la década del veinte.

Nada mejor que reproducir sus palabras en el célebre discurso que pronunciara con motivo del cincuentenario del Código: *“Vélez Sársfield fue la mente extraordinaria, única en su tiempo, con capacidad para realizar esta magna obra; él había enseñado y expuesto el derecho colonial con maestría y profundidad y en las largas horas de sus meditaciones y lecturas, se había familiarizado con la ciencia de los sabios comentaristas franceses y de los nuevos romanistas de la escuela alemana. Las leyes antiguas y la moderna ciencia del derecho se fundían así en ponderado equilibrio en el espíritu que habría de dar al país la obra monumental de su Código Civil”*.

Y termina su pensamiento, más abajo, diciendo: *“Con qué suprema penetración, con qué maduro juicio, con qué agudo sentido crítico e histórico, supo Vélez unir el pasado al porvenir, crear las formas en que, sin violencias, se había de encerrar la substancia de las nuevas sociedades”*

Para poder emitir juicio semejante, Martínez Paz había escrutado hasta en los más mínimos detalles la evolución de la enseñanza del derecho de nuestra trisecular Universidad, desde la administración jesuítica, hasta el momento en que el joven codificador cursara las lecciones para obtener el diploma de grado. Sus trabajos acerca de la influencia que tuvieron las Constituciones del Obispo San Alberto, como así el análisis agudo y completo de la “reforma al plan de estudios del Deán Gregorio Funes” de 1813 y su influencia sobre los ideales libertarios de las primeras generaciones del siglo XIX, cristalizadas en las enseñanzas de Juan Antonio de Saráchaga, constituyen hitos de conocimiento imprescindibles para comprender y explicar la

formación clásica de Vélez, que abarcaba con singular maestría e igual profundidad, tanto el derecho romano universal como el español que rigiera durante todo el período colonial.

El método, aunque eficaz, no era absolutamente original ya que sus estudios le habían advertido que en la evolución de las instituciones civiles modernas, de todos los países del mundo, existe un momento de “recepción” “transfusión” o también denominado de “consolidación” de las leyes, resultado inevitable de la necesaria contraposición que se produce en los comienzos de la vida de las naciones, entre los principios romanistas de carácter universal, con las costumbres propias de las idiosincrasias locales, tal como se advierte con palmaria evidencia de las obras de Pothier en Francia, o de Winscheid en Alemania, Huber en Suiza, o Freitas en Brasil.

Argentina transitó este inevitable camino, con la única particularidad que lo hizo sólo a través del esfuerzo individual de su artífice. Martínez Paz, es precisamente, quien marca el derrotero del codificador en este sentido, cuando analiza con rigor técnico y notable lucidez, los diversos trabajos que pusieron en evidencia las distintas tensiones que ofrecía el derecho patrio a la legislación española vigente, investigaciones que contribuyeron, considerablemente, a arrojar luz en temas que todavía no habían sido tratados con semejante dedicación y enjundia.

Restaba sin embargo, completar la tarea, considerando la influencia que sobre Vélez ejerció el llamado derecho científico, configurado -para la época-, casi de manera exclusiva por los 2.282 artículos que componen el “*Códe*” de Napoleón de 1804 y la literatura jurídica publicada hasta ese momento en su derredor, del cual, al decir de Segovia, nuestro ordenamiento había receptado algo más de la mitad de tales preceptos.

Para clarificar esta otra importante fuente, Martínez Paz, apela a su ilustrada y completa versación respecto de los llamados “*comentaristas*”, tales como *Merlin, Troplong, Duranton, Demolombe, Zachariae* etc., etc., pero avanza mucho más aún en pos de la dilucidación de las propias bases históricas y técnicas del derecho galo, para lo cual se adentra con especial énfasis, en el pensamiento de *Jean Domat*, verdadero pilar de las concepciones modernas, sobre todo, por su influencia en la sistemática del siglo XIX. Escuchemos su juicio conclusivo: “*El pensamiento argentino no ha quedado exento de la fecunda influencia de Domat... que tuvo la virtud de haber colocado al derecho por encima de las veleidades de los hombres, de sus caprichos y extravíos... dándoles los fundamentos de una filosofía y para la legislación las bases de su técnica, el plan de su contenido y hasta el texto de sus disposiciones*”.

3. Si las explicaciones referidas a los aspectos históricos y técnicos, expresados precedentemente, habrían sido suficientes como para lograr transmitir los conocimientos necesarios para acceder a una interpretación práctica de nuestras leyes, las inquietudes del maestro cordobés lo llevaron a superar esta dimensión, al plantear y reflexionar sobre los grandes interrogantes que permiten elaborar su fundamentación filosófica.

Es que los códigos, a semejanza de lo que ocurre en el escenario teatral con los inertes muñecos del titiritero, precisan ser animados por la mano del hombre, de manera que cada uno de sus gestos y movimientos correspondan a los designios del artista y de la obra a representar. De igual forma, las leyes que a la postre no son otra cosa que vida humana objetivada, precisan apoyarse en una concepción filosófica de la existencia y de la sociedad, sin las cuales pierden su sustento como así el sentido y razón de ser de las instituciones sociales.

El Código Civil argentino, decía Martínez Paz, “... *es hijo de la filosofía del siglo XIX, un código burgués, inspirado en los principios de la ilustración, en la Aufklärung alemana, en la filosofía del Iluminismo. Sus méritos, sus virtudes y sus defectos están contenidos, en cierta manera, en el fondo del espíritu de esta filosofía...*”, premisa que lo lleva a otra conclusión inevitable: “... *las fórmulas de los códigos, no son nada más que las representaciones particulares del espíritu de su tiempo...*”.

Ese siglo fuertemente marcado por las concepciones y enseñanzas del “derecho natural”, produce el renacimiento del “individualismo humanista”, y en forma coincidente, implica un avance importante respecto de los tiempos del absolutismo monárquico, todo ello a través de una profunda secularización que termina por independizar, de manera definitiva, el orden



temporal del religioso, mediante el reconocimiento para siempre de la laicidad de las expresiones normativas.

Sobre la base del supuesto que las personas disponen de una *“naturaleza humana de carácter inmutable”*, se construye la generalizada creencia acerca de la existencia de un “derecho universal”, uniforme, inmutable, capaz de dar prevalencia a las normas legales, respecto de los valores morales, construyendo un verdadero endiosamiento de las *“palabras de la ley”*, situación que termina por afectar la ubicación de la ética social dentro del sistema de valores de su tiempo.

Las consecuencias de esta sobredimensión de la significación ontológica del derecho escrito, tuvo como contrapartida la necesaria reducción de los parámetros interpretativos, situación que produjo una notoria limitación de sus alcances, con especial afectación de la necesaria perspectiva integradora con que deben abordarse los fenómenos sociales, problema que Martínez Paz advierte con severo juicio: *“La soberanía absoluta y única de la ley venía a tener un sentido profundo, que redujo el pensamiento jurídico a escrutar, como en las anunciaciones de los misterios, el espíritu encerrado en la fórmula. La escuela de los intérpretes, especie de una escolástica de la decadencia, fue la expresión más cierta de esta extraordinaria aberración”*.

De ahí sus advertencias: *“... la personalidad del derecho no está hecha con los despojos de la individualidad humana...”* que reclaman la imprescindible necesidad de impregnar y acercar las concepciones decimonónicas, a una filosofía social que requería inevitablemente morigerar la visión egocéntrica del hombre racionalista, para ubicarlo dentro de la perspectiva solidaria propia de las exigencias modernas.

En este camino enseña y demanda, con notable lucidez y prudencia, sobre la necesidad de introducir ciertas correcciones respecto de la regulación y enfoque con que Vélez había concebido diversos institutos, tales como la persona jurídica, que no puede ser una simple analogía de la natural; la rigurosidad dogmática de los derechos adquiridos; la fuerza obligatoria de los contratos, cuyos efectos no nacen sólo del *fiat* de la voluntad; las nuevas fronteras de la responsabilidad civil, donde en ciertos casos, como ocurre con el riesgo, pueden llegar a prescindirse de la culpa; la *“esencialidad”* relativa de los derechos subjetivos frente al abuso, a la luz de su armonización con los fines sociales o morales tenidos en cuenta para reconocerlos; o sus reclamos acerca de la figura de la lesión subjetiva, como novel expresión del principio de “buena fe”; y mucho más que omitimos mencionar por razones obvias, todo lo que conforma un auténtico programa de actualización de la hermenéutica histórica para señalar el derrotero o rumbos de reforma de la legislación civil, a la luz de una axiología que fuera capaz de rescatar al hombre en su visión completa.

Por ello, Martínez Paz proclama, a temprana edad de la centuria pasada, como un canto de esperanza hacia una concepción más humana y espiritual del derecho, lo siguiente:

*“Hay criterios de interpretación que nacen de los fines éticos de la ley y que se imponen por encima de la voluntad real de las partes”* crítica que, por cierto, no apuntaba a sacrificar al derecho vigente en su conjunto, ni menos aún la adhesión a corrientes que levantaban *“cátedras de demolición”*, verdaderos asaltos a la civilización -tanto las del “paganismo racial”, como las del “colectivismo” materialista-, sino pretendía iluminar nuestro derecho con los fundamentos de una filosofía social, capaz de *“aggiornar”* instituciones rezagadas y defendidas tanto por los grandes maestros del pensamiento filosófico, como por la doctrina permanente de la Iglesia Católica, a la que dispensaba especial atención y respeto.

Si tuviéramos que explicar en pocas palabras los esfuerzos de Martínez Paz encaminados en este sentido, diríamos que predice -a través de una suerte de profecía para su época-, que los profundos cambios políticos, económicos y sociales operados en los primeros cincuenta años de existencia del Código, debían, necesariamente, reflejarse en su normativa, y una vez insuflados estos valores morales, tendríamos el privilegio de disponer de una obra normativa para todos los tiempos.

Para entender plenamente su pensamiento, nada mejor que recordar, textualmente, su elocuente y no menos elegante metáfora: *“El relato de la creación de Miguel Angel en los frescos de la Capilla Sixtina, en el que el ser sale por un soplo insuflado en la materia inerte,*

*puede servir también como una imagen real de la creación del derecho. Sobre las relaciones de los hechos, la conciencia sopla su aliento vital, según sus valores esenciales, y de allí sale todo el derecho animado de espíritu, en forma tal, que sólo el espíritu metafísico puede penetrar”.*

La actitud contraria, o una defensa histórica cegada y caprichosa, habrían paralizado o desviado el curso evolutivo natural del sistema de derecho privado, error que quizás, nos habría llevado a la inevitable encrucijada del cambio o sustitución integral del viejo Código de Vélez, sobre el cual -a semejanza de las grandes obras de arquitectura social-, se había edificado la Nación durante casi una centuria, situación que por otra parte, aun disfrutamos de la lucidez de su ciencia, la placidez de su armonía, así como de su sabio y ponderado equilibrio.

Es que el esfuerzo y las enseñanzas de Martínez Paz, reclamando estos aires de cambio, derivaban de la fuerte convicción que al país no le ocurriera lo del Senado romano, que desde muchos años había abandonado sus creencias en los dioses del Olimpo, pero no por ello dejaba de mirar el robo del altar de la Victoria como un atentado sacrílego.

Ello no obstante y según ejemplos reiterados que nos ofrece la historia, quienes anticipan acontecimientos del porvenir, o tienen la inteligencia de adelantarse a las circunstancias de su tiempo, resultan generalmente incomprendidos por sus contemporáneos. Hemos reflexionado con detenimiento acerca de su meritoria y destacada actuación durante casi diez años en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil, que culminara con el llamado “Anteproyecto de Reforma de 1936”. Los antecedentes documentales y actas de debates, muestran cuánto entusiasmo, sabiduría y sano apasionamiento puso Martínez Paz al servicio de este ideario, que pretendía sólo la puesta al día filosófica de una legislación nacida al amparo de otros vientos dialécticos, pero al mismo tiempo y corresponde destacar, que poco eco tuvo a la luz de los resultados concretos.

Es más, el fallido Proyecto que aludimos, protagonizado en cierta medida por la particular personalidad de Biliboni -como genuino exponente de la civilística capitalina de la época-, sin perjuicio de su indubitable valor científico para el derecho civil actual, concluye no obstante proponiendo soluciones doblemente inconvenientes, ya que, por un lado, se propicia la derogación completa del Código histórico de 1871, mediante la sustitución por uno completamente nuevo, lo que hubiera implicado inferir una traumática fractura a la formidable obra colectiva consolidada en su derredor a través del transcurso de los años; y en segundo lugar, se malogra una extraordinaria oportunidad de haber receptado en toda su extensión, la prédica solidarista del maestro cordobés, acerca de la imprescindible necesidad de morigerar los efectos distorsionantes de concepciones decimonónicas, de inspiración individualista y egocéntricas para dotarlo, en cambio, de una apoyatura filosófica espiritualista, derivada de las grandes transformaciones de la humanidad y que apuntan a la necesaria proyección social y ética del derecho.

Pero la verdad triunfa en definitiva y podemos asegurar que la historia le hizo justicia... y así entonces, cabe resaltar, que el pensamiento de Martínez Paz, revive en todo su plenitud y esplendor -pero sin cita al pie de página, por cierto-, en la llamada reforma de 1968 (decr. ley 17.711), a través de la cual se concreta buena parte de los reclamos que recordáramos recientemente.

Cuando se quiere explicar al país los fundamentos de esta profunda modificación que experimenta nuestra legislación privada, el Dr. Guillermo Borda expresa textualmente que. “... era necesario insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu. Su filosofía era la del siglo XIX: liberal, individualista, positivista. La reforma cambia esa filosofía por la social y cristiana, propia de nuestra época, la época de la *Populorum Progressio*. El liberalismo positivista confundió ley con derecho, se interesó más la seguridad que la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma...”.

No creo que sea necesario abundar en consideraciones para advertir que hasta el propio verbo *insuflar*, empleado en la alegoría de Miguel Angel que recordáramos precedentemente, se reproduce como un reconocimiento -muchas veces ignorado-, a la importancia y trascendencia de su tarea científica.

Señores:

Si la vocación es un camino, los recorrió a todos, sin dejar atrás, ni el más insignificante de los atajos e inspirándonos en Unamuno podríamos afirmar que *“nada de lo humano le fue ajeno”*. Si la vocación constituye una búsqueda, su entusiasmo y apasionamiento lo llevó siempre al universo resplandeciente de la verdad. Si la vocación constituye un derrotero, él lo asumió a través de la fuerte convicción que no hay derecho capaz de sostenerse y por lo tanto sobrevivir sin que se apoye en un consistente y actualizado cimiento moral.

Por ello, cuando desde el horizonte de los tiempos, se visualiza a las diversas generaciones de civilistas, en tránsito hacia la empinada cuesta que lleva al pináculo de la perfección - como expresión concatenada en la consolidación de la obra común-, Martínez Paz constituye un hito permanente, el eslabón necesario, la bisagra dialéctica que tiende los grandes puentes de la sistemática nacional, para que el derecho no abandonase el signo de su dinámica y como dijera el codificador, *“ no fuese irreverente con la historia, ni cegado al porvenir”* .

A la luz de estas breves reflexiones, entendiendo el sentimiento de la doctrina nacional y de manera especial, de la famosa Escuela Jurídica de Córdoba, sólo nos resta rendirle este sincero, emocionado y reconocido homenaje de esta Academia Nacional de Derecho que lo reconoce como uno de sus miembros más distinguidos.

Notas:

- Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 11 de septiembre de 2007.

**LA ACTUACIÓN DEL ASESOR LETRADO  
EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN.  
UN ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA  
PENAL DEL SIGLO XVIII**

por RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA\*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Análisis de causas penales: la actuación del asesor letrado. Su opinión antes de dictar sentencia. III. Conclusiones. Bibliografía.

La presencia de los asesores en los pleitos de la justicia colonial indiana significó un decisivo punto de inflexión en el lento tránsito de la justicia legista a la justicia letrada. Esta investigación la vengo realizando hace algunos años sobre la literatura de la época, la tradición cultural y, básicamente, a través de los decisivos aportes del estilo judicial (jurisprudencia) que se condensan en las Actas del Archivo Histórico de la Justicia de Córdoba, con su riquísima y completa veta documental de expedientes de crimen.

Su estudio nos ha proporcionado un rico material para trazar un horizonte de la labor cumplida por estos asesores letrados en la periferia del imperio español<sup>1</sup>.

## **I. Introducción**

En el proceso judicial indiano, los magistrados eran generalmente legos y solían someter todo lo actuado en la causa a la asesoría de un letrado, cuyos honorarios debían ser satisfechos por las mismas partes.

Esta facultad que tenía el juez estaba prevista en el procedimiento penal para ayudar a formar el criterio objetivo, legal y equitativo que debía aplicarse al caso, para, de este modo, dictar una sentencia ajustada a derecho y a las constancias labradas en los autos.

Si el magistrado interviniente no se conformaba con la opinión del abogado consultado, solicitaba a otro letrado un nuevo dictamen, o en su defecto, elevaba los autos en consulta al tribunal inmediato superior, que dictaba sentencia, previa citación de las partes.

En cuanto a la responsabilidad de los magistrados, la Real Cédula del 22 de septiembre de 1798, disponía que los jueces legos no eran responsables de las providencias que dictaran, cuando lo hicieran conformándose con la opinión del abogado consultado, quien asumía la responsabilidad que traía aparejada la resolución, cuando hubiese dictaminado sin arreglo a derecho. Es por esta circunstancia que prácticamente, en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, el juez se conformaba en su pronunciamiento con el dictamen del asesor o de los asesores intervinientes.

En la organización judicial indiana sólo los oidores, que desempeñaban la función de jueces en la Audiencia y estos asesores letrados eran abogados. Cabe recordar que el número de oidores podía variar entre tres y diez según la jerarquía de la Audiencia.

La designación de los oidores correspondía al monarca y tenían sueldo fijo. A partir de la Real Ordenanza de Intendentes de 1782 y su modificatoria de 1783, también fueron abogados los tenientes letrados.

El Cabildo de Córdoba tuvo su primer asesor letrado a partir del 15 de abril de 1814, siendo el cargo rentado, sin perjuicio, claro como era norma habitual de la percepción de los honorarios correspondientes a las partes, conforme a la condena en costas.

Esta investigación intenta analizar las particularidades que rodearon la actuación de los asesores letrados en el preciso marco de la justicia penal de Córdoba del Tucumán del siglo XVIII; realizada con fondos documentales extraídos del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba.

## II. Análisis de causas penales: la actuación del asesor letrado. Su opinión antes de dictar sentencia

### a. 1788 - Autos “Peralta, José Ignacio por lesiones a Bernardo Hastina”<sup>2</sup>

El 27 de octubre de 1788, el capitán de milicias don Diego Guerra, que desempeñaba la Comandancia del Fuerte y Villa de la Concepción de Río Cuarto y juez pedáneo, tuvo conocimiento de “que en dicho día, mes y año a las 8 de la noche del día antecedente”, José Ignacio Peralta había dado una puñalada a Bernardo Hastina, vecino de esta jurisdicción de la ciudad de Córdoba y en uso, pues de las facultades conferidas a su cargo, ordenó realizar la sumaria correspondiente.

El primer paso de la instrucción fue verificar la veracidad del crimen denunciado. Para ello se citó a comparecer a los testigos que pudieran ayudar a develar el hecho. Tales fueron Juan Félix Muñoz, Francisco Prado y Esteban Benítez, quienes coincidieron en afirmar que el victimario había sido José Ignacio Peralta.

Además y para comprobar la veracidad de la muerte, se solicitó licencia al cura y vicario de Río Cuarto “*para que fuera extraído el cuerpo de Hastina y puesto en lugar profano y se hiciera la verificación legal*”. Para el cumplimiento de estas diligencias, el juez pedáneo Guerra fue acompañado por el teniente de milicias don Pedro Balmaceda, don Juan Bautista López y don Gregorio Rovere. Se logró acreditar entonces, que el cadáver presentaba una herida de arma blanca de magnitud tal, que justificaba ser la causa de la muerte.

El 5 de octubre de 1788, el juez pedáneo, Diego Guerra remitió las actuaciones labradas al alcalde de primer voto de la ciudad de Córdoba don José García Posse.

Entre tanto se dictó orden de prisión contra Peralta y se tomó declaración a nuevos testigos que depusieron “*el mal hacer y las malas costumbres de Peralta*”... “*que ocupaba su vida, bebiendo, jugando y procurando armas y peleas según voz común*”.

No habiéndose podido verificar la detención de Peralta, fue citado por pregones y por no presentarse fue citado tres veces más por edictos voceados por pregoneros. En su ausencia sufrió el embargo de sus bienes y tras numerosas diligencias, logró el juez pedáneo José Laurencio Oliva aprehenderlo y enviarlo preso a la ciudad “*bien asegurado con tramoso por no haber en el lugar prisiones de hierro*”.

Asegurado el reo, el coronel de milicias don Francisco Antonio González dispuso tomar al imputado la primera confesión de indagatoria.

Resultó ser “indio de calidad” de estado casado, de 30 años de edad. Admitió la muerte de Hastina pero puntualizó no saber la causa del *homicidio* “*porque estaba muy cargado de aguardiente*”. Relató asimismo su participación en varias camorras y peleas a cuchillo aunque manifestó no haber sido antes perseguido por la justicia.

En 1790 se incorpora en calidad de nuevo alcalde de primer voto Victorino Rodríguez, quien como medida inicial dispuso recabar información en el vecindario acerca de la personalidad de Peralta. Comisionó a tal efecto al juez José Laurencio Oliva. Los testigos que depusieron en esta nueva instancia de la sumaria amplían en detalles sobre las numerosas pendencias que el reo mantenía. Ello convenció a Victorino Rodríguez para ampliar la indagatoria ya tomada al reo. La nueva fue celebrada el 21 de abril de 1790.

Esta segunda confesión dio motivo para que el fiscal presentara su acusación pidiendo para Peralta la ejecución de la pena capital.

Corrido traslado al defensor, que lo era el defensor general de pobres, el doctor en Teología Juan Luis de Aguirre y Tejeda, éste consideró que debía el juez absolverlo de la pena de muerte y condenarlo a otra arbitraria “*en concepto que el homicidio de Hastina fue casual e indeliberado pues fue únicamente efecto de la embriaguez en que estuvo el expresado Peralta en aquel día según lo demuestra la sinceridad de su confesión y los testigos que cita en su comprobación*”.

En los siguientes traslados de los pliegos anteriores ambas partes piden la apertura de la causa a prueba.

El 17 de julio de 1790 Victorino Rodríguez abrió los autos a prueba. En esta instancia procesal, los testigos que había en la sumaria son nuevamente citados a declarar. Todos ratifican los términos de sus declaraciones anteriores.

También depusieron nuevos testigos Francisco Toledo y Prudencia Heredia. Ambos expresaron no constarles el hecho por no haber estado presentes *“pero que han oído públicamente en todo su vecindario que el dicho Peralta mató a Hastina de una puñalada”*.

Corridos los traslados para alegar el mérito de la prueba y demás constancias del proceso, sostuvo la Fiscalía a cargo de José Manuel Cardozo, en una breve presentación sin referencia a ley ni doctrina *“que del expediente resulta plenamente justificado el cuerpo del delito sin que aparezca indicio alguno cualificado de que el finado provocase al agresor o diese mérito para la ejecución del hecho de que se trata, antes por el contrario, se descubre con evidencia nada equívoca que Peralta en fuerza de su depravada conducta se excedió a perpetrarlo, y aún intentó en aquel acto la vida del paciente después de estar postrado con la mortal herida que le dio, cuya circunstancia por sí sola en el concepto jurídico demuestra que este crimen conato era efecto de un ámbito viciado con la inicua costumbre de verter sangre humana que el mismo reo confiesa”*.

El fiscal intentó desmerecer la estrategia trazada por el defensor de considerar a su defendido envuelto en vapores alcohólicos que le impedían su discernimiento y por lo tanto incapacitaban su responsabilidad, por no considerar suficientemente probado en autos. En los nuevos traslados de sus respectivos escritos, ambas partes, acusación y defensa, vuelven a insistir en los términos originales.

Declaró luego el juez conclusa la causa definitiva y mandó en asesoría los autos a Victorino Rodríguez *“sin honorarios por ser pobre la parte rea”*.

Se excusó el catedrático de Instituta de ilustrar al juez con su ciencia. Dijo: *“que independientemente de las muchas ocupaciones que le impiden dar dictamen con la brevedad que exige la naturaleza de la causa, se halla naturalmente impedido por ser hermano del Defensor de Pobres con cuya intervención se sustancia esta causa y a quien dirige en las defensas”*.

Aceptadas las excusas de Rodríguez, dispuso el alcalde se remitieran los asuntos al asesor, el teniente gobernador intendente, licenciado Nicolás Pérez del Viso, quien no tardó también en excusarse *“por sus múltiples ocupaciones”*.

No abundaban los letrados en la ciudad y se tornaba arduo contar con asistencia de un letrado que pudiera encauzar el trámite de estos autos conforme a derecho y aconsejar con ciencia y prudencia al juez el criterio a seguir.

Fue entonces cuando José Benito de Acosta decidió girar los autos en consulta a Manuel Gigena Molina, abogado de la Audiencia de Chile, residente por entonces en Córdoba *“por no haber otro profesor en la ciudad”*.

El 22 de mayo de 1793, el asesor presentaba su dictamen. Decía: *“El Asesor consultado en el proceso fulminado contra José Ignacio Peralta por la muerte ejecutada en la persona de Bernardo de Hastina, vistos y reflexionando los autos que lo componen dice que no habiéndose alegado en defensa de este reo otra excepción que el de la ebriedad para cuya calificación por parte de su protector se produjeron los testigos que se hallan examinados desde fojas 59 hasta 64 de los que o por poca inteligencia y versación del comisionado en el acto del examen, o por no estar particularmente instruidos de las gestiones y movimientos que pudieran observarse al reo antes y después que salió de la casa de Alexandro Balmaceda sólo este testigo contesta categórico e individualmente sobre la embriaguez al paso de que todos los demás aseguraban los antecedentes que para ella procedieron y siendo doctrina inconclusa entre nuestros autores practicada en los Tribunales del Reino que aún después de fenecido el término probatorio la sentencia definitiva le es facultativo al juez practicar de oficio las diligencias más eficaces al esclarecimiento de la verdad en tanto en pro como en contra del reo a fin de que por este*

*defecto no quede indefenso el de nuestro caso, es de sentirse libre nuevo despacho cometido a don José Laurencio Oliva para que bajo de juramento examine segunda vez a Prudencia Heredia pudiendo ser habidos a los testigos del sumario... indagando particularmente si el licor que consta haber tomado José Ignacio Peralta en casa del citado Balmaceda le causó efectivamente embriaguez y en qué grado, haciendo se expresen las circunstancias que concurrieron para persuadirse de ello y fecho se traigan para proveer lo que fuere de justicia determinando vuestra merced sobre todo lo que fuera de su agrado. Córdoba, mayo 22 de 1793”.*

Los testigos Balmaceda y Heredia descartaron el estado de embriaguez del reo manifestando que por el licor de aguardiente sólo se encontraba Peralta “*un poco calentón de la cabeza*”.

A continuación, y sobre el mérito de los nuevos capítulos de prueba agregados, insiste Heredia en la defensa de los términos de sus anteriores presentaciones.

Pese a la larga tramitación que ya llevaban estos obrados, se ordenó nueva vista al asesor, esta vez a Manuel Gigena Molina, también “sin honorarios” por la pobreza de la parte rea.

Previo al dictamen, el juez solicitó se agregara al expediente debidamente certificado por el actuario copia de la Real Cédula expedida por el distrito que vedaba el uso del cuchillo.

Siguiendo muy de cerca los términos de esta cédula que penaba con penas de multas y cárcel, multa y presidio en el caso de reincidencia y muerte en el tercer caso para los nobles y azotes, cárcel presidio y muerte para los plebeyos el asesor dijo: “*El Asesor consultado a reconocido estos autos con la seriedad que exige la materia y por su mérito siente, que el reo José Ignacio Peralta lo es, convicto y confeso en el homicidio que ejecutó con arma corta en la persona de Bernardo Hastina, sin precedente enemistad ni provocación... por lo que se impone la pena ordinaria de muerte... teniendo a la vista lo que contra los homicidas decretaban las leyes 8, 10 y 15, título 8, Partida 7 y las leyes 2 y 3, título 23, libro 8, en las recopiladas...*”.

La subsiguiente sentencia del juez, pronunciada el 7 de mayo de 1794 adhería estrictamente a los términos del dictamen del asesor: “*Fallo que debo aclarar y declaro que el Fiscal ha probado bien y cumplidamente sus acciones como probar que debía y las doy por bien probadas, y que el reo y su defensor no han probado sus excepciones las doy por no probadas, y en consecuencia debo condenar al dicho José Ignacio Peralta a la pena de muerte en horca, consultándose por la ejecución a la Real Audiencia del distrito, que por ésta mi sentencia definitivamente juzgando así la otorgó*”.

Respetando asimismo el parecer del asesor, el alcalde García elevó los autos en consulta a la Audiencia de Buenos Aires.

En el alto tribunal tomó intervención el fiscal Francisco Manuel de Herrera, quien al revisar el proceso encontró: “*...que como dicho reo en su confesión preguntado por su calidad expusiera ser indio y aún así ni se le recibió con asistencia del Protector que no intervino tampoco en su defensa, manifiesta así la nulidad de la actuación desde aquel auto debe revocarse la referida sentencia después de declararse, respondiendo la causa al estado del sumario, a fin de que procediendo el nombrarse curador del dicho indio para que asista al juramento y lo defienda en caso de no haber algún abogado a quien encargar su protección*”.

El dictamen de la Fiscalía permitió la revisión total del proceso y los autos se pusieron en estado de tomar al reo su primera indagatoria con asistencia del protector de los naturales.

Fue designado como tal Hipólito García Posse, jurista de lúcida actuación en el Foro de la ciudad de Córdoba y más tarde magistrado.

El tercer interrogatorio al que fue sometido Peralta tomado el 10 de septiembre de 1794 y en lo sustancial no innovó el reo el tenor de sus anteriores declaraciones.

El alegato de la Fiscalía presentado por el nuevo fiscal de la causa, Antonio Benito Fragueiro, rico comerciante de la ciudad y padre de quien desempeñara, medio siglo más tarde, un rol fundamental en la organización del país -nos referimos a Mariano Fragueiro-, consideró, que atento al nuevo estado de la causa declarada nula, que previo a la presentación de su dictamen debía dictarse nueva sumaria de los hechos.

Así lo ordenó el juez y nuevamente fue comisionado Pedro Martínez, quien en el Paraje de la Tapa del Partido de Río Cuarto inició la ronda de los testigos.

Los testigos vuelven a confirmar la culpabilidad de Peralta y el fiscal que interviene (en ausencia de Fragueiro), Ignacio Peytado pide la aplicación de la pena de muerte.

El defensor González presentó su brillante alegato el 21 de marzo de 1795. El nudo de su defensa consistió en la tesis sostenida por la Fiscalía de que el acusado había obrado con dolo y no con culpa por lo que era pasible de aplicación de lo dispuesto en Ley 5, título 8, Partida 7. Acude, para reforzar sus argumentaciones a citas de Gregorio López, el glosador de las Partidas, cuya opinión en América fue tenida por sana doctrina y dice: *“El homicidio causado en estado de embriaguez no debe ser castigado el ebrio con la pena ordinaria de homicidio, sino con la de destierro por los mencionados años prefijos por la ley, o contra arbitraria que conceptúe el juez proporcionada al delito o mejor a la culpa en que incurrió el hecho”*.

Para dilucidar la capital cuestión del grado de lucidez o discernimiento que asistía a Peralta en el momento de los hechos acude el defensor a Próspero Farinacio cuya *“praxis et Theoricae Criminales”* se usó con frecuencia en el ámbito forense indiano: *“es sentir de Farinacio que no incurre en pena alguna como totalmente involuntario... y se lo pena no con la ordinaria sino con otra más leve cual es la de presidio”*.

Por último, tiene en cuenta la condición social y jurídica de los indios, *“la amonestación que a favor de los indios, como lo es mi protegido hace a los jueces el célebre Acosta”* se refiere sin duda a la obra del jesuita José Acosta *“De procuranda indurum salute”* y concluye citando a Solórzano al sostener que los jueces deben castigar a los indios no con las penas establecidas por derecho sino con otras más leves, *“mostrándose benignamente con ellos, por su suma ignorancia, simplicidad y miseria por cuyo motivo juzgan las mismas leyes dignas de compasión a todos ellos y por lo mismo les conceden innumerables privilegios”*.

El alegato del defensor fue contestado el 20 de abril. Pide la aplicación de la máxima pena y acude a Lardizábal, quien glosando textos de Aristóteles distinguía al ebrio casual del que lo hacía por hábito o costumbre “perversas” no correspondiéndoles en este último caso de eximición o disminución alguna de pena.

Conclusa ya la causa para sentencia, el nuevo juez que intervendría, Nicolás Cabrera, ordenó que los autos pasaran en Asesoría legal a don Carmen María de Aguirre, de la ciudad, quien se excusó invocando su calidad de *“hermano del doctor Juan Luis de Aguirre, hermano del defensor”*.

Designado entonces nuevo asesor, siempre sin honorarios por la pobreza del reo, Juan Prudencio Palacios, también se excusó *“por hallarse próximo a caminar a la ciudad de Buenos Aires y hallarse embarazado a los asuntos que conducen a tal efecto”*.

Un nuevo traslado a un tercer asesor, esta vez el doctor José Antonio Arias Hidalgo también es excusado por hallarse el letrado *“empleado en negocios del Real Servicio”* que le impedían abocarse al estudio de la causa.

La falta de letrados en Córdoba obligó a solicitar la intervención de Mariano de Zavaleta, abogado del Foro de Buenos Aires, quien aconsejó abrir el término legal a 80 días de prueba para esclarecer aspectos sin los cuales no se podía establecer la responsabilidad cabal del reo.

El dictamen del asesor Zavaleta tornaba los autos a su origen, no obstante su larga tramitación de 8 años.

Las diligencias procesales cumplidas en esta parte de los autos no favorecieron a Peralta a quien le había rechazado el beneficio del indulto general que Su Majestad había concedido en 1796.

La causa entró luego en su fase final.

El 13 de mayo de 1797, el alcalde Ambrosio Funes cita a las partes para sentencia y nombra asesor al licenciado Juan Prudencio Palacios, quien se excusa por encontrarse *“legalmente impedido por estar enfermo y sangrando de un brazo por lo mismo no podrá despachar esta causa con la brevedad que ella exige”*.



El argumento es categóricamente rechazado por el juez Funes, hay menor prejuicio para la causa si se espera el establecimiento de Palacios que se envíe, atento la falta de letrados, la causa a Buenos Aires.

Días más tarde, el licenciado presentaba su dictamen aconsejando se abrieran nuevamente los autos a prueba para dilucidar aspectos aún no suficientemente aclarados, la calidad de indio del reo y la verosimilitud de su denunciado "*estado de embriaguez*", criterio que siguió el juez y mandó cumplir en autos.

Cumplidas estas diligencias, fueron nuevamente pasados los autos en asesoría al licenciado Palacios quien no tardó en excusarse "*por sus muchos quehaceres e intereses a salir de esta ciudad*".

Pero ya no se le admitían excusas a Palacios, quien es conminado a presentar su dictamen, así lo hace el 28 de mayo de 1798.

Estimaba "*que por varias razones soy de sentir no ser acreedor José Ignacio Peralta a sufrir la pena de muerte a que se halla condenado por el homicidio que verificó en la persona de Bernardo Hastina, pues éste (Peralta) lo perpetró estando ofuscada la razón, y sólo si corresponderle la pena impuesta por la Ley 5, Título 8, Partida 7 que es de cinco años de destierro, y por los demás delitos que de cierto constan otros cinco años, con cuya pena parece hallarse suficientemente castigado los excesos de dicho reo, en cualquier presidio que se arrimase, sobre todo vuestra merced, debe consultar con autos, con nuestra Real Audiencia para que se sirva su alteza determinar lo que le parezca más justiciero*".

El 19 de junio de 1798, el juez que intervino dictó sentencia en la que expresamente resolvía: "*Y vistos: conformándose con el anterior dictamen del Licenciado Juan Prudencio Palacios de veinte y ocho de mayo próximo pasado, por sentencia definitiva en todas sus partes haciéndose saber*".

Notificando el pronunciamiento, el fiscal Ignacio Peytedo, apeló él mismo por "*no importarse en dicha sentencia al reo pena capital a que según el mérito de los autos se hizo acreedor*".

Por su parte, el protector del reo interpuso recurso de apelación por haber sido condenado su protegido al "*destierro asignado por diez años*".

El 6 de agosto de 1798, la Real Audiencia tomó conocimiento de las actuaciones, por haber sido asistido el recurso de apelación el protector del reo, los autos fueron remitidos al fiscal en lo criminal de la Real Audiencia para que dictaminara al respecto, éste pidió para el reo Peralta una pena arbitraria que lo liberara de la muerte, mientras que el Fiscal en lo civil peticiona para el indio Peralta la apelación de una pena de muerte.

El 2 de octubre de 1801, la Real Audiencia dictó resolución revocando la sentencia del alcalde del primer voto de Córdoba y condenó al reo José Ignacio Peralta a la pena ordinaria de muerte.

La causa significó 11 años de litigio, importó tres aperturas de prueba y fueron designados nueve asesores letrados, cuatro de los cuales se excusaron y los restantes actuaron en el proceso.

#### *b. 1793 - Autos "Acosta, José Benito c/ Gregorio Blanco – Injurias" <sup>3</sup>*

El 7 de agosto de 1793, se presentó ante el juez pedáneo del partido de Río Cuarto, don Pedro Martínez, su colega del partido de Las Achiras, don Roque Hirsuta, promoviendo querrela civil y criminal por injurias en contra de don Gregorio Blanco por haberlo deshonrado y desacreditado en la casa de don Mateo Fredes, en presencia de los testigos Santiago Rivarola y José Carranza.

El ofendido Roque Hirsuta afirmó que el querrellado Blanco lo había injuriado al haber expresado públicamente "*que era un pícaro e indigno alcahuete de ladrones*" sin tener motivo alguno para ello. Agregó que Blanco tenía por costumbre "*deshonrar y desacreditar en varias*

*oportunidades al Doctor don Santiago Arias Cabrera, Cura y Vicario del Partido de Río Cuarto, al coronel de milicias José Benito de Acosta y al Capitán Laurencio Oliva”.*

Peticiónó al juez pedáneo que citara a los mencionados Fredes, Rivarola y Carranza y a los vecinos que estimare necesario a los fines de que presten declaración para probar de ese modo el hecho denunciado.

Para verificar la verdad de la imputación se citó en calidad de testigos a Santiago Rivarola, José Ignacio Carranza, Mateo Fredes y Basilio Echenique quienes acreditaron el injurioso proceder de Blanco, extensivo también a las personas del vicario Cabrera, el coronel Acosta y el capitán Oliva.

Una vez concluidas las diligencias sumariales, el juez pedáneo Martínez expidió copia auténtica de las actuaciones al querellante Irusta, a pedido de éste. La expedición de las copias se verificó el 19 de julio de 1794.

El 18 de enero de 1794 José Roque Irusta remitía dichas actuaciones al coronel de milicias José Benito de Acosta confiriéndole carta-poder para que se presentara al señor gobernador intendente y pidiera todo lo que estimare conveniente en relación a la querella que por las injurias había promovido contra Gregorio Blanco, haciéndole saber que si fuere necesario le otorgaría un poder en debida forma.

Surgiendo de la información labrada que Gregorio Blanco, había también deshonrado e injuriado al coronel de milicias José Benito de Acosta, éste presentó por derecho propio ante el alcalde de segundo voto Juan de Hormaeche y promovió querella civil y criminal contra Gregorio Blanco, vecino del Partido de Río Cuarto, en el paraje de Las Lajas de esta jurisdicción manifestando que no procedía ni con malicia ni con ánimo de injurarlo sino haciendo uso del derecho de defensa que ya Blanco en varias ocasiones había expresado que era un pícaro y que por los delitos cometidos merecía estar en un presidio *“y que mis peones y dependientes en mi hacienda de San José de la Tapa permitían hacer daño a los vecinos”*.

Como prueba de lo afirmado, acompañó copia de la sumaria y la carta remitida por José Roque Irusta en la que le encargaba la prosecución del trámite por las injurias y pidió se tomara declaración a Pablo Xigena.

El alcalde de segundo voto, Juan de Hormaeche dictó providencia admitiendo la demanda por querella y citó a comparecer al querellado Gregorio Blanco para que en el término de 8 días contestare la demanda de autos bajo la pena del pago de 50 pesos de multa aplicados por la mitad a la Cámara del Rey y a costas.

Notificado el querellante del auto que antecede, solicitó su revocatoria fundando el pedido en el hecho de haber quedado plenamente probado ya, con la sumaria información y con la declaración del testigo Xigena las injurias denunciadas, por lo que correspondía al arresto del injuriante y el embargo de los bienes en prevención de las resultas del caso, agregando que la citación al comparendo podía traer aparejada la fuga de Blanco y que por otra parte el auto del comparendo sólo tenía lugar en los juicios que empezaban por demanda simple y no en las causas criminales cuando el ilícito era grave y se encontraba probado el hecho denunciado.

Con fecha 6 de febrero de 1794, el alcalde de segundo voto, Juan de Hormaeche, dictó una providencia en la que expresaba en que no obstante que el auto en cuestión se ajustaba a derecho, *“deseando el más debido acierto, pasase el expediente al Asesor a José Antonio Hidalgo para que exponga claramente la providencia que había de tomar, asignándole el honorario de 4 pesos la que exhibirá, por ahora la parte presentante”*.

Notificado el auto de nombramiento al asesor designado, excusó en este cumplimiento *“por estar civilmente impedido”*.

En su reemplazo fue entonces nombrado el licenciado Nicolás Pérez del Viso quien aceptó el cargo y juró desempeñarlo fiel y legalmente.

Cumplidas otras diligencias procesales, la causa llegó a sentencia. El fallo se pronunció el 28 de mayo de 1794, siguiendo de cerca el dictamen del asesor nombrado Carmen María de Aguirre, abogado de la Real Audiencia del Distrito.

El pronunciamiento admitía sólo parcialmente el reclamo de Gregorio Blanco además de las costas causídicas, tan sólo una pena pecuniaria que ascendía a la suma de 25 pesos en atención a las expresiones vertidas en autos que sólo habrían obrado con ánimo de jocosidad y no con ánimo de injuria. Se dispuso dividir el monto de la pena entre el querellante y la Cámara del Rey.

Planteado un recurso de nulidad ante el mismo alcalde, en contra del fallo mencionado y corrido el traslado de ley a Gregorio Blanco con fecha de 30 de julio de 1794, el alcalde de segundo voto ordenó el pase del expediente a la Asesoría para que dictaminara con el honorario de 6 pesos, soportando por mitades entre las partes. Fue designado entonces Carmen María Aguirre en calidad de asesor.

Su dictamen evaluó que se había dictado una resolución ajustada a derecho y a la legislación vigente y que por ende los fundamentos vertidos por el querellante quejoso ahora en apelación carecían de asidero legal y no se respaldaban con las constancias de autos.

Luego, el juez dictó el fallo que expresamente admitía “... *conformándome con el antecedente dictamen en todas y cada una de sus partes...*” mantenía los términos del pronunciamiento del inferior y ordenó en consecuencia la debida tasación de las costas con lo que terminó el proceso. Constituye sin duda el caso analizado un claro ejemplar de la adhesión que suscitaban a los magistrados, la esmerada labor de sus asesores letrados.

#### *c. 1797 - Autos “Holguín, Pedro y cómplices por muerte dada a Manuel Acosta”<sup>4</sup>*

El 14 de febrero de 1797, al juez pedáneo del Partido de San Javier, jurisdicción de la ciudad de Córdoba, don Tomás Eusebio Montenegro, por designación del gobernador intendente de Córdoba del Tucumán, marqués de Sobremonte se le “*dio noticia que el día 13 a la noche, del mismo mes como a las 11 horas*” Pedro Holguín había muerto a Manuel Acosta, natural de los Reyes de Portugal en el paraje de Las Rosas. En uso de sus facultades inherentes a su calidad de juez pedáneo, éste ordenó realizar la sumaria información con la instrucción correspondiente. El primer paso sumarial a cumplir fue verificar la verdad del hecho denunciado, con dicho objeto en cuestión, para que precisaran detalles de la muerte de Manuel Acosta.

Además, era necesario comprobar el cuerpo del delito, para lo cual el juez comisionado en presencia de testigos procedió a realizar las diligencias pertinentes reconociendo éstos el cadáver de Manuel Acosta, “*que en su cuerpo tenían 3 heridas todas mortales al parecer hechas con cuchillo, de los que llaman marca mayor*”.

El paso siguiente fue escuchar a los testigos para dilucidar la verdad sobre el asunto de debate. Fueron citados a comparecer en tal carácter José Laureano Suárez, Juan de la Cruz Toro, Juan Morales, Pablo Cevallos, Felipe Ferreira, José Luis Pintos, Juan Manuel Holguín y María Silverio Aguirre.

El juez pedáneo Tomás Eusebio Montenegro tuvo noticias ciertas de que el autor principal de la muerte de Manuel Acosta había sido Pedro Holguín, pero era necesario proceder conforme a derecho y buscar las probanzas objetivas para arribar a lo que en esa época se llamaba “*cabeza de Proceso*”, y encabezaba justamente la sumaria.

Las declaraciones de José Laureano Suárez, Juan de la Cruz Toro, Juan Morales, Pablo Cevallos, Felipe Ferreira, José Luis Pintos, Juan Manuel Holguín y María Silverio Aguirre fueron terminantes inculcando al reo, que había actuado con la complicidad de la mujer del extinto con la que mantenía trato ilícito: “*que Pedro Holguín fue quien había ejecutado la muerte de Manuel Acosta acompañado con la mujer del finado Josefa Marquez*”.

Los dichos de los testigos agregaban además otros detalles, la mujer de Manuel Acosta a la par que convenía a Pedro Holguín para llevar a cabo el asesinato de su marido había pactado matrimonio con el mulato libre Pablo Cevallos “*para que luego de ocurrido la muerte de Acosta se casaría con ella*”.

La prueba testimonial puso de relieve que Pedro Holguín y Juan Morales eran enemigos declarados del difunto y que le habían escuchado varias veces a Holguín decir que lo iba a matar a Acosta por motivo de que éste lo acusaba de un robo. Se aclaró *“que Juan Morales fue el que vigiló al difunto hasta que se durmió y luego dio aviso al matador”*. Se acreditó asimismo en la testimonial la vida arreglada del muerto en contraposición a los desafueros y vida escandalosa que llevaba su mujer.

La declaración de Juan Morales confirma los dichos de los anteriores, *“reconoce que su participación en el hecho fue vigilar el sueño del difunto avisando al asesino, pero se excusa argumentando que pensó que el móvil del encargo para vigilar a Manuel Acosta era para que Holguín mantuviese trato con su mujer, pero nunca juzgó fuese a matarlo”*.

La tercera pieza de este drama, Pablo Ceballos, atestiguó también en forma coincidente con el resto de los testigos. Reconoció su trato ilícito con la mujer del muerto con la que había permanecido la noche del crimen hasta cerca del alba.

Citada a comparecer, María Josefa Marqués, esposa de Acosta reconoció su complicidad en el hecho, admitiendo haber encargado a Holguín la muerte de su marido para así libre casarse con Pablo Cevallos, ardid que habían pensado entre ambos desde hacía ya tiempo, admite una larga enemistad entre Holguín con su marido de la cual nunca notificó a éste.

El 5 de enero de 1787, el juez pedáneo concluyó las diligencias sumariales librando mandamiento de prisión contra los tres principales reos de la causa Pedro Holguín, Juan Morales y María Josefa Marqués, *“motores del hecho ejecutado”*. Ordenó asimismo la prisión de Pablo Cevallos a quien involucraba en la causa y ordenó el embargo parcial de sus bienes.

El 26 de enero de 1787, se efectivizó la prisión de Morales, Marqués y Cevallos no así la de Holguín, prófugo de la justicia.

Remitidas las actuaciones al gobernador intendente, mandó éste el 3 de febrero de 1787 tomaran intervención el alcalde de segundo voto de la ciudad de Córdoba, José García Piedras quien resolvió como primera medida la designación de un curador a María Josefa Marqués, menor a la sazón de 25 años. En tal carácter, fue designado de oficio el regidor defensor de pobres, José Cordero Galindo, quien aceptó el cargo bajo juramento.

Llamados los reos a declarar, ratifican los términos vertidos en la instrucción, citado por pregones a Holguín y acusada su rebeldía, el juez de la causa clausuró el término probatorio ordenando los traslados de alegatos de bien probado.

El fiscal consideró probada la culpabilidad de los reos en sus respectivos grados de ejecutor y cómplices, pidió para Holguín y Marqués la pena de muerte ejecutando en horca y ordenó dar tormento a los otros reos para esclarecer *“los vehementes indicios que contra ellos resulten”*.

El defensor pidió la absolución de sus defendidos considerando únicamente culpable al prófugo Holguín, enemistado con el muerto desde largo tiempo.

Corrido traslado a Pedro Holguín en los estrados del Tribunal y acusada su rebeldía el 5 de noviembre de 1787, el alcalde de segundo voto declaró por conclusa la causa y ordenó la remisión de los autos en asesoría al doctor Juan Andrés Aguirre, abogado de la Real Audiencia de Charcas, quien aceptó el cargo bajo juramento de ley.

El dictamen del asesor presentado el 12 de diciembre de 1787 estimaba para Pedro Holguín la aplicación de: *“la pena ordinaria del último suplicio”* por la premeditación y alevosía que había concurrido *“tal como prescribía en la ley X Título XXIII Libro VIII de las Ordenanzas Reales de Castilla”*.

Aconsejaba asimismo para María Josefa Marqués pena de muerte *“en la forma acostumbrada en estos lugares y que rematados los bienes que se le embargaron satisfagan las costas por ellos causados”*.

En cuanto a Morales, considerándolo ni convicto ni confeso del asesinato de Acosta, pidió la moderación de la pena de vergüenza pública, practicándosele en el mismo acto que los demás sumados a 200 azotes y la pena del destierro *“a las fronteras de la ciudad”*.

Por último, ordenó a Cevallos a tormento *“para que por medio de los cordeles se esclarezca su delito o afiance su inocencia”*... *“en razón de los indicios vehementes en la complicidad del delito porque el ilícito comercio con la Marqués, la anticipada promesa y*

*esperanza de casarse por muerte de Acosta, la visita que hizo a la citada Marqués poco antes de la muerte y el torpe comercio con ella la misma noche después de verificada estaban durmiendo ambos con la satisfacción y sin recelo... es efecto de su contumacia”.*

El 20 de diciembre de 1787, el alcalde de segundo voto, José García Piedras, dictó pronunciamiento definitivo en el que expresamente resolvía *“Fallo: atento al mérito de los autos y a lo que de ello resulte conformándose con el indicado parecer del Asesor en todo y cada uno de sus partes...”* condenando a los reos a las penas que el asesor había indicado en su dictamen.

Remitidos los autos en consulta a la Audiencia para su confirmación previo los trámites de ley se expidió el alto tribunal el 23 de septiembre de 1788.

Ratificó la Audiencia las condenas dictadas por el inferior para Holguín y María Josefa Marqués. Agregó la condena de Morales de 10 años de presidio que debía cumplirse en Montevideo y en cuanto a la condena de Cevallos se le ordenó a asistir a la ejecución de los primeros y sufrir 10 años de presidio, también en Montevideo.

El análisis del caso en cuestión pone en evidencia la importancia decisiva que jugó en el proceso el dictamen del asesor Juan Andrés Aguirre, respetado íntegramente en el fallo de primera instancia y al que prácticamente luego, con muy ligeras variantes que no innovan sustancialmente su contenido la audiencia adhirió.

### **III. Conclusiones**

El estudio y análisis de las causas penales existentes en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba, donde se han compulsado 88 legajos que representan más de mil expedientes arrojan los siguientes resultados

En la justicia indiana se recurría al dictamen de un abogado asesor de los autos cuando una o ambas partes del pleito así lo solicitaren.

Generalmente, los magistrados intervinientes, en caso de complejidad judicial o especial envergadura del hecho, solían requerir la intervención del asesor para que aconsejara sobre la buena marcha del proceso, diese su parecer en el dictado de pronunciamientos trascendentes o importantes, meritando las constancias de las actuaciones, aclarando la ley de aplicación y las condenas que debían imponerse a las partes.

No faltan ocasiones en que el propio fiscal solicitaba la intervención del asesor a fin de suplir deficiencias confusas de la propia Fiscalía.

También se ha observado que en las causas en las que no habiendo motivos valederos, por no tratarse de cuestiones complejas o de difícil trámite para el Juez, ambas partes o sólo alguna de ellas hubiera requerido la intervención del asesor, ofrecían cargar con los honorarios respectivos. Generalmente, el juez al dictar sentencia siguiendo siempre muy de cerca los dictámenes del asesor a los cuales en ocasiones expresamente se remitía, determinaba que eran a cargo de quien había solicitado la intervención del asesor.

Por otra parte, si producido el dictamen del asesor, éste no había determinado quién debía satisfacer el honorario o las costas del juicio, el expediente era habitualmente devuelto al asesor consultado para que se expidiera al respecto.

En causas judiciales de fuste y de larga tramitación actuaba más de un asesor porque las partes o el juez interviniente, generalmente, no se conformaban con el inicial dictamen y solicitaban el parecer de otro asesor letrado.

No parece haber ocurrido en la jurisprudencia penal de los Tribunales de Córdoba del siglo XVIII, como en cambio sí ha ocurrido en otras jurisdicciones de nuestro Virreinato en el mismo tiempo que nos ocupa, una actuación simultánea de asesores y jueces, suscribiendo el asesor la sentencia *“por ambos a la vez”* o por una redacción de resoluciones de puño, letra y tinta del asesor, quien suplantaba la mano del juez.

No obstante ello, he observado además en el período en estudio, que no fue frecuente la aplicación del instituto de recusación del asesor. No así, la situación inversa, la excusación, habida cuenta que en numerosos casos solía inhibirse de intervenir o continuar en la tramitación del proceso, con variedad de fundamentos: enfermedad, distancia, ocupaciones excesivas, parentesco directo con una de las partes o con el juez o funcionarios judiciales o con el asesor que reemplazaba, siendo la más frecuente las inhibiciones por causas de ocupación.

Para el primero de los supuestos, cito a modo de ejemplo lo normado en el texto de la Real Cédula del 18 de noviembre de 1773, donde se resolvió que: “*Los virreyes manden que no se admita recusaciones evidentemente frívolas, ni para determinadas, interlocutorias como no tengan fuerzas de autos definitivos o incluyan gravamen irreparable para ello. Que en ningún evento se admitan tampoco recusaciones universales de todos los abogados de la ciudad de la provincia o del Reino: y que jamás se pueda recusar sino solo tres abogados por cada parte litigante: pero que esto se entienda en el caso de que en la ciudad o su inmediación queden otros idóneos de quienes los jueces puedan valerse*”<sup>5</sup>.

Para la jurisdicción del Río de la Plata, una autora que ha estudiado el tema afirma que se cumplió parcialmente<sup>6</sup>.

Conforme a la investigación efectuada, una conclusión parecida puede sostenerse para la jurisdicción del Córdoba del Tucumán.

He comprobado también que el nombramiento del asesor letrado era facultad exclusiva del magistrado interviniente en la causa.

Las citas legales y doctrinarias contenidas en los largos y elaborados párrafos que presentaban los asesores letrados, el fiscal y el regidor defensor de pobres, refieren generalmente al Fuero Juzgo, el Fuero Real de España, las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, la Nueva Recopilación de 1567, la Recopilación de Leyes Indianas de 1680, las Siete Partidas, a Gregorio López, la Curia Philípica de Juan de Hevia Bolaños, Próspero Farinaccio, Juan de Solórzano Pereyra, Manuel de Lardizábal y Uribe, Juan Matienzo, Diego de Covarrubias y Leyva, Lorenzo Matheu y Sanz, etc., aun cuando quienes suscribe estos textos generalmente no son letrados.

El generalizado carácter que tenían los auxiliares de la justicia y hasta los propios magistrados no excluían, sin embargo, un conocimiento visceral y profundo del derecho canónico, en virtud de la influyente presencia de la Universitas Cordubensis Tucumanae que, desde 1613, venía formando en sus claustros a los graduados de la Facultad Menor de Filosofía y Arte y de la Facultad Mayor de Teología.

Es dable suponer además, que la presencia de importantes bibliotecas jurídicas en la ciudad ponía a auxiliares de la justicia en directo contacto con los jurisperitos clásicos, cuyas admoniciones eran bastante conocidas.

## **Bibliografía**

- ALONSO ROMERO, P., “El proceso penal en la Castilla. Siglos XIII-XVIII”, Universidad de Salamanca, Excma. Diputación Provincial de Salamanca, España, 1982.
- “El proceso penal en la Castilla Moderna”, Revista de Historia Moderna Estudios, 22. Valencia, España, 1996.
- ÁVILA MARTEL, A., *Esquema de derecho penal indiano*, Santiago de Chile, 1941.
- BERNAL, B., “El derecho castellano dentro del sistema jurídico indiano”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho (A.M.H.D.)* X-1998
- CASTILLO DE BODAVILLA, J., *Política para corregidores y señores de vasallos*, Ed. Amberes, MDCCL, ts. I. y II.
- CÓDIGOS ESPAÑOLES, CONCORDADOS Y ANOTADOS, Madrid, Imp. de la Publicidad, 1848.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Escuela Judicial, *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007.
- DE COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *Practicarum Questionum Liber*, Madrid, Ed. M. Fraga, 1957.
- ELIZONDO, F.A. de, *Práctica universal forense de los Tribunales Superiores de España y de las Indias*, 2ª reimpresión, Madrid, 1770, t. I.
- ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de la legislación civil, penal, comercial y forense... por... y con citas del Derecho, notas y adicionales por el Licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, Madrid, Lib. de Calleja e Hijos, 1842.
- FEBRERO, J., *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal, y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica con arreglo en un todo en la legislación vigente*, Madrid, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, 1852.
- GÁLVEZ MONTERO, José F., “La Real Audiencia y su configuración en el Virreinato”, *Boletín del Instituto Riva Agüero*, Nº 17, 1990, Lima.
- GARCÍA GALLO, A., “Alcaldes Mayores y Corregidores en Indias”, en GARCÍA GALLO, A. *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972.
- GONZÁLEZ ECHENIQUE, J., *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1954.
- GUTIÉRREZ, José M., *Práctica criminal de España*, Madrid, Imprenta de Don Fermín Villalpando, 1928.
- HANKE, L., *La lucha española por la justicia en la conquista de América (1949)*, trad. Luis Rodríguez Aranda, Madrid, 1967.
- HERZOG, T., “¿Letrado o teólogo? Sobre el oficio de la Justicia a principios del siglo XVIII”, en SCHOLZ, J. M. (ed) *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz* 15. Bis 20. Jahrhundert, Frankfurt am Main, 1994.
- *La administración como un fenómeno social: la justicia penal en la ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- HEVIA BOLAÑO, Juan de, *La Curia Filipica*, Paris, Francia, Librería de Rosa y Bouret, 1853.
- LEVAGGI, A., “Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Marques de la Plata y Manuel Genaro Villota (1784-1810)”, en *HID.*, 21, 1994
- *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978.
- LEVENE, R., *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1946, t. II.
- LUQUE COLOMBRES, C., *Abogados en Córdoba del Tucumán*, Córdoba, 1943.
- “El Doctor Victorino Rodríguez. Primer catedrático de Instituta en la Universidad de Córdoba”, *Cuaderno de Historia X*, Instituto de Estudios Americanistas, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1947.
- MARILUZ URQUIJO, J. M., “La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de Justicia en lo criminal en el interior del Virreinato” en *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1952, t. II, 271-291.
- MARTIRÉ, E., “La causa de justicia”, VV.AA., *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1995.
- MCKNIGHT, J., “Justicia sin abogados en la frontera hispano- mexicana del norte” en *A.M.H.D.*, X- 1998, México, 1998.
- PÉREZ PERDOMO, R., “Los abogados americanos de la Monarquía Española” en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* Nº 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- PUGLIESE, M.R., *De la justicia lega a la justicia letrada. Abogados y Asesores en el Río de la Plata 1776-1821*, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores.
- RECOPILACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, mandadas a imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Don Carlos II, Madrid, 1841.

- RUIZ GUIÑAZÚ E., *La magistratura indiana*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916
- SALVAT, M., “El procedimiento criminal chileno según dos autos acordados del siglo XVIII”, en VV.AA., *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, 1996, t III, vol. I.
- SÁNCHEZ BELLA, I., “Las Audiencias y el gobierno de las indias (siglos XVI-XVII)”, en *Revista de Estudios Histórico- Jurídicos*, II (1977).
- TAU ANZOÁTEGUI, V., *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1992
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, 1969.
- YANZI FERREIRA, R.P., “Los delitos contra las personas en el derecho penal castellano indiano”, en *Libro homenaje in memoriam al profesor Carlos Días Rementería*, Universidad de Huelva, España, 1998.
- “Los delitos contra el honor en el derecho penal castellano indiano. La injuria en la jurisprudencia penal cordobesa en las postrimetrías del régimen jurídico colonial. 1776-1810”, *Actas del XI Congreso Internacional del Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997.
  - “La aplicación del derecho castellano indiano a través del análisis de un expediente judicial”, *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, Nº 28, Buenos Aires, 1991.
  - “La aplicación del derecho castellano indiano en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán 1776-1810” en *Actas del undécimo Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2001.
  - “La jurisprudencia penal cordobesa en el período tardo colonial 1776-1810”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba, 2001.
- ZORRAQUÍN BECÚ, R., *La organización judicial argentina en el período hispánico*, 2ª ed., Buenos Aires, 1981.

## Notas:

\* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 25 de septiembre de 2007.

<sup>1</sup> Ha sido consultada la totalidad de los expedientes de crimen del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (en adelante A.H.P.C.) correspondientes al período 1776-1810.

<sup>2</sup> A.H.P.C. Crimen, Legajo 89, Expediente 4, 1801.

<sup>3</sup> A.H.P.C. Crimen, Legajo 73, Expediente 5, 1796.

<sup>4</sup> A.H.P.C. Crimen, Legajo 46, Expediente 6, 1789.

<sup>5</sup> Juan José MATRAYA Y RICCI, *Catálogo Cronológico de Pragmáticas Cédulas, Decretos, Ordenes y resoluciones Reales (1819)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, pág. 30.

<sup>6</sup> Véase María Rosa PUGLIESE, *De la Justicia Lega a la Justicia Letrada. Abogados y Asesores en el Río de la Plata 1776-1821*, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, Buenos Aires, 2000, pág. 18.



# VALOR DE LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS JUICIOS DE MALA PRAXIS MÉDICA

por MANUEL CORNET \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Concepto. III. Su naturaleza: documento unilateral. IV. Obligatoriedad de redactar la historia clínica. V. Pertenencia de la historia clínica. VI. Conservación.

## I. Introducción

La medicina moderna es una de las ramas de la ciencia que mayor desarrollo ha tenido desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad.

Hay coincidencia en que, pese a los avances en el campo de los laboratorios, el descubrimiento de nuevas enfermedades, intervenciones quirúrgicas cada vez más audaces y delicadas, el desarrollo de la anestesia, la ecografía, la resonancia magnética y demás aparatos de alta tecnología, el trasplante de órganos y de piezas anatómicas, etc., los juicios por mala praxis médica se han incrementado en forma geométrica.

La complejidad del acto médico ha influido sobre la evolución de la responsabilidad médica, a lo que se suma que en la actualidad no existe más el médico de familia, con el proceso de masificación, el enfermo pasa en un establecimiento de salud de mano en mano y, con mucha frecuencia, no conoce la identidad del médico que lo asistió. Se ha deteriorado la relación médico-paciente, se ha despersonalizado, es casi anónima.

Asimismo hay que tener en cuenta también la deficiente formación de los profesionales y de los educandos en general a lo que se añade la mala educación, el mal trato, el apuro por atender muchos pacientes, etc., todo lo cual hace que se haya pasado de la confianza a la desconfianza.

Por todo ello, como expresa Vázquez Ferreyra, hoy en día ningún profesional del arte de curar se encuentra exceptuado del riesgo de verse sometido a una demanda civil o denuncia penal por mala praxis médica, con todos los inconvenientes que ello acarrea razón por la cual hay que trabajar en la prevención de los riesgos y en el área de la prevención, el papel de la historia clínica cumple un rol fundamental <sup>1</sup>.

Para este autor, la historia clínica es el ABC del acto médico y su valor en una contienda judicial es importantísimo. Una buena historia clínica es la mejor protección del médico y se convierte en clave para lograr una absolución, mientras que el no respeto de las recomendaciones en la confección de ésta puede transformarse en la más eficaz pieza condenatoria.

La creciente importancia que la historia clínica ha adquirido en el presente, afirma López Mesa, se debe, entre otros factores, a la intervención corriente de múltiples profesionales en la atención del enfermo, lo que obliga a que el estado de salud del paciente, así como la terapéutica realizada a éste, queden documentados para evitar medicaciones incompatibles, efectos adversos y suministro de drogas a las que el paciente sea alérgico <sup>2</sup>.

Coincidimos plenamente con Juan M. Prevot que *“cualquier abogado responsable antes de iniciar un juicio de mala praxis médica, debe, como previo, hacer analizar la historia clínica de su cliente por un profesional de su confianza”* <sup>3</sup>.

La historia clínica es uno de los elementos que, juntamente con otras pruebas, pueden ser aptos para acreditar la exoneración de responsabilidad civil, o la culpabilidad, esto es, la causa de la obligación de reparar o no los daños y perjuicios ocasionados por una posible mala praxis que se les pueda imputar a los profesionales de la salud.

El juzgamiento de un supuesto de mala praxis médica, en el común de los casos, ha de requerir una peritación, y allí es donde precisamente la historia clínica adquiere su mayor preponderancia como elemento de conocimiento esencial para el perito <sup>4</sup>.

Es la herramienta que debería ayudar al médico pero termina convirtiéndose en su principal enemigo.

## II. Concepto

Expresa Rubén Compagnucci de Caso <sup>5</sup> que la historia clínica constituye la información realizada por escrito de todo el proceso médico del paciente, donde se concluyen las pruebas realizadas a él. Ha sido un elemento de gran utilidad para acreditar la relación contractual (médico-paciente), como asimismo para analizar la posible culpabilidad en el obrar.

Su omisión, sólo perjudica a quien tenía la obligación de hacerlo, quien la prepara y signará debería ser el médico que atiende al paciente, tanto en guardias como quien dirija el tratamiento; esto no sucede en todos los casos <sup>6</sup>.

Es deber de los profesionales confeccionar una pormenorizada historia clínica y este deber no sólo es para el cambio de facultativo, sino también está impuesto para facilitar la prueba del paciente en casos de responsabilidad médica.

“La historia clínica es la exposición detallada y ordenada de todos los datos relativos a un paciente. Incluye información del individuo y sus familiares, de los antecedentes del estado actual y la evolución, además de los procedimientos o tratamientos recibidos. Así entendida la historia clínica es una herramienta sumamente útil en la práctica de la medicina. Sirve como base para planificar la atención del paciente, provee un medio de comunicación entre el médico y otros grupos profesionales, documenta la evolución y el tratamiento, y, por último, es el elemento de juicio que permitirá revisar, estudiar y evaluar la atención médica prestada. Constituye además un registro básico para la investigación médica y para problemas de orden legal” <sup>7</sup>.

Javier Indalecio Barraza <sup>8</sup> la define expresando que *“es un cuerpo armónico de páginas en las que constata de manera cronológica los hechos y antecedentes que hacen a la situación de salud de una persona, de las sucesivas atenciones médicas a las que debió ser sometido y de las medidas que se arbitraron para superar situaciones de enfermedad”*.

La historia clínica constituye prueba documental, no se puede establecer *a priori* el valor probatorio de ella ya que dependerá en cada caso concreto, de evaluar el nivel de credibilidad de cada probanza y su éxito o fracaso al ser confrontada con otros medios.

Recordemos que no hay una tarifación o un sistema de baremos en cuanto a la prueba, pero hay pruebas que en determinados procesos, por el peso, gravitación, importancia, jerarquía de la riqueza de elementos que se le arriman al juez priman por sobre otras.

Su valor será juzgado siempre de acuerdo con su origen, dado que se trata de un documento emanado de la parte, esto es, por una de las partes del juicio, generalmente, el demandado: la institución médica.

Se trata de un documento médico y si es expedido por una institución privada, tiene naturaleza de documento privado en cuyo caso debe ser reconocida su autenticidad, en cambio, si la historia clínica ha sido expedida por un ente asistencial público, parte de la doctrina sostiene que adquiere la calidad de documento público <sup>9</sup>.

Se ha dicho <sup>10</sup> que la historia clínica salva o hunde al médico, cuando hay un cuestionamiento de su actividad profesional que es llevado a los estrados de la justicia.

No se trata de tareas administrativas sino que es un deber de índole profesional, así la jurisprudencia ha resuelto: “Las anotaciones que los profesionales hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales” <sup>11</sup>.

### III. Su naturaleza: documento unilateral

Es un documento médico que deben elaborar todos los integrantes del equipo de salud, principalmente, el médico que trata al enfermo y su contenido desde que no se encuentra reglado por la ley, surge de la práctica médica y de las variadas exigencias de una copiosa jurisprudencia que se ha ido acumulando a lo largo de los años <sup>12</sup>.

Es un documento *sui generis*, su naturaleza documental es un verdadero rompecabezas ya que:

1) No contiene la firma de las partes involucradas (arts. 1012, 1028, 1031, 1031, 1033 C.C.).

2) No es redactada en tantos originales como partes hay con un interés distinto, pese a corresponder a una obligación bilateral.

3) No es habitual que el paciente conozca el tenor de los registros médicos.

La H.C. resulta ser a la vez un “registro” de los hechos biológicos y médico asistenciales.

Sostiene Barraza <sup>13</sup> que la historia clínica tiene incidencia en la responsabilidad de los médicos. *“En primer lugar me parece de particular importancia tener presente que la historia clínica es un dato indicador muy importante de la actuación del médico, pues no puede juzgarse de manera igualitaria la conducta de aquellos profesionales que redactan un documento detallado, de aquellos que elaboran la mentada historia con letra ilegible, omitiendo datos, y siendo parcos y ambiguos en sus informes. Resulta claro que una y otra conducta resultan diferentes y, debe ser diferente el trato que se le dispense al médico ante una eventual acción judicial tendiente a determinar su responsabilidad profesional”*.

Continúa expresando el autor citado que no debe entenderse que la historia clínica, por su mala redacción, sea determinante para endilgar responsabilidad a los médicos: es una presunción en contra del médico pero no es lo único a lo que ha de atenderse para responsabilizar al galeno.

La jurisprudencia tiene resuelto que: “si bien el llenado defectuoso de una historia clínica no constituye en forma autónoma un supuesto de responsabilidad, los defectos u omisiones en su confección -ante la falta de toda prueba por parte del médico- autorizan a extraer presunciones en su contra” (CNFed. C. y C., Sala II, Sent. del 14/2/95, autos: “F.H.R. y otros c/ Instituto Médico de Obstetricia S.R.L. y otros”, L.L. 1996-D-711).

Según Barraza *“podemos afirmar que una historia clínica que no es redactada, elaborada o confeccionada de manera correcta no es determinante para responsabilizar a un médico por mala praxis, pero es una presunción grave en su contra, pues se entiende que se ha desempeñado en su función de maneja negligente. Y esto tiene un efecto procesal muy grave, ya que la carga de la prueba se traslada desde el damnificado que invoca un daño hacia el médico, que al ostentar esa presunción grave debe demostrar que se desempeñó de manera correcta al elaborar tal historia”*.

Coincidimos con Barraza que la omisión de la historia clínica, es una falta administrativa, pero a la vez es una negligencia profesional que -si bien no llega a ser determinante para endilgar responsabilidad al médico, puesto que para ello habrá que acudir a otros elementos- configura una presunción en su contra por ese defectuoso accionar” y, asimismo, constituye el incumplimiento de un deber accesorio o secundario de conducta.

Si existen actos médicos que no constaren en la historia clínica dará origen a una inversión de la carga de la prueba sobre estos actos médicos.

Sostiene Barraza que *“para que se entienda que una historia clínica ha sido elaborada de manera adecuada, es necesario que contenga una descripción exacta de todos los estudios y análisis que han debido practicarse al paciente, y haciendo referencia también -en el supuesto de que las hubiere- a las razones médico científicas que llevaron a una intervención quirúrgica al paciente”* <sup>14</sup>.

#### IV. Obligatoriedad de redactar la historia clínica

Hay coincidencia en doctrina y jurisprudencia que en la generalidad de los casos el médico se limita a satisfacer una obligación de “medios”, ya que se compromete a una conducta diligente, cuidadosa, prudente y científica, apuntada a curar o mejorar al enfermo, sin poder asegurar o garantizar el éxito.

Tan es así que la palabra “médico” es un término que proviene del verbo griego *medeo*, que significa “cuidar”.

Es muy importante determinar a qué se obligó el médico por las “*eximentes*”, ya que si la responsabilidad es subjetiva (obligación de medios) para liberarse de responsabilidad el médico debe acreditar su falta de culpa y por ello que el daño no le es imputable.

En cambio, en las obligaciones de resultado, el obligado debe acreditar una causa ajena, el caso fortuito, es decir, es un problema de causalidad.

Además de la obligación de cuidar, curar o mejorar al paciente el médico asume una obligación accesoria de confeccionar la historia clínica.

Coincidiendo con Marcelo Resalís, Josefina Rita Sica y Eduardo O. Magri esta obligación de carácter accesorio, cual es el llevado de la historia clínica, instrumento a través del cual se dará cuenta de todos los interrogatorios, diagnósticos, tratamientos brindados al paciente, etc., es una obligación de “resultado”<sup>15</sup>.

La jurisprudencia ha resuelto: “La registración sistemática y minuciosa de la historia clínica, con suficiente completividad y veracidad, constituye una verdadera obligación impuesta a los médicos, por lo que las consecuencias originadas en las falencias o imperfecciones que pudieran presentar resultan gravosas para la posición litigiosa del profesional”<sup>16</sup>.

Requisitos de la historia clínica: siguiendo a Barraza<sup>17</sup>:

1. La historia clínica debe ser redactada exclusivamente por el profesional médico, no pudiendo delegar tal accionar en sus auxiliares;

2. Debe redactarse según los cánones de la ciencia médica y de conformidad con su leal conocimiento.

Estos cánones a su vez requieren la observancia de cuatro aspectos:

a) estudios y análisis que se le hayan practicado al paciente;

b) la medicación que se le ha designado;

c) En el caso de que haya sido intervenido quirúrgicamente, las razones y síntomas que llevaron a efectuarla;

d) Consideraciones posteriores a tal intervención, en especial, las medidas que se arbitran para el restablecimiento del paciente.

En síntesis, sus requisitos son:

Completa

Legible

Integra<sup>18</sup>

Reservada

Sin siglas ni abreviaciones<sup>19</sup>

Temporal

Con firma y sello de todos los que intervienen.

#### *Completa*

Al médico le gusta escribir poco, realizar tratamientos prolongados, operaciones de varias horas y escribió un minuto y tres renglones. Lo mismo en los protocolos de anestesia.

La historia clínica siempre debería ser autosuficiente; es decir, debe satisfacer el requerimiento de índole médico que exige poder seguir la historia de la enfermedad de los pacientes desde el principio hasta el fin.

La historia clínica debe ser: *“descriptiva”*: respecto al cuadro clínico del paciente, muy especialmente al comenzar el tratamiento.

La atención médica comienza con la interrogación al paciente, lo cual es tan antiguo como la misma medicina: interrogación, auscultación, palpación y observación.

Correlato del deber de interrogar al paciente y de informarle por parte del médico, es el deber del paciente de informar verazmente al facultativo <sup>20</sup>.

Como sugiere Alfredo Achával <sup>21</sup>, la historia clínica es una verdadera autobiografía del paciente, por ello debe iniciarse con los datos de la persona sobre su pasado o biografía, con aportes sobre su educación, formación familiar y escolar, la evolución deportiva, la actividad profesional, la iniciación y adaptación a la vida sexual, sus amistades y afinidades, su participación religiosa, sus proyectos de vida, o sea, una visión integral del enfermo o paciente.

“La historia clínica no es el simple relato, la decisión de una enfermedad aislada, comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar el enfermo y valorar los datos recogidos según su criterio, debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada y su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional” <sup>22</sup>.

Por su parte, el paciente tiene el deber de informar al médico, cosa que no siempre se cumple ya que son frecuentes los ocultamientos de los pacientes, a veces, por temor, vergüenza.

El paciente incurrirá en falta cuando deliberadamente oculte información expresamente solicitada por el médico.

#### *Cronológica y fiel*

Debe ser confeccionada desde que el paciente toma contacto con el médico.

Debe tener un resumen de las atenciones realizadas y de los resultados obtenidos; fecha y hora de cada atención y de la atención de cada profesional, fecha y hora del alta médica y diagnóstico final. Descripción del estado de salud al alta. Recomendaciones, terapéutica y cuidados a realizar por el paciente. Fecha y hora de la consulta de control. Firma del paciente como constancia de comprensión y compromiso.

#### *Completa, ordenada y legible*

Debe contener: a) Estudios complementarios, su descripción como la de otros tratamientos aplicados; b) Protocolos quirúrgicos, anestésicos; c) Informes anatomopatológicos; d) Interconsultas; e) Hojas de enfermería; f) Informes de asistentes sociales; g) Formularios de obras sociales; h) Interrogatorio previo; i) Consentimiento informado <sup>23</sup>.

Según Juan A. Casas <sup>24</sup> no existe normativa acabada acerca de todos los elementos que debe contener y forma en que debe ser llenada una historia clínica.

Por ello, afirma el autor, el interrogante más difícil de responder es saber cuándo está completa una historia clínica.

Indica que sería conveniente que contara con:

- 1) Los datos del paciente: nombre y apellido, dirección, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, profesión, actividad, pariente más cercano, teléfono, etc. La causa de su ingreso.
- 2) Antecedentes de sus ascendientes, descendientes, colaterales.
- 3) El relato de los principales hechos.
- 4) El diagnóstico inicial o presuntivo.
- 5) Comentarios del médico.
- 6) Evolución y tratamiento.
- 7) Interconsultas.
- 8) Registros de signos vitales.

- 9) Registro de infecciones hospitalarias detectadas.
- 10) Exámenes complementarios.
- 11) Ubicación del paciente dentro del establecimiento.
- 12) Medicación suministrada.
- 13) Estado del paciente antes de la intervención quirúrgica.
- 14) El protocolo quirúrgico y la integración del equipo interviniente.
- 15) El parte anestésico, con las técnicas anestésicas, evolución de los signos vitales, medicación anestésica empleada con dosis y vías.
- 16) Estado posoperatorio.
- 17) Constancia de información dada al paciente o sus familiares con firma de éstos.
- 18) Información ocultada, dando los motivos de tal proceder.
- 19) Firma y sello aclaratorio de los médicos que intervengan.
- 20) Fecha de cada una de las asistencias e intervenciones y controles de enfermería.
- 21) Informe de alta.

### *Legible*

Expresa una enfermera uruguaya Silvia Melià <sup>25</sup> que cuando la historia clínica es ilegible, “*se pierde tiempo, podemos malinterpretar una indicación médica, podemos causar daño y, además, tenemos que hacer consultas porque no entendemos lo que está escrito*”.

Algunos médicos creen que en la confección de la historia clínica empleando palabras raras así lo puede confundir al juez o abogado. Olvida que el juez tiene traductor, que es el médico legista, que le traduce al juez la prosa médica, el vocabulario empleado por el médico.

Expresa Gaibrois <sup>26</sup> que desde antiguo la realidad muestra que recetas, órdenes de atención, certificados médicos, historia clínica e incluso facturas que expiden distan de ser legibles en todo o en parte.

Se debe redactar ésta teniendo en cuenta que será leída por jueces y abogados que no son médicos, no están familiarizados con la terminología médica.

Es aconsejable que sea redactada con prolijidad y buena letra a los efectos.

Datos personales y antecedentes registrados: es aconsejable que sean firmados por el paciente a modo de declaración jurada de su estado de salud.

### *Reservada*

Se trata de un documento reservado ya que recoge los detalles más íntimos acerca de la persona física, psíquica, sexual y social del paciente en virtud de que, por su naturaleza, el acto médico invade necesariamente su intimidad desde un plano de superioridad (tener presente arts. 19 C.N.; 1071 bis C.C.).

Asimismo se debe consignar de ella si existe información que a criterio del galeno se le debe ocultar al paciente, caso de mal incurable y, en su caso, a qué pariente o persona se le ha informado

### *Temporal*

La historia clínica debe ser confeccionada en forma simultánea con el acto médico que se trate, ya sea, interrogatorio, diagnóstico, información, consentimiento informado, tratamiento, control, evolución, alta, etc., de ser posible con la fecha y hora.

Hay pericias que sirven para determinar la falsificación, caso la pericia escopométrica que permite determinar que toda la historia clínica fue escrita en el mismo momento, por la misma persona, con la misma mano y hasta con la misma tinta de lapicera o birome.

“En un juicio por mala praxis, la falta de datos en la historia clínica o la sospecha que ella ha sido confeccionada ex post facto y en miras al eventual juicio posterior, constituyen una

violación al deber de colaboración procesal y representa una presunción en contra del profesional”<sup>27</sup>.

Por ello es que es común que se secuestre la H.C. por orden judicial para evitar que se la complete con posterioridad o, en su caso, se la falsifique.

Por lo precedente se ha resuelto: “El secuestro sorpresivo de la historia, clínica, documentación complementaria y eventuales anexos constituye una medida preliminar de decisiva importancia para afirmar la necesaria primacía de la verdad jurídica en el proceso seguido contra establecimientos médicos por negligencia e impericia profesional de sus empleados, por lo tanto debe ser admitida como diligencia preparatoria en los términos del art. 323 C.P.C.C.”<sup>28</sup>.

#### *Casos quirúrgicos*

Deberá incorporarse el consentimiento informado; detallar en forma completa el acto, protocolo quirúrgico, de anestesia y reporte de terapia completos; identificación de todo el personal interviniente con sus respectivas firmas. No es un telegrama sino un relato literario de todo lo ocurrido. Se debe realizar de inmediato al acto quirúrgico.

Debe existir coincidencia entre las indicaciones médicas y hojas de enfermería.

#### *Anotaciones de evolución*

En el caso de utilizar implantes, como por ejemplo, prótesis glúteas, mamarias y/o sustancias inyectables, es conveniente consignar la marca comercial, número de lote y procedencia de los citados productos, como así también adjuntar la etiqueta provista por el fabricante para acreditar la aplicación de materiales autorizados y de alta calidad.

En la cirugía plástica, las imágenes, caso fotografías es muy importante consignar las tomas pre y posoperatorias, para que quede constancia del cambio.

#### *Historia clínica informatizada*

La Resolución 648/86 de la Secretaria de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación permite el sistema informatizado<sup>29</sup>.

Cuando se almacena la historia clínica en computadoras se deben tener copias de seguridad para el caso de fallas técnicas.

En cuanto a su firma está la firma digital y el sistema de contraseñas para ingresar a ella y realizar anotaciones; hoy con la firma electrónica es más fácil lograr la autenticidad y evitar falsificaciones.

Tiene la ventaja de su fácil lectura y claridad.

#### *Principales funciones de la historia clínica*

Coincidiendo con Gaibrois<sup>30</sup> sus tres funciones principales son:

a) *Función informativa*: permite conocer el estado de salud del paciente, permite cumplir con el deber de informar y permite a todos los intervinientes conocer todo lo relacionado con la salud y tratamientos, diagnósticos, etc..

b) *Función probatoria*: es el único documento que acredita la relación médico-paciente, ya que no es común la firma de contrato alguno y prueba lo realizado<sup>31</sup>.

c) *Función estadística*: contiene información muy importante para elaborar estadísticas relativas a la salud pública y para auditoría.

“La historia clínica tiene una eficacia probatoria superior a los testimonios y a la conclusión que in abstracto efectúan los peritos, por ser el instrumento idóneo para salvaguardar la responsabilidad del profesional médico”<sup>32</sup>

La jurisprudencia ha resuelto: “Incumbe a los profesionales médicos accionados, para eximirse de responsabilidad, hacer patente su no culpa o una causa ajena, si de las constancias de la causa surgen indicios de mala praxis (incluyendo una deficitaria confección de la historia clínica), que revelan en forma indirecta la configuración de culpa médica”<sup>33</sup>

“Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia”<sup>34</sup>.

La historia clínica, sigue Barraza, es un elemento de importancia para el médico pues su correcta elaboración y de su contenido se puede apreciar su accionar conforme a las reglas de su ciencia; puede desligarse en primer lugar de una presunción en su contra y posteriormente de responsabilidad en una eventual acción judicial por supuestos daños por mala praxis, pudiendo demostrar al juez su correcto accionar.

La incidencia de la historia clínica es tan decisiva que *“ningún abogado debería promover una demanda de responsabilidad civil médica sin antes haber consultado la historia clínica de su cliente, entendiéndose, de haberla hecho revisar por un profesional idóneo en la materia”*<sup>35</sup>

Se ha resuelto: “Si, en el caso, de la historia clínica acompañada no surge que ha existido mala indicación ni fallas técnicas o dificultades en la ejecución del parto forcipal (toma forcipal), ni tampoco que los accionados hayan formulado impugnación a las constancias contenidas en la misma no cabe sino atenerse a lo allí expresado y rechazar así la responsabilidad médica que imputan los actores en base a la mala praxis en la práctica del parto. Ello así, por cuanto, la historia clínica, si bien constituye un instrumento unilateral, da cuenta de las secuencias médicas acaecidas y resulta decisiva para esclarecer hechos como el juzgado en el caso; por lo tanto, la no impugnación de los accionantes y su concordancia con el resto de la prueba producida que no enerva su contenido obligan a tener por cierto lo expresado en ella”<sup>36</sup>.

#### *Ausencia o desaparición*

La desaparición de la historia clínica o su deficiencia no favorecen al médico sino que constituyen indicios en su contra.

Lo más recomendable frente a su desaparición es denunciar su pérdida o sustracción ante la autoridad policial correspondiente, para luego sí, proceder a su debida reconstrucción.

En el supuesto, afirma Barraza, de ausencia de la historia clínica, por negarse una institución a otorgarla o por haberse extraviado ella, esto sí genera responsabilidad, porque es considerada como un elemento de suma importancia, y ante la falta de diligencia en el cuidado de ésta produciendo su extravío, debe responsabilizarse a la entidad en la que fue atendido el paciente; también la inexistencia de ésta le genera al médico el traslado de la carga probatoria.

“Si bien la carga probatoria le incumbe a quien invoca el perjuicio, lo que significa que al actor que alega la responsabilidad del médico demandado le corresponde aportar la prueba de los hechos que demuestren la mala praxis, son muchas las excepciones porque adquieren singular gravitación la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la regla de que las cosas hablan por sí mismas, la prueba de presunciones, el desarrollo particularizado de ciertos medios específicos -v.gr., la historia clínica- y el actual criterio del moderno derecho de daños por el que en caso de dificultad la prueba ha de apreciarse a favor de la parte más débil”<sup>37</sup>.

Con relación al jefe de área la jurisprudencia ha resuelto: “no exime de responsabilidad al jefe de departamento de urgencias el hecho de que el acto quirúrgico se haya realizado fuera de su horario de trabajo, pues debió, los días subsiguientes, compulsar de manera crítica y con la experiencia profesional acorde a un jefe de servicio, las deficientes constancias de la historia clínica”<sup>38</sup>.

En la cirugía plástica, como cualquier cirugía, es muy importante la historia clínica ya que en ella quedará sentado los análisis, medicamentos, etc., es decir, todo lo realizado y ordenado por el galeno antes, durante y después de la intervención.

Asimismo, expresa Barraza, cabe tener presente que la confección de la historia clínica importa por parte del médico un pronunciamiento sobre la salud del paciente, así por ejemplo, si el profesional indica un alta médica.

Tal es la importancia de la historia clínica que incluso se ha llegado a endilgar responsabilidad a aquellos profesionales que no consultaron la historia clínica; para ello valga recordar el siguiente pronunciamiento judicial, que afirmó: “Habiendo estado el paciente y por muchos años bajo el cuidado de su salud a cargo de la institución demandada, un llamado de



urgencia a domicilio, que está denotando su gravedad, hacía preciso repasar cuidadosamente la historia clínica del enfermo. En el caso, los propios antecedentes reconocidos por la demandada dan cuenta de la precaria salud del empleado asistencial y, por ende, la obligación del personal médico de la clínica para extremar medidas de precaución, destinadas a salvaguardar cualquier imprevisto. En consecuencia, el error de diagnóstico, impútese a quien sea, así como la espera injustificada para internar a un enfermo crónico y con síntomas de gravedad evidentes, determinan la responsabilidad de la entidad prestataria de estos servicios médicos”<sup>39</sup>.

Concluye su trabajo Barraza afirmando que así como ha desaparecido el médico de cabecera que tenía una relación cercana con el paciente, ha surgido una nueva etapa en la que debe aparecer una historia clínica confeccionada de manera correcta, puesto que así como son múltiples las enfermedades que deberá afrontar un paciente a lo largo de su existencia, habrán de ser múltiples los médicos que habrán de asistirlo, si existe una deficiente redacción de la historia clínica, habrá también -dada la lejanía y multiplicidad de profesionales- una alta posibilidad de que se desempeñen de manera incorrecta con su paciente; de ahí su importancia, para una eficaz accionar de los médicos y para reducir la alta litigiosidad en la que se ven inmersos los referidos profesionales”.

La historia clínica, ese documento médico, es la mejor fuente de información para evaluar la calidad de la atención médica brindada al paciente, siendo un derecho de éste que se deje constancia en el mismo de todo lo que se realiza, para entre otros supuestos, ser en su momento evaluado, determinando según su resultado el comportamiento del médico desde diferentes ángulos, técnico, legal, administrativo (Dr. Conde).

“En ausencia de historia clínica, la carga de la prueba debe considerarse invertida, ya que no es el paciente el que puede llevar documentadamente prueba de las prácticas a que se somete, y sí el establecimiento asistencial a través de la historia clínica. En ausencia de la historia clínica, la carga de la diligencia pesa sobre la demandada”<sup>40</sup>.

La desaparición de la historia clínica o su deficiencia no favorecen al médico sino que constituyen indicios en su contra.

La omisión de acompañar la historia clínica, que supone una grave irregularidad, es suficiente para generar una presunción judicial de culpa.

Se trata de una prueba de máxima importancia y así lo ha resuelto en forma clara la jurisprudencia de nuestros tribunales al decir: “En los casos en que controvierte la existencia o no de responsabilidad médica, la historia clínica constituye la ‘*probatio probatissima*’”<sup>41</sup>.

## V. Pertenencia de la historia clínica

Pertenece al médico, institución y al paciente, según dónde y cómo haya sido el tratamiento o atención, ya sea en un consultorio particular, en un hospital o sanatorio, pero, en todos los casos, el paciente o en su caso los parientes más cercanos tienen derecho a ser informados y a tener copia de ella.

La confección y custodia de la historia clínica es responsabilidad del médico de cabecera quien facilitará copias a los otros especialistas y/o establecimientos hacia donde el paciente sea derivado.

Es difícil establecer la pertenencia de la historia clínica dado que el documento en principio pertenece a quien lo elabora, pero el paciente es el propietario de los datos insertados en ella, pudiendo llegar a ellos a través del *habeas data* que consagra el art. 43 C.N..

Según Ricardo Rabinovich-Berkman<sup>42</sup> corresponde hablar de *titularidad*, y no de *propiedad*, ante todo, porque esta última noción, desde sus orígenes romanos ha tenido en miras objetos materiales concretos.

Hay que tener presente, afirma este autor, que la historia clínica es una base de datos personales y estos datos poseen un titular, no un dueño o propietario.

Los datos son del enfermo, que es su titular y, por tanto, no pueden serle negados, ni ocultos.

El art. 6º de la ley provincial 8835 (Carta del ciudadano) prescribe que: “Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: ... m) Revisar su historia clínica y obtener una copia documentada de la misma ...”.

### III. Conservación

Atenta la relación contractual entre médico y paciente lo más recomendable es conservarla como mínimo por diez (10) años.

La Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación mediante Resolución del 11 de septiembre de 1986 N° 648 fijó un plazo para conservarla de 15 años<sup>43</sup>.

Art. 40 de la ley 17.132: “Los establecimientos asistenciales deberán tener a su frente a un director...”.

A su vez se precisa en la reglamentación como uno de los deberes del director: Reglamentación: de cr. 6216, 30/8/67. Art. 40.- Son deberes de los directores en su carácter de tal...

l) Adoptar los recaudos necesarios para que se confeccionen historias clínicas de los pacientes...

m) Adoptar medidas necesarias para una adecuada conservación y archivo de las historias clínicas y que no se revele el secreto profesional...

En la Provincia de Córdoba tenemos el de cr. 2323 (reglamenta ley provincial 6222) del 13/5/87 sobre establecimientos asistenciales privados. Art. 14: Se deberá llevar historia clínica completa, consignando fecha de admisión y de alta... Libro rubricado y sellado...”.

*Código de Ética de la Asociación Médica Argentina (AMA)*, presentado en sociedad el 25 de junio de 2001 establece con relación a la historia clínica<sup>44</sup>:

Art. 168: La historia clínica ha de ser un instrumento objetivo y comprensible por terceros, y no sólo por quienes escriben en ella.

Art. 169: La historia clínica es uno de los elementos más relevantes de la relación Equipo de Salud-Paciente. Adicionalmente es de suma importancia por tener carácter probatorio ante la ley y por razones económicas administrativas.

Art. 170: Deberá ser redactada y firmada por el mismo médico que realizó la prestación. Deberá consignarse puntualmente cuando un colega reemplace a otro en algunas funciones.

Art. 171: La historia clínica debe ser legible, no tener tachaduras, no se debe escribir sobre lo ya escrito, no debe ser borrada, no se deben dejar espacios en blanco y ante una equivocación debe escribirse *error* y aclarar lo que sea necesario.

Art. 172: Las fojas de la historia clínica deben ser foliadas y cada una de ellas debe tener el nombre del paciente, del miembro del Equipo de Salud y fecha. Deberán destacarse los horarios de las prestaciones que se realicen y fundamentalmente un preciso detalle de las condiciones en que ingresa el paciente.

Art. 173: En la historia clínica se deberá hacer una descripción exacta de todos los estudios y análisis que se vayan practicando, y en el supuesto que se arribare a un método invasivo, una descripción plena de todos los síntomas que aconsejaron practicarlos. Debe ser contemporánea a las distintas prestaciones que se vayan realizando.

Art. 174: Cuando se realicen interconsultas con otros profesionales se debe registrar la opinión de las mismas y dejar constancia del día y hora en que fueron realizadas.

Art. 175: Se deberá detallar en la historia clínica la información suministrada al paciente y/o familiares; como así también la respuesta que va teniendo el paciente frente al tratamiento, ya sea médico o quirúrgico.

Art. 176: No deberán omitirse datos imprescindibles para mejor tratamiento aunque los mismos puedan ser objeto de falsos pudores o socialmente criticables.

Art. 177: Debe constar en la historia clínica el libre consentimiento informado firmado por el paciente.

Art. 178: La historia clínica completa y redactada en forma comprensiva, es una de las mayores responsabilidades del Equipo de Salud y su redacción defectuosa es un elemento agravante en los juicios de responsabilidad legal.

Art. 179: La historia clínica contiene datos personales, y sobre éstos existe un derecho personalísimo, cuyo único titular es el paciente. La negativa a entregársela a su propio titular puede dar lugar al resarcimiento del daño causado.

Art. 180: Lo que cabe para la historia clínica propiamente dicha es asimismo aplicable a su material complementario, tales como análisis clínicos, placas tomográficas, radiografías, etc.; todos estos documentos son inherentes a la salud, al cuerpo y a la intimidad del paciente, y en consecuencia le son inalienables y sólo él puede dirigirlos y revelar su contenido.

Art. 181: El médico y/o el sanatorio con los custodios de la H.C., la desaparición de ésta o su falta de conservación, entorpecerá la acción de la justicia, al tiempo que le quita posibilidad al médico tratante y al mismo sanatorio, de una oportunidad invalorable de defensa en juicio. El custodio de la misma deberá responder por esta situación.

Art. 182: Debe garantizarse por lo antedicho, la preservación del secreto médico y la historia clínica no debe ser expuesta a quienes tengan otros intereses que no sean puramente profesionales.

Art. 183: Es ético respetar el mandato judicial que ordene su presentación para fines de investigación, en ataque o defensa jurídicos de la responsabilidad legal.

Art. 184: No podrán utilizarse para fines espurios, de discriminación de cualquier índole o para exclusión de beneficios obligados por ley.

Art. 185: En caso de computarización de la historia clínica deberán implementarse sistemas de seguridad suficientes para asegurar la inalterabilidad de los datos y evitar el accionar de violadores de información reservada.

# VALOR DE LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS JUICIOS DE MALA PRAXIS MÉDICA

por MANUEL CORNET \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Concepto. III. Su naturaleza: documento unilateral. IV. Obligatoriedad de redactar la historia clínica. V. Pertenencia de la historia clínica. VI. Conservación.

## I. Introducción

La medicina moderna es una de las ramas de la ciencia que mayor desarrollo ha tenido desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad.

Hay coincidencia en que, pese a los avances en el campo de los laboratorios, el descubrimiento de nuevas enfermedades, intervenciones quirúrgicas cada vez más audaces y delicadas, el desarrollo de la anestesia, la ecografía, la resonancia magnética y demás aparatos de alta tecnología, el trasplante de órganos y de piezas anatómicas, etc., los juicios por mala praxis médica se han incrementado en forma geométrica.

La complejidad del acto médico ha influido sobre la evolución de la responsabilidad médica, a lo que se suma que en la actualidad no existe más el médico de familia, con el proceso de masificación, el enfermo pasa en un establecimiento de salud de mano en mano y, con mucha frecuencia, no conoce la identidad del médico que lo asistió. Se ha deteriorado la relación médico-paciente, se ha despersonalizado, es casi anónima.

Asimismo hay que tener en cuenta también la deficiente formación de los profesionales y de los educandos en general a lo que se añade la mala educación, el mal trato, el apuro por atender muchos pacientes, etc., todo lo cual hace que se haya pasado de la confianza a la desconfianza.

Por todo ello, como expresa Vázquez Ferreyra, hoy en día ningún profesional del arte de curar se encuentra exceptuado del riesgo de verse sometido a una demanda civil o denuncia penal por mala praxis médica, con todos los inconvenientes que ello acarrea razón por la cual hay que trabajar en la prevención de los riesgos y en el área de la prevención, el papel de la historia clínica cumple un rol fundamental <sup>1</sup>.

Para este autor, la historia clínica es el ABC del acto médico y su valor en una contienda judicial es importantísimo. Una buena historia clínica es la mejor protección del médico y se convierte en clave para lograr una absolución, mientras que el no respeto de las recomendaciones en la confección de ésta puede transformarse en la más eficaz pieza condenatoria.

La creciente importancia que la historia clínica ha adquirido en el presente, afirma López Mesa, se debe, entre otros factores, a la intervención corriente de múltiples profesionales en la atención del enfermo, lo que obliga a que el estado de salud del paciente, así como la terapéutica realizada a éste, queden documentados para evitar medicaciones incompatibles, efectos adversos y suministro de drogas a las que el paciente sea alérgico <sup>2</sup>.

Coincidimos plenamente con Juan M. Prevot que *“cualquier abogado responsable antes de iniciar un juicio de mala praxis médica, debe, como previo, hacer analizar la historia clínica de su cliente por un profesional de su confianza”* <sup>3</sup>.

La historia clínica es uno de los elementos que, juntamente con otras pruebas, pueden ser aptos para acreditar la exoneración de responsabilidad civil, o la culpabilidad, esto es, la causa de la obligación de reparar o no los daños y perjuicios ocasionados por una posible mala praxis que se les pueda imputar a los profesionales de la salud.

El juzgamiento de un supuesto de mala praxis médica, en el común de los casos, ha de requerir una peritación, y allí es donde precisamente la historia clínica adquiere su mayor preponderancia como elemento de conocimiento esencial para el perito <sup>4</sup>.

Es la herramienta que debería ayudar al médico pero termina convirtiéndose en su principal enemigo.

## II. Concepto

Expresa Rubén Compagnucci de Caso <sup>5</sup> que la historia clínica constituye la información realizada por escrito de todo el proceso médico del paciente, donde se concluyen las pruebas realizadas a él. Ha sido un elemento de gran utilidad para acreditar la relación contractual (médico-paciente), como asimismo para analizar la posible culpabilidad en el obrar.

Su omisión, sólo perjudica a quien tenía la obligación de hacerlo, quien la prepara y signará debería ser el médico que atiende al paciente, tanto en guardias como quien dirija el tratamiento; esto no sucede en todos los casos <sup>6</sup>.

Es deber de los profesionales confeccionar una pormenorizada historia clínica y este deber no sólo es para el cambio de facultativo, sino también está impuesto para facilitar la prueba del paciente en casos de responsabilidad médica.

“La historia clínica es la exposición detallada y ordenada de todos los datos relativos a un paciente. Incluye información del individuo y sus familiares, de los antecedentes del estado actual y la evolución, además de los procedimientos o tratamientos recibidos. Así entendida la historia clínica es una herramienta sumamente útil en la práctica de la medicina. Sirve como base para planificar la atención del paciente, provee un medio de comunicación entre el médico y otros grupos profesionales, documenta la evolución y el tratamiento, y, por último, es el elemento de juicio que permitirá revisar, estudiar y evaluar la atención médica prestada. Constituye además un registro básico para la investigación médica y para problemas de orden legal” <sup>7</sup>.

Javier Indalecio Barraza <sup>8</sup> la define expresando que “*es un cuerpo armónico de páginas en las que constata de manera cronológica los hechos y antecedentes que hacen a la situación de salud de una persona, de las sucesivas atenciones médicas a las que debió ser sometido y de las medidas que se arbitraron para superar situaciones de enfermedad*”.

La historia clínica constituye prueba documental, no se puede establecer *a priori* el valor probatorio de ella ya que dependerá en cada caso concreto, de evaluar el nivel de credibilidad de cada probanza y su éxito o fracaso al ser confrontada con otros medios.

Recordemos que no hay una tarificación o un sistema de baremos en cuanto a la prueba, pero hay pruebas que en determinados procesos, por el peso, gravitación, importancia, jerarquía de la riqueza de elementos que se le arriman al juez priman por sobre otras.

Su valor será juzgado siempre de acuerdo con su origen, dado que se trata de un documento emanado de la parte, esto es, por una de las partes del juicio, generalmente, el demandado: la institución médica.

Se trata de un documento médico y si es expedido por una institución privada, tiene naturaleza de documento privado en cuyo caso debe ser reconocida su autenticidad, en cambio, si la historia clínica ha sido expedida por un ente asistencial público, parte de la doctrina sostiene que adquiere la calidad de documento público <sup>9</sup>.

Se ha dicho <sup>10</sup> que la historia clínica salva o hunde al médico, cuando hay un cuestionamiento de su actividad profesional que es llevado a los estrados de la justicia.

No se trata de tareas administrativas sino que es un deber de índole profesional, así la jurisprudencia ha resuelto: “Las anotaciones que los profesionales hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución

consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales”<sup>11</sup>.

### III. Su naturaleza: documento unilateral

Es un documento médico que deben elaborar todos los integrantes del equipo de salud, principalmente, el médico que trata al enfermo y su contenido desde que no se encuentra reglado por la ley, surge de la práctica médica y de las variadas exigencias de una copiosa jurisprudencia que se ha ido acumulando a lo largo de los años<sup>12</sup>.

Es un documento *sui generis*, su naturaleza documental es un verdadero rompecabezas ya que:

1) No contiene la firma de las partes involucradas (arts. 1012, 1028, 1031, 1031, 1033 C.C.).

2) No es redactada en tantos originales como partes hay con un interés distinto, pese a corresponder a una obligación bilateral.

3) No es habitual que el paciente conozca el tenor de los registros médicos.

La H.C. resulta ser a la vez un “registro” de los hechos biológicos y médico asistenciales.

Sostiene Barraza<sup>13</sup> que la historia clínica tiene incidencia en la responsabilidad de los médicos. *“En primer lugar me parece de particular importancia tener presente que la historia clínica es un dato indicador muy importante de la actuación del médico, pues no puede juzgarse de manera igualitaria la conducta de aquellos profesionales que redactan un documento detallado, de aquellos que elaboran la mentada historia con letra ilegible, omitiendo datos, y siendo parcos y ambiguos en sus informes. Resulta claro que una y otra conducta resultan diferentes y, debe ser diferente el trato que se le dispense al médico ante una eventual acción judicial tendiente a determinar su responsabilidad profesional”*.

Continúa expresando el autor citado que no debe entenderse que la historia clínica, por su mala redacción, sea determinante para endilgar responsabilidad a los médicos: es una presunción en contra del médico pero no es lo único a lo que ha de atenderse para responsabilizar al galeno.

La jurisprudencia tiene resuelto que: “si bien el llenado defectuoso de una historia clínica no constituye en forma autónoma un supuesto de responsabilidad, los defectos u omisiones en su confección -ante la falta de toda prueba por parte del médico- autorizan a extraer presunciones en su contra” (CNFed. C. y C., Sala II, Sent. del 14/2/95, autos: “F.H.R. y otros c/ Instituto Médico de Obstetricia S.R.L. y otros”, L.L. 1996-D-711).

Según Barraza *“podemos afirmar que una historia clínica que no es redactada, elaborada o confeccionada de manera correcta no es determinante para responsabilizar a un médico por mala praxis, pero es una presunción grave en su contra, pues se entiende que se ha desempeñado en su función de manera negligente. Y esto tiene un efecto procesal muy grave, ya que la carga de la prueba se traslada desde el damnificado que invoca un daño hacia el médico, que al ostentar esa presunción grave debe demostrar que se desempeñó de manera correcta al elaborar tal historia”*.

Coincidimos con Barraza que la omisión de la historia clínica, es una falta administrativa, pero a la vez es una negligencia profesional que -si bien no llega a ser determinante para endilgar responsabilidad al médico, puesto que para ello habrá que acudir a otros elementos- configura una presunción en su contra por ese defectuoso accionar” y, asimismo, constituye el incumplimiento de un deber accesorio o secundario de conducta.

Si existen actos médicos que no constaren en la historia clínica dará origen a una inversión de la carga de la prueba sobre estos actos médicos.

Sostiene Barraza que *“para que se entienda que una historia clínica ha sido elaborada de manera adecuada, es necesario que contenga una descripción exacta de todos los estudios y análisis que han debido practicarse al paciente, y haciendo referencia también -en el supuesto*

*de que las hubiere- a las razones médico científicas que llevaron a una intervención quirúrgica al paciente”<sup>14</sup>.*

#### **IV. Obligatoriedad de redactar la historia clínica**

Hay coincidencia en doctrina y jurisprudencia que en la generalidad de los casos el médico se limita a satisfacer una obligación de “medios”, ya que se compromete a una conducta diligente, cuidadosa, prudente y científica, apuntada a curar o mejorar al enfermo, sin poder asegurar o garantizar el éxito.

Tan es así que la palabra “médico” es un término que proviene del verbo griego *medeo*, que significa “cuidar”.

Es muy importante determinar a qué se obligó el médico por las “*eximentes*”, ya que si la responsabilidad es subjetiva (obligación de medios) para liberarse de responsabilidad el médico debe acreditar su falta de culpa y por ello que el daño no le es imputable.

En cambio, en las obligaciones de resultado, el obligado debe acreditar una causa ajena, el caso fortuito, es decir, es un problema de causalidad.

Además de la obligación de cuidar, curar o mejorar al paciente el médico asume una obligación accesoria de confeccionar la historia clínica.

Coincidiendo con Marcelo Resalís, Josefina Rita Sica y Eduardo O. Magri esta obligación de carácter accesorio, cual es el llevado de la historia clínica, instrumento a través del cual se dará cuenta de todos los interrogatorios, diagnósticos, tratamientos brindados al paciente, etc., es una obligación de “resultado”<sup>15</sup>.

La jurisprudencia ha resuelto: “La registración sistemática y minuciosa de la historia clínica, con suficiente completividad y veracidad, constituye una verdadera obligación impuesta a los médicos, por lo que las consecuencias originadas en las falencias o imperfecciones que pudieran presentar resultan gravosas para la posición litigiosa del profesional”<sup>16</sup>.

Requisitos de la historia clínica: siguiendo a Barraza<sup>17</sup>:

1. La historia clínica debe ser redactada exclusivamente por el profesional médico, no pudiendo delegar tal accionar en sus auxiliares;

2. Debe redactarse según los cánones de la ciencia médica y de conformidad con su leal conocimiento.

Estos cánones a su vez requieren la observancia de cuatro aspectos:

a) estudios y análisis que se le hayan practicado al paciente;

b) la medicación que se le ha designado;

c) En el caso de que haya sido intervenido quirúrgicamente, las razones y síntomas que llevaron a efectuarla;

d) Consideraciones posteriores a tal intervención, en especial, las medidas que se arbitran para el restablecimiento del paciente.

En síntesis, sus requisitos son:

Completa

Legible

Integra<sup>18</sup>

Reservada

Sin siglas ni abreviaciones<sup>19</sup>

Temporal

Con firma y sello de todos los que intervienen.

*Completa*

Al médico le gusta escribir poco, realizar tratamientos prolongados, operaciones de varias horas y escribió un minuto y tres renglones. Lo mismo en los protocolos de anestesia.

La historia clínica siempre debería ser autosuficiente; es decir, debe satisfacer el requerimiento de índole médico que exige poder seguir la historia de la enfermedad de los pacientes desde el principio hasta el fin.

La historia clínica debe ser: *“descriptiva”*: respecto al cuadro clínico del paciente, muy especialmente al comenzar el tratamiento.

La atención médica comienza con la interrogación al paciente, lo cual es tan antiguo como la misma medicina: interrogación, auscultación, palpación y observación.

Correlato del deber de interrogar al paciente y de informarle por parte del médico, es el deber del paciente de informar verazmente al facultativo <sup>20</sup>.

Como sugiere Alfredo Achával <sup>21</sup>, la historia clínica es una verdadera autobiografía del paciente, por ello debe iniciarse con los datos de la persona sobre su pasado o biografía, con aportes sobre su educación, formación familiar y escolar, la evolución deportiva, la actividad profesional, la iniciación y adaptación a la vida sexual, sus amistades y afinidades, su participación religiosa, sus proyectos de vida, o sea, una visión integral del enfermo o paciente.

“La historia clínica no es el simple relato, la decisión de una enfermedad aislada, comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar el enfermo y valorar los datos recogidos según su criterio, debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada y su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional” <sup>22</sup>.

Por su parte, el paciente tiene el deber de informar al médico, cosa que no siempre se cumple ya que son frecuentes los ocultamientos de los pacientes, a veces, por temor, vergüenza.

El paciente incurrirá en falta cuando deliberadamente oculte información expresamente solicitada por el médico.

#### *Cronológica y fiel*

Debe ser confeccionada desde que el paciente toma contacto con el médico.

Debe tener un resumen de las atenciones realizadas y de los resultados obtenidos; fecha y hora de cada atención y de la atención de cada profesional, fecha y hora del alta médica y diagnóstico final. Descripción del estado de salud al alta. Recomendaciones, terapéutica y cuidados a realizar por el paciente. Fecha y hora de la consulta de control. Firma del paciente como constancia de comprensión y compromiso.

#### *Completa, ordenada y legible*

Debe contener: a) Estudios complementarios, su descripción como la de otros tratamientos aplicados; b) Protocolos quirúrgicos, anestésicos; c) Informes anatomopatológicos; d) Interconsultas; e) Hojas de enfermería; f) Informes de asistentes sociales; g) Formularios de obras sociales; h) Interrogatorio previo; i) Consentimiento informado <sup>23</sup>.

Según Juan A. Casas <sup>24</sup> no existe normativa acabada acerca de todos los elementos que debe contener y forma en que debe ser llenada una historia clínica.

Por ello, afirma el autor, el interrogante más difícil de responder es saber cuándo está completa una historia clínica.

Indica que sería conveniente que contara con:

- 1) Los datos del paciente: nombre y apellido, dirección, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, profesión, actividad, pariente más cercano, teléfono, etc. La causa de su ingreso.
- 2) Antecedentes de sus ascendientes, descendientes, colaterales.
- 3) El relato de los principales hechos.
- 4) El diagnóstico inicial o presuntivo.
- 5) Comentarios del médico.
- 6) Evolución y tratamiento.



- 7) Interconsultas.
- 8) Registros de signos vitales.
- 9) Registro de infecciones hospitalarias detectadas.
- 10) Exámenes complementarios.
- 11) Ubicación del paciente dentro del establecimiento.
- 12) Medicación suministrada.
- 13) Estado del paciente antes de la intervención quirúrgica.
- 14) El protocolo quirúrgico y la integración del equipo interviniente.
- 15) El parte anestésico, con las técnicas anestésicas, evolución de los signos vitales, medicación anestésica empleada con dosis y vías.
- 16) Estado posoperatorio.
- 17) Constancia de información dada al paciente o sus familiares con firma de éstos.
- 18) Información ocultada, dando los motivos de tal proceder.
- 19) Firma y sello aclaratorio de los médicos que intervengan.
- 20) Fecha de cada una de las asistencias e intervenciones y controles de enfermería.
- 21) Informe de alta.

### *Legible*

Expresa una enfermera uruguaya Silvia Melià <sup>25</sup> que cuando la historia clínica es ilegible, “*se pierde tiempo, podemos malinterpretar una indicación médica, podemos causar daño y, además, tenemos que hacer consultas porque no entendemos lo que está escrito*”.

Algunos médicos creen que en la confección de la historia clínica empleando palabras raras así lo puede confundir al juez o abogado. Olvida que el juez tiene traductor, que es el médico legista, que le traduce al juez la prosa médica, el vocabulario empleado por el médico.

Expresa Gaibrois <sup>26</sup> que desde antiguo la realidad muestra que recetas, órdenes de atención, certificados médicos, historia clínica e incluso facturas que expiden distan de ser legibles en todo o en parte.

Se debe redactar ésta teniendo en cuenta que será leída por jueces y abogados que no son médicos, no están familiarizados con la terminología médica.

Es aconsejable que sea redactada con prolijidad y buena letra a los efectos.

Datos personales y antecedentes registrados: es aconsejable que sean firmados por el paciente a modo de declaración jurada de su estado de salud.

### *Reservada*

Se trata de un documento reservado ya que recoge los detalles más íntimos acerca de la persona física, psíquica, sexual y social del paciente en virtud de que, por su naturaleza, el acto médico invade necesariamente su intimidad desde un plano de superioridad (tener presente arts. 19 C.N.; 1071 bis C.C.).

Asimismo se debe consignar de ella si existe información que a criterio del galeno se le debe ocultar al paciente, caso de mal incurable y, en su caso, a qué pariente o persona se le ha informado

### *Temporal*

La historia clínica debe ser confeccionada en forma simultánea con el acto médico que se trate, ya sea, interrogatorio, diagnóstico, información, consentimiento informado, tratamiento, control, evolución, alta, etc., de ser posible con la fecha y hora.

Hay pericias que sirven para determinar la falsificación, caso la pericia escopométrica que permite determinar que toda la historia clínica fue escrita en el mismo momento, por la misma persona, con la misma mano y hasta con la misma tinta de lapicera o birome.

“En un juicio por mala praxis, la falta de datos en la historia clínica o la sospecha que ella ha sido confeccionada ex post facto y en miras al eventual juicio posterior, constituyen una violación al deber de colaboración procesal y representa una presunción en contra del profesional”<sup>27</sup>.

Por ello es que es común que se secuestre la H.C. por orden judicial para evitar que se la complete con posterioridad o, en su caso, se la falsifique.

Por lo precedente se ha resuelto: “El secuestro sorpresivo de la historia, clínica, documentación complementaria y eventuales anexos constituye una medida preliminar de decisiva importancia para afirmar la necesaria primacía de la verdad jurídica en el proceso seguido contra establecimientos médicos por negligencia e impericia profesional de sus empleados, por lo tanto debe ser admitida como diligencia preparatoria en los términos del art. 323 C.P.C.C.”<sup>28</sup>.

#### *Casos quirúrgicos*

Deberá incorporarse el consentimiento informado; detallar en forma completa el acto, protocolo quirúrgico, de anestesia y reporte de terapia completos; identificación de todo el personal interviniente con sus respectivas firmas. No es un telegrama sino un relato literario de todo lo ocurrido. Se debe realizar de inmediato al acto quirúrgico.

Debe existir coincidencia entre las indicaciones médicas y hojas de enfermería.

#### *Anotaciones de evolución*

En el caso de utilizar implantes, como por ejemplo, prótesis glúteas, mamarias y/o sustancias inyectables, es conveniente consignar la marca comercial, número de lote y procedencia de los citados productos, como así también adjuntar la etiqueta provista por el fabricante para acreditar la aplicación de materiales autorizados y de alta calidad.

En la cirugía plástica, las imágenes, caso fotografías es muy importante consignar las tomas pre y posoperatorias, para que quede constancia del cambio.

#### *Historia clínica informatizada*

La Resolución 648/86 de la Secretaria de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación permite el sistema informatizado<sup>29</sup>.

Cuando se almacena la historia clínica en computadoras se deben tener copias de seguridad para el caso de fallas técnicas.

En cuanto a su firma está la firma digital y el sistema de contraseñas para ingresar a ella y realizar anotaciones; hoy con la firma electrónica es más fácil lograr la autenticidad y evitar falsificaciones.

Tiene la ventaja de su fácil lectura y claridad.

#### *Principales funciones de la historia clínica*

Coincidiendo con Gaibrois<sup>30</sup> sus tres funciones principales son:

a) *Función informativa*: permite conocer el estado de salud del paciente, permite cumplir con el deber de informar y permite a todos los intervinientes conocer todo lo relacionado con la salud y tratamientos, diagnósticos, etc..

b) *Función probatoria*: es el único documento que acredita la relación médico-paciente, ya que no es común la firma de contrato alguno y prueba lo realizado<sup>31</sup>.

c) *Función estadística*: contiene información muy importante para elaborar estadísticas relativas a la salud pública y para auditoría.

“La historia clínica tiene una eficacia probatoria superior a los testimonios y a la conclusión que in abstracto efectúan los peritos, por ser el instrumento idóneo para salvaguardar la responsabilidad del profesional médico”<sup>32</sup>

La jurisprudencia ha resuelto: “Incumbe a los profesionales médicos accionados, para eximirse de responsabilidad, hacer patente su no culpa o una causa ajena, si de las constancias

de la causa surgen indicios de mala praxis (incluyendo una deficiente confección de la historia clínica), que revelan en forma indirecta la configuración de culpa médica”<sup>33</sup>

“Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia”<sup>34</sup>.

La historia clínica, sigue Barraza, es un elemento de importancia para el médico pues su correcta elaboración y de su contenido se puede apreciar su accionar conforme a las reglas de su ciencia; puede desligarse en primer lugar de una presunción en su contra y posteriormente de responsabilidad en una eventual acción judicial por supuestos daños por mala praxis, pudiendo demostrar al juez su correcto accionar.

La incidencia de la historia clínica es tan decisiva que *“ningún abogado debería promover una demanda de responsabilidad civil médica sin antes haber consultado la historia clínica de su cliente, entendiéndose, de haberla hecho revisar por un profesional idóneo en la materia”*<sup>35</sup>

Se ha resuelto: “Si, en el caso, de la historia clínica acompañada no surge que ha existido mala indicación ni fallas técnicas o dificultades en la ejecución del parto forcipal (toma forcipal), ni tampoco que los accionados hayan formulado impugnación a las constancias contenidas en la misma no cabe sino atenerse a lo allí expresado y rechazar así la responsabilidad médica que imputan los actores en base a la mala praxis en la práctica del parto. Ello así, por cuanto, la historia clínica, si bien constituye un instrumento unilateral, da cuenta de las secuencias médicas acaecidas y resulta decisiva para esclarecer hechos como el juzgado en el caso; por lo tanto, la no impugnación de los accionantes y su concordancia con el resto de la prueba producida que no enerva su contenido obligan a tener por cierto lo expresado en ella”<sup>36</sup>.

#### *Ausencia o desaparición*

La desaparición de la historia clínica o su deficiencia no favorecen al médico sino que constituyen indicios en su contra.

Lo más recomendable frente a su desaparición es denunciar su pérdida o sustracción ante la autoridad policial correspondiente, para luego sí, proceder a su debida reconstrucción.

En el supuesto, afirma Barraza, de ausencia de la historia clínica, por negarse una institución a otorgarla o por haberse extraviado ella, esto sí genera responsabilidad, porque es considerada como un elemento de suma importancia, y ante la falta de diligencia en el cuidado de ésta produciendo su extravío, debe responsabilizarse a la entidad en la que fue atendido el paciente; también la inexistencia de ésta le genera al médico el traslado de la carga probatoria.

“Si bien la carga probatoria le incumbe a quien invoca el perjuicio, lo que significa que al actor que alega la responsabilidad del médico demandado le corresponde aportar la prueba de los hechos que demuestren la mala praxis, son muchas las excepciones porque adquieren singular gravitación la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la regla de que las cosas hablan por sí mismas, la prueba de presunciones, el desarrollo particularizado de ciertos medios específicos -v.gr., la historia clínica- y el actual criterio del moderno derecho de daños por el que en caso de dificultad la prueba ha de apreciarse a favor de la parte más débil”<sup>37</sup>.

Con relación al jefe de área la jurisprudencia ha resuelto: “no exime de responsabilidad al jefe de departamento de urgencias el hecho de que el acto quirúrgico se haya realizado fuera de su horario de trabajo, pues debió, los días subsiguientes, compulsar de manera crítica y con la experiencia profesional acorde a un jefe de servicio, las deficientes constancias de la historia clínica”<sup>38</sup>.

En la cirugía plástica, como cualquier cirugía, es muy importante la historia clínica ya que en ella quedará sentado los análisis, medicamentos, etc., es decir, todo lo realizado y ordenado por el galeno antes, durante y después de la intervención.

Asimismo, expresa Barraza, cabe tener presente que la confección de la historia clínica importa por parte del médico un pronunciamiento sobre la salud del paciente, así por ejemplo, si el profesional indica un alta médica.

Tal es la importancia de la historia clínica que incluso se ha llegado a endilgar responsabilidad a aquellos profesionales que no consultaron la historia clínica; para ello valga

recordar el siguiente pronunciamiento judicial, que afirmó: “Habiendo estado el paciente y por muchos años bajo el cuidado de su salud a cargo de la institución demandada, un llamado de urgencia a domicilio, que está denotando su gravedad, hacía preciso repasar cuidadosamente la historia clínica del enfermo. En el caso, los propios antecedentes reconocidos por la demandada dan cuenta de la precaria salud del empleado asistencial y, por ende, la obligación del personal médico de la clínica para extremar medidas de precaución, destinadas a salvaguardar cualquier imprevisto. En consecuencia, el error de diagnóstico, impútese a quien sea, así como la espera injustificada para internar a un enfermo crónico y con síntomas de gravedad evidentes, determinan la responsabilidad de la entidad prestataria de estos servicios médicos”<sup>39</sup>.

Concluye su trabajo Barraza afirmando que así como ha desaparecido el médico de cabecera que tenía una relación cercana con el paciente, ha surgido una nueva etapa en la que debe aparecer una historia clínica confeccionada de manera correcta, puesto que así como son múltiples las enfermedades que deberá afrontar un paciente a lo largo de su existencia, habrán de ser múltiples los médicos que habrán de asistirlo, si existe una deficiente redacción de la historia clínica, habrá también -dada la lejanía y multiplicidad de profesionales- una alta posibilidad de que se desempeñen de manera incorrecta con su paciente; de ahí su importancia, para una eficaz accionar de los médicos y para reducir la alta litigiosidad en la que se ven inmersos los referidos profesionales”.

La historia clínica, ese documento médico, es la mejor fuente de información para evaluar la calidad de la atención médica brindada al paciente, siendo un derecho de éste que se deje constancia en el mismo de todo lo que se realiza, para entre otros supuestos, ser en su momento evaluado, determinando según su resultado el comportamiento del médico desde diferentes ángulos, técnico, legal, administrativo (Dr. Conde).

“En ausencia de historia clínica, la carga de la prueba debe considerarse invertida, ya que no es el paciente el que puede llevar documentadamente prueba de las prácticas a que se somete, y sí el establecimiento asistencial a través de la historia clínica. En ausencia de la historia clínica, la carga de la diligencia pesa sobre la demandada”<sup>40</sup>.

La desaparición de la historia clínica o su deficiencia no favorecen al médico sino que constituyen indicios en su contra.

La omisión de acompañar la historia clínica, que supone una grave irregularidad, es suficiente para generar una presunción judicial de culpa.

Se trata de una prueba de máxima importancia y así lo ha resuelto en forma clara la jurisprudencia de nuestros tribunales al decir: “En los casos en que controvierte la existencia o no de responsabilidad médica, la historia clínica constituye la ‘*probatio probatissima*’”<sup>41</sup>.

## V. Pertenencia de la historia clínica

Pertenece al médico, institución y al paciente, según dónde y cómo haya sido el tratamiento o atención, ya sea en un consultorio particular, en un hospital o sanatorio, pero, en todos los casos, el paciente o en su caso los parientes más cercanos tienen derecho a ser informados y a tener copia de ella.

La confección y custodia de la historia clínica es responsabilidad del médico de cabecera quien facilitará copias a los otros especialistas y/o establecimientos hacia donde el paciente sea derivado.

Es difícil establecer la pertenencia de la historia clínica dado que el documento en principio pertenece a quien lo elabora, pero el paciente es el propietario de los datos insertados en ella, pudiendo llegar a ellos a través del *habeas data* que consagra el art. 43 C.N..

Según Ricardo Rabinovich-Berkman<sup>42</sup> corresponde hablar de *titularidad*, y no de *propiedad*, ante todo, porque esta última noción, desde sus orígenes romanos ha tenido en miras objetos materiales concretos.

Hay que tener presente, afirma este autor, que la historia clínica es una base de datos personales y estos datos poseen un titular, no un dueño o propietario.

Los datos son del enfermo, que es su titular y, por tanto, no pueden serle negados, ni ocultos.

El art. 6º de la ley provincial 8835 (Carta del ciudadano) prescribe que: “Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: ... m) Revisar su historia clínica y obtener una copia documentada de la misma ...”.

### III. Conservación

Atenta la relación contractual entre médico y paciente lo más recomendable es conservarla como mínimo por diez (10) años.

La Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación mediante Resolución del 11 de septiembre de 1986 N° 648 fijó un plazo para conservarla de 15 años<sup>43</sup>.

Art. 40 de la ley 17.132: “Los establecimientos asistenciales deberán tener a su frente a un director...”.

A su vez se precisa en la reglamentación como uno de los deberes del director: Reglamentación: decr. 6216, 30/8/67. Art. 40.- Son deberes de los directores en su carácter de tal...

l) Adoptar los recaudos necesarios para que se confeccionen historias clínicas de los pacientes...

m) Adoptar medidas necesarias para una adecuada conservación y archivo de las historias clínicas y que no se revele el secreto profesional...

En la Provincia de Córdoba tenemos el decr. 2323 (reglamenta ley provincial 6222) del 13/5/87 sobre establecimientos asistenciales privados. Art. 14: Se deberá llevar historia clínica completa, consignando fecha de admisión y de alta... Libro rubricado y sellado...”.

*Código de Ética de la Asociación Médica Argentina (AMA)*, presentado en sociedad el 25 de junio de 2001 establece con relación a la historia clínica<sup>44</sup>:

Art. 168: La historia clínica ha de ser un instrumento objetivo y comprensible por terceros, y no sólo por quienes escriben en ella.

Art. 169: La historia clínica es uno de los elementos más relevantes de la relación Equipo de Salud-Paciente. Adicionalmente es de suma importancia por tener carácter probatorio ante la ley y por razones económicas administrativas.

Art. 170: Deberá ser redactada y firmada por el mismo médico que realizó la prestación. Deberá consignarse puntualmente cuando un colega reemplace a otro en algunas funciones.

Art. 171: La historia clínica debe ser legible, no tener tachaduras, no se debe escribir sobre lo ya escrito, no debe ser borrada, no se deben dejar espacios en blanco y ante una equivocación debe escribirse *error* y aclarar lo que sea necesario.

Art. 172: Las fojas de la historia clínica deben ser foliadas y cada una de ellas debe tener el nombre del paciente, del miembro del Equipo de Salud y fecha. Deberán destacarse los horarios de las prestaciones que se realicen y fundamentalmente un preciso detalle de las condiciones en que ingresa el paciente.

Art. 173: En la historia clínica se deberá hacer una descripción exacta de todos los estudios y análisis que se vayan practicando, y en el supuesto que se arribare a un método invasivo, una descripción plena de todos los síntomas que aconsejaron practicarlo. Debe ser contemporánea a las distintas prestaciones que se vayan realizando.

Art. 174: Cuando se realicen interconsultas con otros profesionales se debe registrar la opinión de las mismas y dejar constancia del día y hora en que fueron realizadas.

Art. 175: Se deberá detallar en la historia clínica la información suministrada al paciente y/o familiares; como así también la respuesta que va teniendo el paciente frente al tratamiento, ya sea médico o quirúrgico.

Art. 176: No deberán omitirse datos imprescindibles para mejor tratamiento aunque los mismos puedan ser objeto de falsos pudores o socialmente criticables.

Art. 177: Debe constar en la historia clínica el libre consentimiento informado firmado por el paciente.

Art. 178: La historia clínica completa y redactada en forma comprensiva, es una de las mayores responsabilidades del Equipo de Salud y su redacción defectuosa es un elemento agravante en los juicios de responsabilidad legal.

Art. 179: La historia clínica contiene datos personales, y sobre éstos existe un derecho personalísimo, cuyo único titular es el paciente. La negativa a entregársela a su propio titular puede dar lugar al resarcimiento del daño causado.

Art. 180: Lo que cabe para la historia clínica propiamente dicha es asimismo aplicable a su material complementario, tales como análisis clínicos, placas tomográficas, radiografías, etc.; todos estos documentos son inherentes a la salud, al cuerpo y a la intimidad del paciente, y en consecuencia le son inalienables y sólo él puede dirigirlos y revelar su contenido.

Art. 181: El médico y/o el sanatorio con los custodios de la H.C., la desaparición de ésta o su falta de conservación, entorpecerá la acción de la justicia, al tiempo que le quita posibilidad al médico tratante y al mismo sanatorio, de una oportunidad invalorable de defensa en juicio. El custodio de la misma deberá responder por esta situación.

Art. 182: Debe garantizarse por lo antedicho, la preservación del secreto médico y la historia clínica no debe ser expuesta a quienes tengan otros intereses que no sean puramente profesionales.

Art. 183: Es ético respetar el mandato judicial que ordene su presentación para fines de investigación, en ataque o defensa jurídicos de la responsabilidad legal.

Art. 184: No podrán utilizarse para fines espurios, de discriminación de cualquier índole o para exclusión de beneficios obligados por ley.

Art. 185: En caso de computarización de la historia clínica deberán implementarse sistemas de seguridad suficientes para asegurar la inalterabilidad de los datos y evitar el accionar de violadores de información reservada.

#### Notas:

\* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 23 de octubre de 2007.

<sup>1</sup> Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, "Responsabilidad del médico generalista", trabajo publicado en Revista de Daños, Responsabilidad de los Profesionales de la Salud, 2003-3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, págs. 164/165.

<sup>2</sup> Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Bogotá, Legis, 2007, pág. 73.

<sup>3</sup> "Historia clínica, carga de la prueba y nexo causal. A propósito de la responsabilidad por transfusiones de sangre contaminada" (J.A. 2007-III-504). Expresa Prevot que dicho recaudo tiene su fundamento en que el abogado no está capacitado en su faz cognoscitiva para evaluar la admisibilidad sustancial de la futura pretensión, evitar el riesgo al cliente, se pueden ocasionar injustamente terribles perjuicios al galeno y/o a la institución y también porque su estudio le permitirá delimitar las personas contra las cuales se enderezará la pretensión.

<sup>4</sup> Luis Mauricio GAIBROIS, "La historia clínica manuscrita o informatizada", en *Responsabilidad profesional de los médicos*, Oscar Ernesto Garay (coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 84.

<sup>5</sup> "La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica", L.L. 1995-D-549.

<sup>6</sup> Conforme Norberto MONTANELLI, *Mala praxis en cirugía plástica*, Buenos Aires, García Alonso, 2003, pág. 89.

<sup>7</sup> Ministerio de Bienestar Social, Secretaría de Salud Pública, E.D. 168-963.

<sup>8</sup> Javier Indalecio BARRAZA, "Historia clínica. Su incidencia en la responsabilidad médico profesional. Breve análisis de la importancia del citado documento", L.L. 2000-A-1171.

<sup>9</sup> Luis Mauricio GAIBROIS, trabajo citado, pág. 80.

<sup>10</sup> Luis Alberto KVITKI, "La historia clínica como medio de prueba", trabajo publicado en Derecho Médico, Montevideo, B de F, 2001, pág. 257.

<sup>11</sup> CNCiv., Sala I, 19/2/97, “L.L.H.O. c/ Municipalidad de Bs.As. - Hospital Parmenio Piñero y otros”, L.L. 1998-C-36.

<sup>12</sup> Conf. GAIBROIS, trabajo citado, pág. 81.

<sup>13</sup> BARRAZA, trabajo citado, L.L. 2000-A-1171.

<sup>14</sup> Ver sentencia de la CNCiv., Sala J, 29/9/94, autos: “G. de J.A. y otro c/ R.A. y otro”, L.L. 1995-D-550, con nota de Rubén Compagnucci de Caso.

<sup>15</sup> “La causalidad y la imputabilidad, con especial referencia a la historia clínica”, L.L. 2005-A-397.

<sup>16</sup> Cámara Nacional en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 25/6/98, “F.E. y otra c/ S.M. y otros”, L.L. Litoral 1998-2-783.

<sup>17</sup> BARRAZA, trabajo citado.

<sup>18</sup> Evitar correcciones, raspaduras, borrones, agregados, etc. En caso imprescindible, deberán estar debidamente salvados y explicar el motivo de la corrección.

<sup>19</sup> Si se utilizan siglas o abreviaciones, la primera vez que aparecen deben ser aclaradas.

<sup>20</sup> Conforme GAIBROIS, trabajo citado, pág. 83.

<sup>21</sup> Alfredo ACHÁVAL, *Responsabilidad civil del médico. Libertad, verdad y amor en una profesión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, págs. 191/195.

<sup>22</sup> Cámara 1ª C. y C. de San Nicolás, 24/3/94, autos: “Romang, Ciuza R. c/ Graziosi, Luis E. y otro”, L.L.B.A. 1995-350.; J.A. 1995-I-499.

<sup>23</sup> Antes de aplicar el tratamiento se deberá completar el consentimiento informado.

<sup>24</sup> Juan A. CASAS, “Historia clínica y mala praxis: Su relación”, J.A. 1999-IV-827.

<sup>25</sup> Citada por Willian CORUJO, en su trabajo: “Historia clínica: ¿the official histtroy?” en *Derecho Médico*, Montevideo, B de F, 2001, pág. 237.

<sup>26</sup> GAIBROIS, trabajo citado, pág. 87.

<sup>27</sup> CNCiv., Sala E, 26/2/98, autos: “Cruz c/ Hospital Durand”, L.L. del 12/4/00; J.Agrup. caso 14.931

<sup>28</sup> CNCiv., Sala C, 25/2/99, autos: “D.M.M. c/ Hospital C. A”, E.D. 187-42.

<sup>29</sup> Art. 3º - Resolución 648/86: “Facúltase al subsecretario de Regulación y Control para autorizar el archivo de las historias clínicas por sistema de computación, microfilms o similares, siempre que los mismos garanticen la inalterabilidad de sus datos”.

<sup>30</sup> GAIBROIS, trabajo citado, págs. 91/92.

<sup>31</sup> “La historia clínica es la prueba por antonomasia en los juicios en los que se persigue descubrir la mala praxis de un profesional de la medicina, ya que de ella podrá surgir o no la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se causa al paciente” (Cámara Nacional de Apelaciones, Sala H, 8/10/04, autos: “Borgatti, Silvana c/ Instituto Dupuytren y otros”, RCyS, 2004-IX-47).

<sup>32</sup> Cámara 7ª C. y C. de Córdoba, 23/8/99, autos: “S.J.E. c/ Clínica Sarmiento y otros”, L.L.C. 2000-1225.

<sup>33</sup> CNCiv., Sala D, Sent. del 15/6/92, autos: “D.C. c/ SEAM”, E.D. 149-151.

<sup>34</sup> Cámara C. y C. de Lomas de Zamora, L.L.B.A. 2000-743.

<sup>35</sup> Juan M. PREVOT, trabajo citado, J.A. 2007-III-505.

<sup>36</sup> Cámara C. y C. de Lomas de Zamora, Sala II, Sent. del 3/9/91, en autos: “V. de F.R. c/ R.J. s/ daños y perjuicios”, E.D. 152-214

<sup>37</sup> Cámara C. y C. de Azul, Sala II, Sent. del 10/9/96, autos: “G.J.M. y otra c/ D.P.V. y otros”, L.L.B.A. 1997-18.

<sup>38</sup> CNCiv., Sala A, Sent. del 7/3/97, autos: “S.B. y otras c/ Municipalidad de Bs. As.”, D.J. 1998-3-677.

<sup>39</sup> CNCiv., Sala D, Sent. del 23/8/79, autos: “Cerquetti, Albrino c/ Cruz Azul S.A.”, J.A. 1979-IV-663, E.D. 86-511.

<sup>40</sup> CNCiv., Sala D, Sent. del 23/8/79, autos: “Cerquetti, Albrino c/ Cruz Azul S.A.”, J.A. 1979-IV-663, E.D. 86-511.

<sup>41</sup> Cámara C. y C. de Rosario, Sala II, 16/12/97, autos: “D.C.A. c/ S.B.S.A.”, L.L. 1998-F-852 (40.994-S).

<sup>42</sup> Ricardo RABINOVICH-BERKMAN, *Actos jurídicos y documentos biomédicos*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 244.

<sup>43</sup> Art. 1º - Resolución 648/86: “Fijase un plazo de 15 años, para la conservación de las historias clínicas en los distintos establecimientos asistenciales privados autorizados por la autoridad sanitaria nacional”.

<sup>44</sup> Ver GAIBROIS, trabajo citado, pág. 106.

# EL PENSAMIENTO DE CARLOS LUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÈDE Y MONTESQUIEU

por OLSEN A. GHIRARDI \*

**SUMARIO:** I. La situación en Francia. II. Itinerario intelectual. III. Montesquieu y los ingleses. IV. De Locke a Montesquieu. V. Los tres poderes: las funciones. VI. La influencia de Montesquieu después del siglo XVIII. Notas. Apéndice (Montesquieu y el pensamiento alberdiano).

## I. La situación en Francia

Para mejor comprender a Montesquieu se hace menester considerar cuál era la situación religiosa, política y cultural de Francia, en la época en que publicaba su obra más importante, esto es, hacia mediados del siglo XVIII.

Desde el punto de vista religioso, el gobierno francés se había inclinado por apoyar y apoyarse en el catolicismo. Ya, hacia 1629, en la época de Luis XIII, el cardenal Richelieu había ido preparando el camino para afianzar una base teocrática para la monarquía francesa y se había manifestado contra todos los disidentes del culto <sup>1</sup>.

Richelieu había muerto en 1642 y Luis XIII, en 1643. La reina Ana, en su carácter de regente del reino, designó a Mazarino como primera figura política, quien se encontró con un panorama inquietante. La autoridad se hallaba compartida entre el rey, las ciudades con sus cartas, los nobles a cargo de diversas provincias, los oficiales reales, propietarios de sus cargos, y la Iglesia, que poseía una sólida estructura <sup>2</sup>.

El 8 de setiembre de 1650, el rey-niño Luis XIV, a los 13 años, anunció que terminaba la regencia de Ana de Austria y tomaba el gobierno en sus manos. Luis confirmó a Mazarino, quien concluyó con el movimiento de los frondistas y logró someter al Parlamento de París.

Si comparamos la situación de Inglaterra y la de Francia veremos que: a) entre los ingleses, hacia 1648/49, “el Parlamento estaba por encima del rey como fuente y juez de la ley”, mientras que en Francia “existían doce parlamentos, que no eran cámaras legislativas elegidas por la nación, como el Parlamento de Inglaterra: eran organismos judiciales y administrativos cuyos miembros heredaban sus bancas o magistraturas de sus padres o eran designados por el rey”; pero el Parlamento de París, representaba a la nación. Conviene señalar que los Estados Generales (nobles, clero y pueblo) no fueron convocados desde 1614 hasta 1789 <sup>3</sup>.

Luis XIV, con un empeño y una constancia sin igual, tendía a lograr la unidad territorial, la unidad de gobierno, de religión y de raza, terreno preparado, como hemos insinuado ya, por la labor de Richelieu primero y Mazarino después.

Francia estaba en una situación privilegiada por su ubicación geográfica y su población. Hacia 1660 tenía veinte millones de habitantes, frente a Inglaterra y España que albergaban cinco millones cada una <sup>4</sup>.

W. Durant sostiene que Francia, a partir de 1643 “*ejerció un dominio casi hipnótico sobre Europa occidental, en política, en lengua, literatura y arte*”. “*Nunca desde Augusto una monarquía había estado tan adornada con grandes escritores, pintores, escultores y arquitectos o había sido admirada e imitada en maneras, modas, ideas y artes como el gobierno de Luis XIV, de 1643 a 1715*” <sup>5</sup>.

Montesquieu, juzgando al monarca de la época, dice de él que “*tenía un alma más grande que su inteligencia*”, haciendo alusión a su capacidad de trabajo y a su voluntad de hacer, guiado por un instinto que le animaba desde su niñez.

En el orden de su convicción acerca del gobierno, el rey creía en el origen divino del poder real, según afirmaba Bossuet apoyado en las Sagradas Escrituras. Como muestra de su absolutismo, en 1665 disolvió el Parlamento de París, que quiso discutir decretos reales acerca



de impuestos que pesaban sobre la población. En el orden de la legislación civil dictó el llamado Código Luis (1667-1673), que rigió en Francia hasta el Código de Napoleón (1804).

Por otra parte, impuso las famosas “*lettres de cachet*”, que permitían las detenciones arbitrarias, sin más trámite, mediante órdenes secretas.

La corte versallesca llegó a contener no menos de seiscientas personas de la nobleza, que eran servidas por diez mil servidores. Se llegó a decir que el siglo de Luis XIV, proyectado hacia la siguiente centuria (años de 1660 a 1760) “*señala el cenit de la civilización*” europea de la época <sup>6</sup>.

En el siglo XVII ya se insinúa claramente que las potencias que se adelantan en la Europa moderna -Francia e Inglaterra- habían resuelto dos problemas: el de la unidad religiosa y el de la unidad de la legislación. Más adelante haría lo propio la Prusia de Federico, la corona austríaca de María Teresa y la Rusia de Catalina. Y los monarcas ilustrados, a su vez, se apoyarían en el pensamiento filosófico. Voltaire iluminaría a Federico y Diderot a Catalina. Acaso, ¿no diría André Maurois que en el siglo XVIII los filósofos fueron una “potencia política”?

Montesquieu, como se destaca, vivió y escribió en ese período. Si bien Luis XIV había muerto ya en 1715, los esplendores de una monarquía absoluta, de un Estado teocrático, consolidado por quien fuera protector de los jesuitas y enemigo declarado de los jansenistas, seguía arrojando su luz hacia el futuro. Con la famosa *Déclaration des quatre articles*, había dominado a la misma Iglesia, en el envidiable cenit de un absolutismo riguroso.

La agonía de esa situación política empezaría luego de su muerte en 1715, cuando, después de la regencia del duque de Orleans (1715 a 1743), se iniciaba el reinado de Luis XV, el Bien-Amado, quien reinaría hasta 1774.

Pero ese bienestar que todavía arrojaba el reinado de Luis XIV, proyectaría su luz mucho más allá de 1715, y es probable que los franceses no percibieran aun que se estaba iniciando el camino hacia 1789.

La Academia francesa, obra de Richelieu, mantenía toda su proverbial prestancia intelectual, a la que se había sumado, ya en el siglo XVIII, la *Enciclopedia*, cuyo codirector era Diderot, con su constelación de coautores, en la que colaboró -como sabemos- el propio Montesquieu, a pedido de D’Alembert.

Diderot era ateo y mantuvo conflictos con las autoridades, por haber participado de las contiendas intelectuales del momento. Se le conocía como “el filósofo”, pues su Dios era la Razón (así con mayúscula). Sufrió prisión en Vincennes por su activismo. Un libro publicado en 1749 (*Carta sobre los ciegos para uso de los que ven*), causó un tremendo impacto, y determinó su reclusión.

Los remezones ideológicos (religiosos, políticos y sociales) producidos durante la regencia del Duque de Orleans, en la primera mitad del siglo XVIII, fueron el preanuncio de lo que ocurriría al final de ese siglo.

En el orden económico, tampoco las cosas eran normales y se sostiene que “*el gobierno francés estaba al borde del pánico*” <sup>7</sup>. A todo esto, la invitación a Montesquieu, quien acababa de publicar *El espíritu de las leyes*, para que colaborase en la *Enciclopedia*, cuyo primer número apareció en 1751, fue recibida con alguna reserva por éste, ya que su participación fue escasa. No obstante, Diderot le respetaba notoriamente, como hemos afirmado más arriba.

Sin duda, nadie olvidaba el éxito de las *Cartas persas*, obra publicada anónimamente, en el año 1721. El trabajo tiene, según el célebre cronista de los intelectuales, Saint-Beuve, “*la marca de la Regencia*”... por su “*irreverencia y libertinaje; es el influjo de la moda o el deseo de sazonar el libro al gusto del tiempo*”. Curiosamente, el escritor francés (Saint-Beuve) se pregunta: “*¿De dónde sacó Montesquieu, si no, la idea de hacer hablar así a los persas? Dicen que se inspiró en un libro de Dufresney, titulado **Divertimientos serios y cómicos**, en el cual figura un personaje siamés llovido de las nubes en pleno París y que discurre a su manera*” (nota 20, prólogo citado). Pero es el caso de leer a un autor de habla inglesa (W. Durant) que nos lo explica de otra forma: “*Le influyó el **Dictionnaire** de Pierre Bayle (1617-1706) de quien toma Montesquieu el recurso de invocar comparaciones y críticas asiáticas de las instituciones europeas*” <sup>8</sup>.

Sea lo que fuere, lo cierto es que la celebridad de Montesquieu advino con esa obra, se afianzó con los estudios acerca de las causas de la grandeza y decadencia de los romanos y llegó a su cenit con *El espíritu de las leyes*. Su teoría del poder político, inspirada en Locke, no podía sino hacerse célebre. Desde entonces la distinción de los poderes en tres extremos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) fue el recurso para que todos ellos se limiten y controlen *recíprocamente*, evitando caer en temibles absolutismos o en la anarquía.

## II. Itinerario intelectual

Es frecuente, entre los biógrafos, tratar de encasillar a los personajes de que tratan. Carlos Luis de Secondat, barón de la Brède et Montesquieu -nacido cerca de Burdeos en 1689- no es de fácil encasillamiento. Si comenzamos por las negaciones, creemos que podría decirse que no es realmente un filósofo a secas, sino un filósofo de la historia; se interesó también -sobre todo en sus tiempos de juventud- en cuestiones científicas naturales y, especialmente, en los temas históricos, costumbres, legislaciones y formas de gobierno. Es indudable que fue un lector formidable y frecuentó con sumo interés a los clásicos griegos y latinos. Sin ninguna duda, es más acertado caracterizarlo como amante de los temas políticos; el estudio de las libertades y los privilegios y la realidad social y geográfica en que los pueblos se desarrollan ocupan un lugar preferente en sus meditaciones.

Se sostiene que heredó una considerable fortuna de un familiar y jamás tuvo preocupaciones económicas. Además, muy joven fue consejero en el Parlamento de Burdeos (1714) y logró, poco después, ser presidente de la misma institución. Habría vendido el cargo luego de diez años. Ya casado y con tres hijos, se dedicó el resto de su vida a los estudios, actividad que fue la más deseada de toda su vida.

En su comienzo -lo dijimos ya- se interesó por las ciencias naturales y había escrito algunos fragmentos sobre temas de historia natural y física general.

El 17 de mayo de 1716 pronuncia su *Discurso de recepción* en la Academia de Ciencias de Burdeos y el 15 de noviembre del año siguiente el *Discurso de ingreso* en ese mismo cuerpo. Los discursos se multiplican y los temas son muy diversos (la causa del eco, glándulas renales, historia física de la tierra, causa del peso de la tierra, causa de la transparencia de los cuerpos, historia natural, etc.).

Cuando fue aceptado como miembro del Parlamento de Burdeos pronunció un *Discurso* sobre temas políticos. Más tarde leyó otro *Discurso sobre los motivos que deben entusiasmarlos en el estudio de las ciencias* (15 de noviembre de 1725).

Sus actividades intelectuales comenzaron a tener eco en Francia. Tal es así que es recibido en la Academia francesa (París) donde pronuncia su *Discurso de recepción* el 24 de enero de 1728, en el que elogia al gran ministro (cardenal Richelieu), al decir que “*sacó del caos las reglas de la monarquía francesa*”.

Llamó verdaderamente la atención su *Disertación sobre la política de los romanos en la religión*; el tema será ampliado en una obra que se citará más adelante y que le muestra como un notable filósofo de la historia.

Pero la obra que le hace célebre será un libro escrito a los treinta y dos años de edad: *Cartas persas* (1721). Trata ahí acerca de las costumbres -según un crítico- bajo la forma “*más brillante y ligera*”. Es una especie de novela en la que se tratan temas de filosofía, política y moral, bajo la forma de cartas. Los persas de pronto se encuentran transplantados a Europa, un universo totalmente distinto al de Asia. La sorpresa y el asombro acentúan su sentido crítico hacia el mundo europeo de la época. La religión, los usos y costumbres son examinados atentamente con ojos extraños y, al mismo tiempo, imparciales o parciales, y, en todo caso, distintos. El dogma y la verdad no son lo mismo para unos que para los otros. Montesquieu se esconde detrás del anonimato para hacer público el libro y se refugia bajo el nombre de Usbek, quien escribe su primera carta a su amigo Rustan.

La popularidad de Montesquieu, con este suceso, quedaba asegurada de por vida; los franceses -según se afirmó- se arrebataban los ejemplares de las famosas cartas.

No obstante su fama literaria, adquirida con esa publicación, tuvo oposiciones de dignatarios de la Iglesia para ser recibido en la Academia francesa, pues se sostenía que había efectuado críticas irrespetuosas. Voltaire nos dice -quizá con rasgos demasiado vivos- que Montesquieu, en edición posterior, suavizó dichas críticas para poder superar el entredicho.

Ya académico de Francia, realizó un viaje por Europa visitando Viena, Hungría, Roma, lugares todos en los que fue recibido por gobernantes y altos dignatarios. Prosiguió su viaje hacia Holanda e Inglaterra (1729); en esta última sede fue nombrado miembro de la Sociedad Real de Londres. Residió en Inglaterra aproximadamente tres años, en cuyo tiempo aprendió el idioma inglés y profundizó el conocimiento de sus leyes y su constitución, aunque criticó duramente sus costumbres.

Al regresar a Francia publicó la obra *Consideración sobre las causas de la grandeza y de la decadencia de los romanos* (1734). Es ésta su obra de filosofía de la historia más importante, en la que da muestras de su profundo conocimiento de la antigüedad y de los clásicos. Expresa que la disciplina -reflejada especialmente en el orden militar- hizo la grandeza de Roma, y la corrupción, ya en tiempos del imperio, selló su decadencia.

Más tarde, en el año 1748, concluyó de escribir *L'esprit des lois*, obra que le había demandado veinte años. En la biografía, que precede la edición de Hachette (año 1856) de sus *Obras completas*, se da cuenta de que Montesquieu había enviado el manuscrito a Helvetius<sup>9</sup>, quien le habría aconsejado -juntamente con Saurin, un amigo común- repararlo y no publicarlo en el "estado informe en el que se encontraba". Montesquieu, hombre de ideas firmes y de voluntad sin igual, hizo caso omiso de la advertencia y lo envió a la imprenta en el mismo estado en que lo había redactado. El éxito fue total: se tradujo a varias lenguas y, en Francia, en el tiempo de un año y medio, tuvo veintidós ediciones. Las polémicas que generó fueron estudiadas por el propio Montesquieu, lo que dio lugar a sus escritos denominados *Defensa del espíritu de las leyes*, que constituyen una unidad con la obra principal.

Siguiendo el hilo del prólogo a que hicimos referencia, la razón del éxito se puede calificar de esta manera: la historia se explica por las leyes y éstas por las costumbres; las costumbres se explican por los instintos más recónditos de la naturaleza humana, según el modo de desarrollo de cada sociedad. A más, influyen el clima, las necesidades particulares de cada país, debidas a la posición geográfica, las diferencias de raza, del genio, de la legislación, etc..

La ciencia del gobierno, que abarca a la vez la moral, la religión, el comercio, la industria, desenvuelto todo ello poco a poco de las lecciones históricas, con orden y método, llevando los temas de la oscuridad a la luz, revelan la grandeza y el genio del escritor.

Los defectos de la obra -si así fuere- no pueden ocultar su prodigiosa erudición. Es verdad que al autor, a pesar y precisamente y por ese gran despliegue, se le habría podido pedir una conclusión final, erigida en el plano filosófico, más allá de la propia historia. Detrás de todo ello, se advierte que el modelo de gobierno de Inglaterra le ha impresionado vivamente.

Debe señalarse que por aquel entonces, todo intelectual que se preciaba de tal, escribía para la *Enciclopedia*. Finalmente, Montesquieu no fue la excepción y colaboró con una monografía acerca de un tema que sorprende a primera vista, si se tienen en cuenta sus obras más importantes: *Essai sur le goût*. Pero el desarrollo de su título ("Sobre las causas del placer que excitan en nosotros las obras de espíritu y las producciones de las bellas artes") nos hace conocer la exquisitez de sus reflexiones. Quizá no sea desacertado afirmar que ese artículo es, en verdad, un digno epígono de *El espíritu de las leyes*.

A su muerte, en 1755, sólo Diderot, dentro de la sociedad de los ilustrados<sup>10</sup> demostró verdadero interés y preocupación por sus instantes finales y asistió a sus exequias.

### III. Montesquieu y los ingleses

Pero sea lo que fuere, Montesquieu se hallaba obsesionado por el espíritu inglés y ve allí la lucha de dos partidos: uno que todo lo espera del monarca y el otro que apoya ineludiblemente al Parlamento. Los dos francamente visibles y en lucha. Y, en ello, a pesar de algunas críticas, ve en Inglaterra una *nación ordenada*, a la cual admira. Lo hace al tratar de la tortura contra los criminales; y lo hace al observar que hay “*en el mundo una nación cuyo código constitucional tiene por objeto la libertad política*”, aunque sostiene que no examinará el problema de si realmente existe esa libertad en los hechos, pregonada en Inglaterra. Le basta con consignar que los ingleses “*la tienen establecida en sus leyes*”<sup>11</sup>. Por eso, remata su juicio aseverando que “*ningún pueblo del mundo ha sabido aprovechar mejor y a un mismo tiempo tres grandes cosas: la religión, el comercio y la libertad*”<sup>12</sup>.

La admiración por la libertad inglesa no tiene límites cuando se refiere a que “*la Carta Magna de los ingleses prohíbe embargar y confiscar aun en los casos de guerra, las mercancías de los negocios extranjeros, a menos que sea por represalias. Es hermoso que la nación inglesa haya conseguido esto como uno de los artículos de su libertad*”<sup>13</sup>.

No es posible un elogio mejor.

La perspectiva con que Montesquieu observa a la nación inglesa le señala un sendero que ilumina su juicio de manera muy particular. Diríase que el *barroco*, de la época de Locke, es contemplado desde el *siglo de las luces* del momento histórico vivido por Montesquieu. En Inglaterra la situación ha cambiado mucho de un período a otro, y la crueldad de las intolerancias religiosas ha dado lugar a una instancia más atemperada. En Europa, en general, dice F. Van der Meer, “*después de 1648, el frente entre católicos y protestantes se estabilizó. En cada país, el soberano decidió cuál había de ser la religión de sus súbditos*”<sup>14</sup>, aunque dicho juicio, si observamos lo que ocurre en Francia en el siglo XVII, nos parece demasiado optimista.

Montesquieu viajó a Londres en octubre del año 1729 acompañando a Lord Chesterfield y tuvo el privilegio de ser presentado al príncipe, al rey y a la reina en Kensington, todo ello logrado gracias a su protector.

En cuanto a la situación social en Londres, observa que existe una envidiable libertad -no obstante otros párrafos, como el citado más arriba-. Textualmente dice: “*Á Londres, liberté et égalité*”<sup>15</sup>. Y, luego, aclara que la libertad de Londres es la libertad de las personas honestas, en lo cual difiere de la de Venecia y de la de Holanda.

Hace notar que el dinero es extraordinariamente estimado, mientras que no ocurre lo mismo con el honor y la virtud.

Como regla de sus juicios, cuando viaja por el extranjero, señala que él no examina si hay buenas leyes, por cuanto lo importante es observar si ellas se cumplen, ya que las buenas leyes existen por doquier.

Por lo demás, desliza apreciaciones muy duras sobre los ingleses como cuando expresa que no son dignos de su libertad, pues la venden al rey. Relata episodios ocurridos en el Parlamento para apoyar sus manifestaciones.

Nos hace conocer sus asistencias a las sesiones de la Cámara de los Comunes, de los bienes que obran en poder del rey, de los nobles y del clero, de la piedad de la reina Ana, y, como resumen de lo que significa la forma de gobierno de Inglaterra, juzga que debiera ser de interés para Francia, mantener la vigencia del rey, puesto que una república sería fatal por la división de las fuerzas.

Después de una serie de consideraciones de tipo económico y político, termina Montesquieu afirmando que la nación inglesa está penetrada por un espíritu dominante: la libertad. Por cierto que también observa la conducta de la población, de hombres y mujeres, de sus comidas y bebidas. Sin embargo, no deja de asombrarnos que considera que el ciudadano inglés no se preocupa mayormente por los asuntos religiosos, y, según advierte, sólo cuatro o cinco miembros de la Cámara de los Comunes va a misa o al sermón de la cámara, salvo en las grandes ocasiones.

En las líneas finales, vuelve sobre el espíritu de la libertad. Señala que “Inglaterra es en los tiempos de la época, *el país más libre del mundo*, sin exceptuar república alguna. Precizando el concepto aclara que el rey no puede causar ningún daño a ningún ciudadano, cualquiera sea, pues su poder está controlado y limitado. El poder está de tal forma distribuido que ‘*el ciudadano inglés trata de defender su libertad igualmente contra los atentados de la corona como de la cámara*’”.

#### IV. De Locke a Montesquieu

John Locke en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil* <sup>16</sup>, desde el inicio, aun desliza sus constantes críticas a Robert Filmer -críticas que tienen por objeto destruir la tesis del derecho divino de los reyes- al observar que se propone encontrar otro origen para los gobiernos, para cuyo fin es preciso, en primer lugar, definir qué se entiende por *poder político*. En consecuencia, afirma que “*el poder político es el derecho de hacer leyes*”. Explica luego que es preciso que esas leyes “*estén sancionadas con la pena capital, y, en consecuencia, de las sancionadas con penas menos graves, para la reglamentación y protección de la propiedad; y el de emplear las fuerzas del Estado para imponer la ejecución de tales leyes, y para defender a éste de todo atropello extranjero y todo ello únicamente con miras al bien público*”.

La concepción de Locke acerca del *poder político* es materia de diversas especificaciones a lo largo de su obra porque no todo poder es poder político. Debe distinguirse, por ejemplo, el poder político del gobernante de un Estado y el poder del padre de familia o el poder del capitán de una galera.

Pero el referido autor no nos dice de manera inmediata qué entiende por “*hacer leyes*”. ¿Qué significa, en verdad, “*hacer leyes*”? ¿Qué significan los vocablos “*hacer*” y “*leyes*”? Especialmente, ¿*qué son las leyes*? Si se delimita el horizonte significativo del término “*ley*”, nos resultará claro que el poder que “*hace las leyes*”, tendrá el “*poder normativo*” del Estado, y, con él, por cierto, el verdadero gobierno de la comunidad.

Si abrimos ahora la obra *El espíritu de las leyes* de Montesquieu, cuyo autor es Carlos Secondat, barón de la Brède y Montesquieu, en el capítulo primero del libro primero <sup>17</sup>, como si quisiera complementar lo que su antecesor no había definido, puede leerse su famosa definición de ley en general, en su sentido más extenso: “*Las leyes son las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas*”. Lapidario es el párrafo, tan lapidario como complejo. Indudablemente, Montesquieu no lo ignora, puesto que inmediatamente nos aclara que “*todos los seres tienen sus leyes*”. Es decir, desde Dios hasta el más humilde guijarro, de este complejo cosmos en el cual vivimos, tiene sus leyes.

En otras palabras, como sigue explicando el autor que ahora nos ocupa, “*la divinidad tiene sus leyes, el mundo material tiene sus leyes, las inteligencias superiores al hombre tienen sus leyes, los animales tienen sus leyes, el hombre tiene sus leyes*”. En el cosmos no existe una “*fatalidad ciega*”. Todo se halla regido por leyes. Le faltó decir a Montesquieu aquí que los vegetales tienen también sus leyes, aunque más adelante tiene en cuenta a las plantas. En suma, ***todo ente tiene sus leyes***.

Es muy probable que el descubrimiento de la gravitación universal, logrado por Isaac Newton hacia 1687, haya impresionado vivamente a todos los intelectuales de la época. Se podría haber dicho, más simplemente -divinidad aparte-, que la Naturaleza tiene sus leyes.

Las leyes naturales, como tales, están igualmente insertas en el hombre, como ente natural, pero siendo el hombre, además, un ser racional, que organiza la sociedad en cuyo seno vive, se halla sometido a leyes que la rigen, leyes que tienen otro carácter, en cuanto son leyes de la *praxis*, más allá de las leyes del cosmos.

Montesquieu supone que el mundo material está sometido a *leyes invariables*, que rigen su movimiento. Desde ese punto de vista, las leyes son *inmutables*; no varían. Lo señala en el mismo capítulo: “*cada diversidad (se refiere a los distintos cuerpos) es uniformidad, cada cambio es constancia*”.

Mas, el hombre es un ciudadano de dos mundos: en cuanto ente natural participa de las leyes físicas y biológicas que rigen el mundo de la naturaleza; y, por otra parte, se rige por leyes que él mismo ha concebido. Empero, las leyes hechas por el hombre no tienen todas ellas la inmutabilidad de las leyes del mundo físico, ya que su inteligencia es limitada. De ahí, se establece que el hombre está sujeto a error; sin embargo, “*está en su naturaleza que -los hombres- obren por sí mismos*”. Ello explica que no sigan de una manera “*constante sus leyes primitivas; y las mismas que ellos se dan tampoco las siguen siempre*”.

Hay, pues, un mundo invariable, que es el mundo de la naturaleza; y hay un mundo variable, que es el mundo humano, en cuanto se organiza y se da sus propias leyes, que, con el tiempo, pueden variar.

Cabe observar que los científicos no habían aun enunciado -en los tiempos de Montesquieu- la teoría de la evolución de las especies, como lo hará primero el francés Juan Bautista Lamarck (*Filosofía zoológica*, 1809) y, más adelante, el inglés Carlos Darwin (*El origen de las especies*, 1859).

Por esta razón, el mundo material del jurista francés, en concreto, es un mundo *estático*, tal como Dios lo ha creado, pero el mundo social en el que vive, organizado por el hombre, es un mundo cambiante. Y, añade: “*Dios lo retiene por las leyes de la religión*” y “*los filósofos lo previenen por las leyes de la moral: creado para vivir en sociedad, pudiera olvidarse de los demás hombres: los legisladores le llaman a sus deberes por medio de las leyes políticas y civiles*”. Con esta definitiva sentencia, cierra Montesquieu el capítulo primero.

Para colocarnos en la piel del pensador hay que recordar este punto de partida: el hombre obedece, como todos los demás seres de la creación, las leyes que *constituyen su ser natural*. Con su razón limitada, a su vez, ha de crear las leyes que le permitan vivir en sociedad, que son derivadas de su *ser natural*. Por ello, Montesquieu nos decía en la definición general de las leyes que ellas se “*derivan de la naturaleza de las cosas*”. Y el hombre es esa “*cosa*” tan especial, que necesita leyes para vivir en sociedad, leyes que no deben ser contrarias a su naturaleza humana.

El hombre es concebido como un ser creado por Dios, dotado de una inteligencia limitada, que le pone reglas a su propia conducta para poder vivir en paz en la sociedad que organiza. La ley correcta será, de esa manera -lo decimos nosotros interpretando a Montesquieu- una ley *natural humana*. En cuanto natural es inmutable; en tanto que humana es *variable y perfectible*.

Sentados estos principios, Montesquieu infiere estas cuatro leyes de la naturaleza humana: vivir en *paz*, proveerse de *alimentos*, respetar la atracción *sexual* y vivir en *sociedad*. Sobre esa base se edifican el *derecho de gentes*, el *derecho político* y el *derecho civil*.

Montesquieu es minucioso. Vuelve ahora, una vez más, a la noción de ley, pero, centrada en cuanto el hombre es el creador de ella. Lo sintetiza en un párrafo del capítulo tercero: “*La ley, en general, es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana*”.

Distingue, por consiguiente, las leyes que son propias de la creación, de los entes físicos que esa misma creación nos muestra, de las leyes creadas por el propio hombre y destinadas a regir su *hacer* y su *obrar*. Se sigue de ello, en este orden, en el orden de la *praxis*, las instituciones, que son entes creados por el hombre; estos entes tienen también sus leyes, leyes que deben “*amoldarse a la naturaleza*”, a la naturaleza de dichos entes.

Si se trata del gobierno de un determinado país, éste debe ser consecuente con el pueblo, con las condiciones físicas del país, con sus tradiciones, con sus costumbres, con su religión, etc., en fin, con la naturaleza en cuyo seno nace y se desarrolla. Todo debe estar en armonía. Las relaciones armónicas de todas las circunstancias nos muestra el *espíritu* que inflama la legislación de cada país.

Y cada tipo de gobierno, sea despótico, monárquico o republicano, sigue el orden de la naturaleza física en el que se asienta, y el orden y la naturaleza institucional de cada ente. De esta suerte, las leyes que rigen cada tipo de gobierno se derivan de su naturaleza institucional humana, según el tiempo y el espacio.

Si ahora comparamos las actitudes filosóficas y religiosas de Locke (1632-1704) y Montesquieu (1689-1755) veremos que coinciden en un punto: ambos admiten la intervención divina en la creación del cosmos y del hombre. Podría observarse que coinciden también en su concepción de la naturaleza como un mundo estático, mientras que el mundo de lo humano tiende a variar y a progresar; este último sería más bien un mundo en evolución sobre un fondo fijo.

Si centramos la atención en las preferencias de ambos autores, especialmente las juveniles, observamos que Locke es un estudioso de la naturaleza. La elección de su carrera universitaria que le lleva a conocer y profundizar las ciencias médicas es un signo de esa actitud. Su estada en Francia, por otra parte, y el hecho de radicarse año y medio en Montpellier, para entrar en contacto con la forma de entrar al estudio de las enfermedades del hombre, es otra característica de sus inclinaciones.

A su vez, Montesquieu, según observa Saint Beuve en el prólogo de una edición de su obra principal, se ocupa de los problemas de la historia natural <sup>18</sup> y llega a leer en el seno de la Academia (1721) algunos dictámenes al respecto. Dice el comentarista: “*Había observado insectos y musgos con el microscopio, había diseccionado una rana, había hecho estudios sobre las cualidades nutritivas de diversos vegetales*”. Y, a la inversa, el francés visita Inglaterra (1729), entre otros países, a una edad semejante a la que Locke tenía al visitar Francia, y, como éste publica sus *Notas de viaje*. La lectura de *El espíritu de las leyes* nos revela que importantes noticias de las instituciones inglesas las había captado de primera mano durante su estadía en Londres.

Pero no debemos callar las profundas diferencias entre Locke y Montesquieu acerca del *método* que ambos utilizan y acerca del *origen* de las leyes humanas. Para Locke, el punto de partida del conocimiento es la experiencia, si bien admite -es cierto- la muy importante participación de la razón en la elaboración del conocimiento. Montesquieu es un espíritu *racionalista*, que se apoya en la experiencia, para concluir sentencias universales que le permitan hacer deducciones (derivaciones) de la naturaleza de las cosas.

En cuanto al origen del gobierno y de las leyes, Locke se basa en su conocida teoría del *consentimiento*. La ley es obra del común sentimiento de los hombres, consentimiento manifestado expresa o tácitamente. Montesquieu basa su concepción política como producto de la razón humana que construye instituciones y reglas derivadas de la *naturaleza de las cosas*. El primero logra su punto de apoyo en los ciudadanos, en la subjetividad de los sujetos que conforman la comunidad; el segundo se propone ser objetivo y prefiere razonar acerca de los seres de la creación y del hombre en cuanto ente humano.

Cuando los pensadores que nos ocupan se sientan para redactar sus ideas acerca del gobierno de la sociedad civil, tienen preocupaciones distintas.

Locke piensa inmediatamente en el *origen del poder normativo*. Dada la situación imperante en su patria, en la Inglaterra del siglo XVII, se pregunta: *¿quién tiene ese poder?* Pues, conforme a su tesis política, la respuesta es obvia: *el Parlamento*. El Parlamento tiene ese poder; es el que hace las leyes. Hay otro poder (el monarca constitucional, ya no el rey cuyo poder era de origen divino), pero ese otro poder no tiene sino la facultad de hacer cumplir las leyes. Es cierto -el número tres tiene resonancias religiosas y sagradas- que nos habla de un tercer poder, el poder *federativo*, que se añade a los anteriores, y que Locke pergeña apresuradamente, en forma muy abreviada, pero no se refiere indudablemente al Poder Judicial de la concepción de Montesquieu.

La preocupación de Locke quedó concentrada en dos poderes: el Poder Legislativo (el Parlamento) que hace las leyes y el Poder Ejecutivo (el monarca) que las hace cumplir.

Montesquieu, ya en un siglo posterior (XVIII), tuvo -Locke escribía su obra política en 1690; Montesquieu, en 1748, y en otro país, país que había tenido un rey absolutista (cual lo fue Luis XIV y los sucesores que trataban de seguir el mismo camino)- una distinta preocupación inmediata: reestudiar el o los poderes que se insinúan en el Estado como *poder normativo*.

También la respuesta es obvia: el *poder normativo* es el poder verdaderamente más importante. Pero ello no se agota en *hacer la ley*. La ley *debe cumplirse*, pues, de lo contrario, la tarea sería vana. En tal menester, es conveniente que haya una división de objetivos, de funciones, con el principio y fin de la ley, esto es, hacer la ley, hacerla cumplir y dirimir los conflictos que se produzcan en los casos concretos. Dicho de otra manera, es preciso que haya tres poderes que actúen de manera armónica, equilibrada y coherente. La solución deviene sola: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, deben ser independientes en su obrar, pero, a la vez, deben controlarse mutuamente y, por sobre todo, ningún poder debe tener, en su esfera, *un poder ilimitado*.

Por otra parte, es fundamental para apreciar las diferencias entre el autor inglés y el francés, tener presente que para el primero la ley surge de una convención, de un consentimiento de voluntades, mientras que, para el segundo, las leyes deben conformarse a la naturaleza de las cosas, con lo cual otorga una primacía a la racionalidad del hombre en desmedro de una concepción de tipo preferentemente voluntarista y agudamente empirista.

## V. Los tres poderes: las funciones

Para adentrarnos en el pensamiento acerca del poder político y su tipicidad moderna es preciso leer el famoso Capítulo VI del Libro Undécimo de Montesquieu.

La teoría de los tres poderes es expuesta como si fuera una edición corregida y ampliada de John Locke. Es cierto que Montesquieu nos previene que nada le debe a Locke; sin embargo, la lectura del mencionado capítulo nos recuerda vívidamente el pensamiento lockeano, aunque no nombra al autor. Es probable que la deuda no sea sino la de la idea de un gobierno asentado en tres poderes y no una repetición a la letra del pensador inglés<sup>19</sup>. Por lo demás, el comienzo mismo del capítulo expone el pensamiento de Locke y el contenido desarrollado nos describe la constitución del gobierno de Inglaterra. El indicio es, por cierto, muy sugestivo.

Así nos dice Montesquieu: “*En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil*”. Esta es notoriamente la teoría de Locke. El que figura en segundo término es el llamado por Locke poder *federativo* (es decir, en palabras de Montesquieu) “*el que hace la paz o la guerra, envía, recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones*”. Adviértase que Locke no es totalmente claro y el texto se ve muy poco elaborado: pareciera más bien improvisado y dictado por la urgencia.

En su concepción, el jurista francés pone el acento en la *libertad*, mientras que en la base del pensamiento del inglés, si bien también existe una fuerte injerencia de ese principio, se da cierta preeminencia al derecho de *propiedad*. Por eso, -tomando distancia- nos dice Montesquieu: “*Cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente*”.

También, en nombre de la *libertad*, Montesquieu argumenta en favor de “*un poder judicial independiente*”. Y es esta novedad la que cimenta la verdadera teoría de los tres poderes, cosa que Locke había vislumbrado pero no había acertado, en su apresuramiento, a manifestar de forma explícita y clara. Veamos cómo lo dice Montesquieu: “*No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor*”. Estas palabras están inspiradas, sin dudas, por la experiencia francesa de las monarquías absolutas. El recuerdo de Luis XIV, en cuyo reinado había nacido el jurista francés, le impulsa en esa novedad, atrevida y justificada. En los hechos podría decirse que las frecuentes delegaciones de la potestad judicial de los reyes en la persona de sus asesores, hacía que la idea de ese proyecto no apareciese como demasiado extraña. Pero,



aunque Montesquieu niegue de manera absoluta deberle a Locke idea alguna, no puede ocultar que el número *tres* (**tres** poderes) es innegablemente de Locke.

Por otra parte, Montesquieu, como Locke, abomina del poder absoluto. Lo afirma con estas enfáticas palabras: *“Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares”*. La definición de Locke referida al poder político se ha ampliado y esclarecido. En escasas dos páginas pasamos de una concepción a otra. O, quizás, sería más exacto decir que la misma concepción ha evolucionado y, al responder a una mayor experiencia espacial y temporal, ha asumido una más completa dimensión.

A renglón seguido el pensador arroja su mirada, no sólo sobre Inglaterra y Francia, sino sobre Europa entera. No oculta su inspiración al decir: *“En casi todos los reinos de Europa, el gobierno es moderado; porque el rey ejerce los dos primeros poderes dejándoles a sus súbditos el ejercicio del tercero. En Turquía reúne el sultán los tres poderes, de lo cual resulta un despotismo espantoso”*.

Con respecto al Poder Judicial, Montesquieu tiene plena conciencia que está inaugurando nuevos caminos. Vuelve la mirada hacia la vieja Atenas en búsqueda de la inspiración adecuada. Por eso, afirma que dicho poder no puede ser ejercido por un Senado permanente, sino por *“personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas”*. Las ideas aun están en borrador porque piensa más bien en la magistratura más que en los magistrados y persevera en el objetivo de un *“un poder invisible y nulo”*, para que no sea una función exclusiva de una clase o de una profesión. En definitiva, nos deja con una sensación de inmadurez. Por ejemplo, aventura la sugerencia de que, en los casos de mucha gravedad, sea el mismo culpable -según una disposición legal- el que nombre a los jueces. Pero queda en pie la impresión de que este poder esté representado por un tribunal *“que dure poco tiempo”* y, en todo caso, *“el que exija la necesidad”* (lo resaltado son palabras textuales).

En esta zona penumbrosa el Poder Judicial no estaría configurado de manera permanente. Es el ángulo débil del triángulo. Por el contrario, *“los otros dos poderes, esto es, el Legislativo y el Ejecutivo, pueden darse a magistrados fijos o a cuerpos permanentes, porque no se ejercen particularmente contra persona alguna; el primero expresa la voluntad general, el segundo ejecuta la misma voluntad”*.

Recordemos los lentos avances del pensamiento político. En Locke, el único poder permanente era el Ejecutivo, por cuanto estimaba que el Parlamento debía ser convocado por el monarca y su período de sesiones debía limitarse a un tiempo *relativamente* breve. El propio Locke no veía la necesidad de su actuación permanente.

Consecuentemente, en Montesquieu tenemos dos poderes permanentes -con alguna reserva para el Poder Legislativo- y un tercero, el Judicial, con una actuación temporal imprecisa y, en todo caso, *“lo que exija la necesidad”*. No hay dudas, en una lectura atenta, que existe en el autor una notoria preocupación por la materia, ya que sigue analizando el tema con una mayor profundidad. De pronto, asevera que *“los tribunales no deben ser fijos”*, pero *“los juicios deben serlo”*. Curiosa solución. ¿Aclaran algo las palabras siguientes? Veamos: Montesquieu dice que *“los juicios deberían ser fijos”*... *“de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley”*. Esta afirmación, en verdad, está conforme con su definición de la ley, de tal forma que ella, en cuanto derivación *“de la naturaleza de las cosas”*, se puede aplicar mecánicamente en cada proceso en particular, sin necesidad de un juez permanente. La decisión, para Montesquieu, no debe ser *“una opinión particular del juez”*. La ley es, por el contrario, la única opción válida, puesto que ella nos muestra *“cuáles son las obligaciones contraídas”*, de quienes viven en sociedad <sup>20</sup>).

*La aplicación mecánica de la ley revela aun una actitud lógica ingenua y una inclinación hacia un esquema silogístico simple, que el tiempo tratará de mostrar que la realidad es mucho más compleja.*

Las explicaciones, en todo caso, no son suficientemente claras. Creemos que el pensamiento del jurista francés nos ha proporcionado sólo una imagen insuficientemente meditada y, como no puede ser de otra manera, según las instituciones de la época.

Apresuradamente, pasa a expresarnos luego que los jueces deben ser los *iguales* del acusado.

Para los que esperamos una fuerte y entusiasta fundamentación de los tres poderes que constituyen el poder político del Estado, la lectura de las páginas que siguen nos llenan de desesperanza. ¿Por qué decimos esto? Leamos simplemente: “*De los tres poderes de que he hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el Legislativo y el Ejecutivo*”. Sentimos que se está borrando con el codo lo que la mano escribe. Sin embargo, eso no es todo. Más adelante, y en el mismo libro y capítulo, coincidirá con Locke para decir: “*Sería inútil que el cuerpo legislativo estuviera en asamblea permanente*”.

En resumen, nuestro Montesquieu forja el siguiente esquema de los poderes: a) el “*supremo poder ejecutor (Poder Ejecutivo) debe estar en las manos de un monarca*” y ser el único poder permanente; b) el Poder Legislativo (asamblea no permanente) deberá componerse de una parte de aristócratas, quienes disfrutarán de un *status hereditario*, no obstante, la cámara popular fijará y determinará los impuestos, porque la “*la cámara hereditaria... tiene facultad de impedir, pero no tiene facultad de estatuir*”.

Como quiera que el autor quiere dejar bien aclarados los términos nos dice: “*Llamo facultad de estatuir el derecho de legislar por sí mismo o de corregir lo que haya otorgado otro. Llamo facultad de impedir al derecho de anular una resolución tomada por cualquier otro: éste era el poder de los tribunos de Roma. Aunque el que tiene el derecho de impedir puede tener también el derecho de aprobar, esta aprobación no es otra cosa que una declaración de que no usa de su facultad de impedir, la cual declaración se deriva de la misma facultad*”.

El Poder Legislativo, pues, hace las leyes. Pero, excepcionalmente, puede ocurrir que: a) de acuerdo al principio de que cada uno *debe ser juzgado por sus iguales*, los nobles no comparecen ante los tribunales ordinarios, sino ante la cámara formada por los nobles; b) el Poder Legislativo es poder acusador cuando algún ciudadano, en el terreno político, viola los derechos del pueblo y comete delitos que los magistrados ordinarios no supieran o no pudieran castigar; c) el Poder Ejecutivo toma parte en la labor legislativa por su facultad de restricción o veto.

Finalmente, Montesquieu define así los puntos centrales de “*la constitución fundamental del gobierno de que hablamos*” (Inglaterra): Poder Legislativo: “*compuesto de dos partes:.. la una encadenará a la otra por la mutua facultad del veto. Ambas estarán ligadas por el Poder Ejecutivo, como éste por el Legislativo*”.

Sigue luego un párrafo que refuerza la teoría de ser tres los poderes, aunque con una curiosa definición. Dice así: “*Estos tres poderes (puesto que hay dos en el Legislativo) se neutralizan produciendo la inacción. Pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de concierto*”.

Entonces, ¿en qué quedamos? ¿Cuál es el tercer poder? Con ello, en verdad, según nos parece, se reduce virtualmente a la nada el Poder Judicial, que -como hicimos notar *ut supra*- en las propias palabras de Montesquieu, *es casi nulo*.

Hay, además, un párrafo que confirma que, en el ánimo de Montesquieu, los jueces tienen un papel insignificante en el concierto de los tres poderes. Asevera enfática y textualmente: “**... los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma**”. En esta concepción, no existe verdaderamente un poder judicial. Los jueces son “*... seres inanimados...*”. Son apenas la boca parlante de la ley. Y los tres poderes han resultado ser: el Poder Legislativo (por partida doble con sus dos cámaras) y el Poder Ejecutivo. He ahí, en este párrafo, una curiosa teoría de los tres poderes de Montesquieu, que en verdad, son dos y... poco más. Olvidábamos decir que el cuerpo legislativo “*no debe reunirse por sí mismo, sino cuando es convocado... de suerte que debe ser el Poder Ejecutivo quien convoque a la asamblea y suspenda sus deliberaciones, con arreglo a las circunstancias que debe conocer*”.

No nos cabe la menor duda que Montesquieu quiere darle a la Cámara alta (hereditaria) un papel importante en la distribución del poder político. Seguramente, quizá de manera inconsciente, su pertenencia a la nobleza provinciana de Francia guiaba su pluma.

Y si nos preguntamos qué hizo Montesquieu, respecto de la teoría de los poderes políticos, diríamos: Pues, su punto de partida fue Locke y el estímulo la constitución del gobierno inglés. Corrigió a Locke, suprimiendo el “poder federativo”, un engendro sin sustento racional y, luego, tímidamente, al exponer el sistema de gobierno de Inglaterra, fue deslizando una teoría de los casi tres poderes, en la cual, el Poder Judicial es apenas un germen.

Da término al famoso capítulo, todavía con referencias al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. Ya no recuerda al espinoso tercer poder. Insiste sobre un tema muy caro a los ciudadanos ingleses: el Poder Ejecutivo no debe estatuir sobre las cargas impositivas (salvo por consentimiento), pues desaparecería la libertad. A su vez, si el Poder Legislativo pudiera establecer cargas públicas y las fuerzas terrestres y marítimas, de una vez y para siempre, se arriesgaría a perder su libertad. El Poder Ejecutivo percibe los impuestos votados por el Legislativo y asume también la facultad de dirigir el ejército.

Es tal la convicción de Montesquieu acerca de la importancia de los poderes Legislativo y Ejecutivo, que, en el libro décimonono, capítulo XXVII, recuerda que, en el libro XI, capítulo VI, expuso los *“los principios de su constitución”*, para precisar los *efectos* que de ellos se derivan. Con olvido del Poder Judicial sólo hace referencia a los otros dos poderes, a los cuales asigna el calificativo de *“visibles”*. Dice al respecto: *“Como habría en el Estado dos poderes visibles, el Legislativo y el Ejecutivo, y como cada ciudadano tendría voluntad propia y haría valer su independencia, la mayoría de las gentes sería más partidaria de uno de los dos poderes que del otro, pues pocas personas tienen la equidad y el juicio necesarios para ser igualmente afectas a los dos”*. Fácil resulta colegir que Montesquieu se halla impresionado por las luchas históricas del monarca con el Parlamento y en la lucha constante por el ejercicio del poder, de tal forma que la historia de Inglaterra es un ejemplo en el correr del siglo anterior, mientras que en Francia el verdadero conflicto se comienza a desarrollar en pleno siglo XVIII, hasta culminar en la revolución de 1789, que ocurrirá ya fallecido el autor.

Antes de concluir el capítulo, después de haber enunciado ejemplos comparativos con lo que ocurría en la antigua Roma, recurre a Holanda y a Venecia, a propósito del gobierno del ejército.

Pero su portentoso conocimiento de la antigüedad no tiene descanso. Apoyándose en Tácito afirma que los ingleses tomaron de los germanos *“la idea de su gobierno político”*. Voltaire, con su ironía singular, que no perdona ningún desliz, se pregunta en una de sus célebres notas<sup>21</sup>: *“¿Será posible -dice Voltaire- que la Cámara de los Pares, la de los Comunes, el Tribunal de Justicia y el del Almirantazgo vengan de la Selva Negra?... ¿Vendrán también las manufacturas de Inglaterra de las selvas en que los germanos, al decir de Tácito, preferían vivir de la rapiña a trabajar para vivir?”*. Nuestra observación inicial parece ser cierta. Locke quedó sepultado en el olvido; al cruzar el Canal, la paternidad -sea cual fuere la porción que le correspondiese en la teoría del poder político- naufragó en las procelosas aguas de la Mancha y no llegó al continente.

Los párrafos finales del capítulo denotan un severo juicio que encierra una futurología política de mucho riesgo. Por cierto, esas líneas no son amables para los políticos ingleses. Transcribamos sus líneas más destacadas: *“Como todas las cosas humanas tienen fin, el Estado que decimos perderá su libertad, perecerá. Roma, Lacedemonia y Cartago perecieron. Perecerá cuando el Poder Legislativo esté más viciado que el Ejecutivo”*. *“No me propongo examinar aquí si los ingleses gozan actualmente de esa libertad, o no. Me basta consignar que la tienen establecida en sus leyes; no quiero saber más”*. Curioso final para tan importante capítulo que refleja una teoría política de un país distinto al del autor, teoría que éste pareciera no atreverse a suscribir como propia, aunque tampoco le reconoce -en lo que concierne a la teoría de los poderes- la paternidad a Locke.

## VI. La influencia de Montesquieu después del siglo XVIII

Montesquieu fue un espíritu equilibrado y ejerció, con su teoría de los tres poderes, una influencia que aun nos llega hasta nuestros días.

No existe, sin embargo, una concepción unitaria acerca de los tres poderes. La postura de Montesquieu, como lo afirma un constitucionalista francés (François Burdeau), había buscado “la instauración de un equilibrio entre los poderes Ejecutivo y Legislativo”, más allá de diferencias menores<sup>22</sup>. Sabido es, como lo señala el artículo citado que, en la concepción de Rousseau, se subordinaba el Ejecutivo al Legislativo.

En Francia, después de la muerte de Montesquieu, y, desde 1789 hasta la actualidad se dieron todas las experiencias imaginables. En la revista que acabamos de citar en la nota anterior, cuyo comité de redacción fuera dirigido por Olivier Duhamel, se ha dicho que la experiencia constitucional de Francia es incomparable. A tal efecto, se consigna que se ha consagrado de turno en turno “la monarquía, el Imperio y la República -la fachada constitucional cubría, a veces, la anarquía o, por el contrario, la dictadura- experimentando el régimen presidencial antes de adecuarse a un parlamentarismo deformado durante una época de regímenes de asambleas, instituyendo un momento un jefe de Estado colectivo para preferir a continuación otro único y adoptar luego un ejecutivo bicéfalo: proclamando el sufragio universal, descartándolo para volverlo a establecer más tarde”.

La elocuencia del párrafo exime de todo otro comentario. La imaginación de los ciudadanos es más fértil a medida que se desea transformar las instituciones conforme con las necesidades de los hombres y de los partidos políticos.

Pero lo más importante es que todo se mueve alrededor del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, antiguos actores de las formas de gobierno. A su vez, el Poder Judicial se ha mantenido a la sombra de los otros dos a través de los conflictos que los envolvieron.

Hay que hacer notar, sin embargo, una feliz circunstancia. El Poder Judicial se ha consolidado como un verdadero poder, a lo largo de dos centurias y media, desde la época de Montesquieu. ¡Qué lejos se está de aquel poder “casi nulo”, del que nos hablaba en *El espíritu de las leyes!* Como prueba de ello, veamos qué nos dice la revista *Pouvoirs*, que reiteradamente citamos: “*En ocasión de la apertura solemne de la Corte de Casación, el 6-1 (año 1989), el Presidente de la República ha definido su independencia: ‘No hay otra orden que recibir sino de la ley, de la equidad:... no hay otra satisfacción a dar sino a su conciencia. No se debe descartar la justicia en provecho de lo que ciertas personas presentan como razón de Estado... La ley se impone a vosotros como a todos. Pero vosotros tenéis la libertad de su interpretación... Vuestra obra completa la del legislador... Si el Parlamento expresa la voluntad general, vosotros sois, el Poder Judicial, otro poder’*”<sup>23</sup>. En el mismo acto, el jefe de Estado añadió: “*Jamás he admitido que se haya atentado en contra de la independencia de los jueces como a la autoridad de la cosa definitivamente juzgada*”<sup>24</sup>.

Estas expresiones revelan que el Poder Judicial, además de ser permanente, ha logrado situarse en un plano de igualdad con relación a los otros dos poderes. En el pensamiento de Montesquieu lo ideal es un perfecto equilibrio entre los dos poderes -según él- fundamentales: Legislativo y Ejecutivo.

En la actualidad, con respecto al Poder Judicial, algunos problemas se están solucionando. El acceso a la magistratura tiene un nuevo camino, más propicio para la independencia del Poder Judicial, si el nombramiento de los jueces se realiza mediante un procedimiento que escape a la imposición arbitraria de los otros dos poderes. La institución del Consejo de la Magistratura puede establecer un medio idóneo en este sentido.

Pero, para concluir, un nuevo problema asoma en el horizonte. La llamada *judicialización* de cuestiones políticas (o de ciertas materias que hacen al legislador) muestra que el Poder Judicial puede terciar en el equilibrio de las funciones de los tres poderes, lo que -estimamos- ciertamente poco prudente.

Y, otro problema -no menor, por cierto- es el de la sensación que tiene el pueblo de no sentirse debidamente representado, cosa que se manifiesta de diversas maneras; entre otras, por

las marchas, por los piquetes, que lleva a manifestarse en forma directa y genuina en contra de la autoridad establecida.

En verdad, por otra parte, estamos acostumbrados a hablar de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Si meditamos la cuestión con mayor profundidad debiéramos pensar que existe un solo poder: el *poder normativo*, es decir, el poder de *hacer las leyes*. Naturalmente, el gobierno de un Estado no consiste solamente en hacer las leyes, sino también hacer que ellas se cumplan y se diriman los conflictos que se produzcan entre los habitantes del país de que se trate. Esas consideraciones nos inducen a pensar que el *poder es uno solo*, pero existen diversas funciones: la función legislativa, la función ejecutiva y la función judicial. Todas ellas contribuyen a la tarea de “hacer” la ley, hacer que se “cumpla” y solucionar los “conflictos” con motivo de su aplicación. Dictar leyes solamente no es suficiente; es preciso que el proceso, que continúa después de su dictado, llegue a feliz término.

Por eso, entendemos -como lo hacen algunos juristas- que es incorrecto hablar de *separación de los poderes*. *El poder es único*; las funciones de las tres ramas que lo ejercen son diferentes. Las funciones reunidas en una sola entidad es la tiranía; la dispersión de las funciones es la anarquía. *Cada rama del poder debe ser legal y realmente limitada y las tres deben controlarse recíprocamente*.

En el espíritu de Montesquieu el equilibrio de las funciones era el gran ideal. Su ruptura, ya sea en favor del Parlamento o del Ejecutivo -según señalaba el célebre autor- puede engendrar anomalías que una verdadera democracia debe evitar.

El *poder normativo*, no es excesivo repetirlo, es *único*. Las funciones, sí, se han dividido y se comparten. Primordialmente, la ejerce el Poder Legislativo; pero, en ocasiones, y según las circunstancias, lo hace el Poder Ejecutivo. En cuanto al Poder Judicial estamos lejos de la concepción de Montesquieu, que veía en él una aplicación mecánica de la norma. Hoy, aun en el *civil law*, se admite una creación jurisprudencial, aunque, por cierto, menos acentuada que en el *common law*.

Finalmente, es preciso señalar que, si bien Montesquieu emplea, a veces, el término “nación”, su significado dista bastante del que nosotros tenemos en la actualidad. En el siglo XVIII no se avizoraba el complejo contenido que tiene en este siglo XXI. De ahí que sea menester tener cuidado con los desplazamientos semánticos para interpretar en forma correcta las diversas situaciones históricas.

## APÉNDICE

*(Montesquieu y el pensamiento alberdiano)*

Montesquieu fue uno de los autores de la Ilustración más leídos por Alberdi. Comenzó su lectura muy temprano, de tal manera que si recorremos sus *Obras completas* (Buenos Aires, edición La Tribuna, 1886, vol. 1) podemos comprobar la verdad de este aserto. Inició su carrera de escritor con dos pequeños trabajos: *El espíritu de la música* y *Ensayo sobre un método nuevo para aprender a tocar el piano*. El tercero, escrito en 1834, se titula *Memoria descriptiva sobre Tucumán* (págs. 57 a 80). Obsérvese que Alberdi tiene apenas veinticuatro años cuando escribe este último libro. Este joven, a esa edad, se ha interesado por la influencia del clima en la población de su natal Tucumán, principalmente por el influjo de Montesquieu y algunos otros autores.

Las citas ya son plurales y, apoyándose en Pierre Cabanis, opina que “... *los habitantes de Tucumán no pueden tener sino una sensibilidad ejercitada y despierta*”:

Uno de los autores antiguos citados es Hipócrates de Cos (460-370 *circa* a. J.C.) y se afirma en él para hacer otra tajante afirmación: “*Si una temperatura casi siempre igual como observa Hipócrates, da a los asiáticos ese carácter de estabilidad que se encuentra en todas sus instituciones, una atmósfera continuamente variada y sujeta a frecuentes y precipitadas alteraciones, sostendrá en los espíritus argentinos y especialmente tucumanos y porteños una inquietud que desenvolverá sus facultades naturales*” (pág. 74).

Con una audacia juvenil, a renglón seguido, acude al pensamiento de Montesquieu. Transcribiremos textualmente el párrafo para que el lector pueda acceder fielmente a sus expresiones: *“Las reglas de Montesquieu relativas a la influencia del clima en la libertad y esclavitud de los pueblos, sufren tan frecuentes y numerosas excepciones (sic), que es uno conducido a pensar, o que no existe semejante influencia, lo que no me atrevo a creer, o que Montesquieu la comprendió y esplanó (sic) mal, lo que intentaré probar”*. *“Verdad es, sin duda, que el calor hace perezoso al hombre y activo el frío. Pero la actividad y pereza del cuerpo supone la del espíritu? Los hombres más vivos son por lo común de temperamento sanguíneo y nervioso, pero rara vez he visto semejantes hombres a la cabeza de los trastornos de la tierra. Bien perezosos son por lo regular los melancólicos y biliosos, pero ellos mueven a la humanidad”* (págs. 74/75).

Sea lo que fuere, Alberdi no alcanza a fundamentar de manera adecuada su severo juicio, pero la cita revela su formidable atrevimiento. A más de ello, la importancia del clima tendrá para él un significativo relieve al cual acudirá más de una vez.

Será en el *Fragmento preliminar al estudio del derecho* (1837) donde las citas de Montesquieu se multiplican. En algunos casos, nos encontramos con verdaderas ristas de nombres propios, lo que es muy habitual en esta época, en la que Alberdi hace gala de su erudición (págs. 106, 107, 115, 125). No nos detendremos, pues, sino en ocasiones de cierta significación. Por ejemplo, acerca de los modos de estudiar hace una extensa transcripción de la obra *Espíritu de las leyes* (tercera parte), lo que pone de manifiesto su lectura. En otras partes, nos deja azorados haciendo más de cuarenta citas de nombres propios en una sola página. Todo ello en el prefacio de su obra.

Más adelante, al tratar de los móviles de nuestras determinaciones morales, adhiere a Montesquieu y a Mme. Staël, cuando afirman la existencia de una ley de subordinación del espíritu humano a las variedades del tiempo y del espacio (pág. 151). Igual cosa ocurre respecto del cristianismo y el derecho positivo (págs. 177 y 184).

Alberdi ha tenido la prolijidad de haber leído no sólo la citada obra de Montesquieu sino la que estudia las causas de la decadencia de los romanos cuando dice que una de esas causas *“es la inmutabilidad de sus leyes positivas que habían sido adecuadas para su engrandecimiento, pero mortales para su estabilidad”* (nota 3 de la pág. 185). En otras palabras, acepta con el estudioso francés, que las leyes deben cambiar con el tiempo y adecuarse a las circunstancias. Más todavía, comparte el concepto de lo que debe entenderse por ley al expresar: *“La ley es, pues, la razón general, invocada por la voluntad general. Esta razón es, y no ha podido dejar de ser, el espíritu de todas las leyes de los hombres. Toda la obra grande de Montesquieu, no es sino la historia de esta verdad. En ella aparecen todos los pueblos de la tierra, más o menos subordinados al imperio de la razón, elevándose a medida que la escuchan, sucumbiendo siempre que la ultrajan. <La razón, dice Montesquieu, acaba siempre por tener razón>. Suele tardar en acabar, pero siempre acaba. De modo que el dogma final de la ciencia política del género humano, se encierra en dos palabras: la razón es la ley de vida de los pueblos”* (págs. 211/212). El espíritu fuertemente crítico de Alberdi se adapta a las ideas de los grandes hombres y se inclina ante sus concepciones cuando ellas definen las líneas políticas de la historia universal. Todo ello queda burilado en la nota 1 de la página siguiente (pág. 213), cuando, por exclusión, se afirma otra vez con Montesquieu: *“La ley no es un mero acto de poder”*.

La afinidad de Alberdi con Montesquieu se hace constante en las grandes líneas de su pensamiento. Después de repetir con él que *“no se comprende nada cuando no se comprende todo”*, aplica su pensamiento al tiempo histórico de nuestros países americanos. Así, repite, que *“las leyes de España al pasar a nuestro suelo, han debido sufrir una metamorfosis como su lengua; han debido recibir otra de nuestro régimen político, otra de nuestras costumbres, otra de nuestro comercio, otra de nuestra industria, otra en fin del siglo en que vivimos porque a todas estas influencias están subordinadas las leyes positivas, como lo ha demostrado el autor del Espíritu de las leyes”* (págs. 236/237). Esta es, probablemente, la más grande deuda de Alberdi con Montesquieu, ideas abrazadas a los veinticinco años y no abandonadas jamás, cosa que no han comprendido quienes aun hoy afirman que Alberdi copió servilmente su proyecto constitucional del extranjero.

La fidelidad de Alberdi a Montesquieu se mantiene en el *Fragmento* hasta su final. Las notas escritas, luego de la obra referida, que ocupan las páginas 239 a 256, del tomo I de las *Obras completas*, lo recuerdan reiteradamente. En concreto, hay un párrafo que no podemos dejar de transcribir, pues resume el concepto que Alberdi tiene de las ciencias jurídicas y de las ciencias morales en general, después de haber cultivado el saber europeo antiguo y moderno: *“El derecho, pues, como las ciencias morales de que hace parte, y todas las ciencias filosóficas, impropriamente llamadas ciencias, mientras no escapan del poder del espíritu sistemático, de que las naturales están libres, el derecho llegará indudablemente a serlo un día. Y tan cierta como las naturales, desde que sus hechos fundamentales, hechos ajenos del dominio de la observación sensible, hechos de un orden separado, pero tan reales y experimentales como los sensibles, sean sometidos al rigor de una observación experimental, de una inducción severa, y después a una exposición científica y sistemada”* (pág. 241).

Pero no se circunscribe al *Fragmento* el recuerdo de las ideas de Montesquieu. Así, por ejemplo, nos encontramos con el trabajo publicado a raíz de “Los estudios sobre la España, de Viardot” (ibid., t. I, pág. 345), en el cual pregona la necesidad de conocer lo aseverado por Descartes, Pascal, Montesquieu, Rousseau, Buffon y Cuvier, especialmente entre los jóvenes y las nuevas generaciones de los países de estas latitudes.

Unos años después, cuando Alberdi ya se encontraba en Chile y se ve en la necesidad de escribir su *Memoria sobre la conveniencia y objetos de un Congreso General Americano* (año 1844), acude a la autoridad de Montesquieu para fundar su opinión acerca de los límites territoriales de los nuevos Estados.

Y quince años después de haber escrito el *Fragmento*, luego de Caseros, al escribir las *Bases*, Alberdi vuelve a dar la nota en cuanto a las reglas de la influencia de los climas en la legislación y modos de vivir de los pueblos. En efecto, la lectura nos lleva al siguiente párrafo: *“El Congreso argentino no será llamado a hacer la República Argentina, ni a crear las reglas o leyes de su organismo normal; él no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución geológica, ni mudar el curso de los grandes ríos, ni volver minerales los terrenos agrícolas. El vendrá a estudiar y a escribir las leyes naturales en que todo eso propende a combinarse y desarrollarse del modo más ventajoso a los destinos providenciales de la República Argentina. Este es el sentido de la regla tan conocida, de que las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe; y toda la teoría de Montesquieu sobre el influjo del clima en la legislación de los pueblos no tiene otro significado que éste”* (ob. cit., t. III, pág. 444). Esto en cuanto al influjo del medio ambiente en la legislación. Pero ello ocurre de igual manera en el orden religioso. Veamos: *“... como ha dicho Montesquieu, es admirable que la religión cristiana, que proporciona la dicha del otro mundo, haga también la de éste* (ibid., pág. 449), citado a propósito de su tesis en el sentido de que *“la religión debe ser hoy, como en el siglo XVI, el primer objeto de nuestras leyes fundamentales”*.

Curiosamente, en el instante de escribir sobre las atribuciones respectivas que han de tener los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial del gobierno de la Confederación, Montesquieu no es citado en manera alguna (léase el parágrafo XXV, de las *Bases*, ibid., t. I, págs. 488/493). Por cierto, en esa época, ya es obvio el tema y la cita no es imprescindible.

No hemos agotado todas las citas de Montesquieu generadas por Alberdi. Sin embargo, son útiles todavía algunas de sus opiniones, especialmente, las referidas al derecho público francés. Por ejemplo, ello ocurre con motivo de la “Carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado”, dirigida a Lucas González, en Turín (Italia), año 1850. En el texto desliza la siguiente opinión: *“No gastaría yo tiempo en estudiar derecho político en Francia, por varias y buenas razones, que me es fácil dar. Primeramente, porque la Francia misma no le tiene en el día y apenas sabe a qué derecho quedar, si el monárquico o republicano. Después de eso, en América, el derecho público es un instinto; tenemos más de un publicista distinguido que no lo ha estudiado en las aulas. Nuestros hermanos del norte han creado la organización más perfecta que se conozca de la democracia sin tener escuelas ni autores célebres de derecho. Por otra parte, para estudiar derecho político, es como comprar armas de fuego cuando es prohibido usarlas. Rousseau decía que los médicos hacen las enfermedades; quién sabe hasta*

qué grado no sea cierto, que los publicistas hacen las conmociones” (ibíd., t. III, págs. 347/348).

Alberdi y todos los argentinos de su generación recibieron una muy mala impresión de lo ocurrido en Francia, especialmente a partir de las revoluciones de la primera mitad del siglo XIX. Como corolario, a propósito de sus estudios políticos, resumirá de esta manera su admiración por el derecho y las libertades inglesas: “¿Qué es el siglo XVIII de la Francia? Es Voltaire, Rousseau, Diderot, D’Alembert, Condillac, Montesquieu. Pues bien, todo eso es inglés de origen, y aquí no hay paradoja. En el siglo anterior como en el actual, todo el liberalismo, o más bien el progreso francés, recibe su primer impulso del liberalismo y del progreso británicos. Lo haré ver. Voltaire viaja temprano al otro lado de la Mancha y nutre su espíritu con los escritos de Locke, de Pope, de Newton, y toma el deísmo de Bolingbroke, de Collins, de Woolston, de Toland y otros. Diderot traduce a Shatefsbury y se inflama con los escritos de Richardson. D’Alembert al canciller Bacon su plan y método para su exposición de la Enciclopedia metódica. Rousseau se inspira en los libros de Locke sobre educación y gobierno civil, para escribir el Emilio y el Contrato Social y Montesquieu es el admirador de la Constitución Inglesa. Helvecio, Condillac y Cabanis no son más que discípulos de Locke, de Obbes (sic) y Spinosa (sic)” (ibíd., págs. 359/360). Este lapidario párrafo -quizá exagerado en su generalidad- es muy característico del temperamento de Alberdi, pero -en sustancia- revela su pensamiento político. Admira la constitución inglesa y su concepción de la libertad, todo lo cual no le impide reconocer más adelante que “nuestra revolución americana y las ideas francesas están ligadas desde su origen”.

Ya escritas las Bases -y dictada la Constitución de 1853- Alberdi se ve en la obligación de tratar el tema de los recursos con que todo gobierno debe sostenerse. Así, en su obra *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según la Constitución de 1853*, recuerda una vez más a Montesquieu para reafirmar la bondad del sistema de préstamos a interés para el desarrollo del comercio y de la industria. Textualmente decía: “Hace doscientos años que Montesquieu atribuía la decadencia del comercio a las leyes perseguidoras del préstamo a interés: hoy es axioma entre el vulgo de los economistas” (ibíd., t. IV, pág. 270).

Hasta aquí nuestra incursión por las obras de Alberdi para demostrar la constante lectura que hizo de Montesquieu y las influencias que éste ejerció en él, entre las que se destaca la teoría de los climas y su incidencia en la legislación.

Esto basta para destacar que Locke y Montesquieu fueron las lúcidas inteligencias europeas, que inspiraron el pensamiento del ilustre tucumano, de una manera honda y permanente en la elaboración de su pensamiento en los grandes temas que hacen al orden filosófico, político, jurídico, económico y sociológico.

Todavía queremos hacer una cita -referida a Montesquieu- de un autor que fuera muy caro a Alberdi. Se trata de E. Lermínier, profesor que fuera del Colegio de Francia, citado al comenzar el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*. En tres renglones impecables sintetiza la idea central de Montesquieu: “Tuvo de manera excelente la conciencia de la razón humana; quiso explicar todo por ella, y de ella inferir la naturaleza del hombre y de las cosas” (confr. *De la influencia de la filosofía del siglo XVIII sobre la legislación y la sociabilidad del siglo XIX*, París, Prévost-Crocius, éditeur, 1833, pág. 49).

## Obras citadas

DARWIN, C., (1859) *El origen de las especies*.

DIDEROT - D’ALEMBERT, (1751) *Enciclopedia*.

DIDEROT (1749) *Carta sobre los ciegos para uso de los que ven*.

DURAND, W., *La edad de Luis XIV*, Buenos Aires, Sudamericana, 1966.

FURBANK, P., *Diderot*, Barcelona, Emecé, 1984.

LAMARCK, J., (1809) *Filosofía zoológica*.



- LEPAPE, P., *Voltaire*, Buenos Aires, Emecé, 1998.
- MONTESQUIEU, (1806) *Oeuvres complètes*, París, Hachette.
- (1721) *Cartas persas*.
  - (1734) *Consideración sobre las causas de la grandeza y decadencia de los romanos*.
  - (1748) *El espíritu de las leyes*, París, Garnier, 1926.
- MIQUEL, P., *Histoire de la France*, París, Fayard, 1976.
- VAN DER MEER, F., *Panorama de la cultura occidental*, Madrid, Guadarrama, 1957.
- VOLTAIRE, *Epistolario inglés*, Buenos Aires, El Ateneo, 2001.
- *Revista Pouvoirs*, París, Puf, 1989.
- LERMINIER, E., *De l'influence de la philosophie du XVIIIe. siècle sur la législation et la sociabilité du XIXe* (1833), París, Prévost-Crocius.

## Notas:

\* Académico de número. Presidente honorario. Conferencia pronunciada en sesión privada el 6 de noviembre de 2007.

<sup>1</sup> P. MIQUEL, *Histoire de la France*, París, Fayard, 1976, págs. 206/207.

<sup>2</sup> *Ibid.*, págs. 205/206.

<sup>3</sup> Confr. W. DURAND, *La edad de Luis XIV*, Buenos Aires, Sudamericana, 1966, pág. 18.

<sup>4</sup> *Ibid.*, págs. 18 y ss..

<sup>5</sup> *Ibid.*, págs. 18 y ss..

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 44.

<sup>7</sup> Confr. P. FUTBANK, *Diderot*, Barcelona, Emecé, 1984, pág. 66.

<sup>8</sup> *Ob. cit.*, pág. 649.

<sup>9</sup> HELVETIUS (1715-1771) fue un seguidor del pensamiento empirista de Locke. Trató problemas de la educación y se aplicó a introducir el método lockeano a los problemas políticos y morales.

<sup>10</sup> D. DIDEROT (1713-1784) fue codirector de la *Enciclopedia* con D'Alembert.

<sup>11</sup> *Ibid.*, págs. 132 y 238; confr. VOLTAIRE, *Epistolario inglés*, Buenos Aires, El Ateneo, 2001, especialmente, el capítulo "Acerca de John Locke"; confr. igualmente P. LEPAPE, *Voltaire*, Buenos Aires, Emecé, 1998.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 477.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pág. 482.

<sup>14</sup> F. VAN DER MEER, *Panorama de la cultura occidental*, Madrid, Guadarrama, 1957, pág. 159.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, París, Hachette, 1826, "Notes sur l'Angleterre", pág. 470 y ss. Confr. D'ALEMBERT, *Éloge de Monsieur de Montesquieu. Analyse de l'esprit des lois*, Buenos Aires, 1948; confr. MONTESQUIEU, *Cartas persas*, traducción de José Marchena. Estudio preliminar de Josep M. Colomer, Madrid, Tecnos, 1986.

<sup>16</sup> Confr. capítulo primero.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, París, Garnier Hnos., 1926. Cabe hacer notar que en esta edición en español se definen las leyes diciendo que ellas "son las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas". Craso error de traducción, pues en la edición en francés de Hachette (edición de 1856) de las obras completas se dice que ellas son "les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses". Las relaciones, que suponen las leyes, por consiguiente, no son las "naturales", según Montesquieu, sino las "necesarias".

La concepción de ley en Montesquieu es sumamente amplia y tiene mucho de las leyes "físicas". Aun esa definición no ha perdido su matiz cosmológico y casi nada tiene del perfil de la *praxis* humana.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. XII y ss..

<sup>19</sup> *Ibid.*, Libro XI, Cap. VI, t. I, pág. 224. Dice la nota: Casi todo este capítulo, es decir, los principios contenidos en él, los sacó Montesquieu del *Tratado del gobierno civil* de Locke, Cap. XII.

<sup>20</sup> *Ibid.*, Libro XI, Cap., VI, t. I, págs. 224/238.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 238.

<sup>22</sup> *Revista Pouvoirs*, París, Puf, especialmente, el capítulo "Les expériences étrangères et la première constitution française", pág. 111.

<sup>23</sup> *Ibid.*, págs. 181/182.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pág. 251.

## AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA \*

por JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA \*\*

El tema del agotamiento de la vía administrativa está íntimamente vinculado con la posibilidad de iniciar juicios en contra del Estado. En otras palabras: con el derecho de solicitar el control judicial de la actividad administrativa.

Es un tema que apasiona y sobre el cual mucho se ha escrito en el pasado, se escribe en la actualidad y seguramente se escribirá en el futuro.

La posibilidad de demandar al Estado fue analizada por los convencionales constituyentes de 1853 donde se estableció que "... corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación el conocimiento y decisión... los asuntos en que la Confederación es parte...".

En la Convención Constituyente de 1860 se reemplazó a la "Confederación" por "Nación".

En un comienzo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó que el art. 100 de la Constitución Nacional hacía referencia a los casos en que el Estado era actor, ya que se consideraba que cuando la Nación fuera demandada los tribunales judiciales no serían competentes para conocer en esas acciones y entonces se decía, siguiendo a los Estados Unidos de Norteamérica, que: "... la Nación no puede ser arrastrada delante de ningún tribunal, a tal punto que si algún individuo se encuentra damnificado por algún acto de la Administración recurre al Congreso reclamando su indemnización..."<sup>1</sup>.

Entre 1863 y 1900 hubo varios casos de reclamos iniciados por particulares contra el Estado Nacional que debieron ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudiendo citar como ejemplo el asunto iniciado por los Sres. Vicente Seste y Antonio Seguich, dictándose sentencia el 26 de septiembre de 1864.

Allí se dice en uno de los considerandos: "*que es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste no pueda ser arrastrado ante tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder por sus actos y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ello puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y tiene por garantía su buena fe*".

"Que la facultad de juzgar supone la de emplear los medios de hacer obedecer las resoluciones que se dicten, y que de los tribunales nacionales ninguno tiene eficacia para someter al Jefe de la Nación a la obediencia de sus mandatos".

"*Que aun prescindiendo de esta consideración, la facultad de los tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones y condenarlo a pagos y reparaciones civiles, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente sometido al Congreso por el art. 67, inc. 6º...*"<sup>2</sup>.

Es por esa razón que el Congreso de la Nación se vio obligado a dictar algunas leyes individuales que autorizaban a particulares a presentarse ante los tribunales reclamando el pago de alguna suma de dinero por parte del Estado Nacional.

Puedo citar como ejemplo, la ley 675 por la que se autorizó a la firma "Aguirre, Carranza y Cía." a presentarse ante los tribunales para reclamar el pago de suministros efectuados en Córdoba al gobierno de la Confederación en 1861.

El 6 de octubre de 1900 se promulgó la ley 3952 por el que se estableció el reclamo administrativo previo cuando se demandase al Estado Nacional en carácter de persona jurídica y se mantuvo el procedimiento de la venia legislativa si se demandaba a la Nación en su carácter de persona de derecho público.

Se introdujo así en nuestro país la teoría de la doble personalidad del Estado <sup>3</sup>, una de derecho civil cuando realizase actos de gestión y otra de derecho público cuando realizara actos de autoridad en el ejercicio de su poder público y de los derechos de soberanía <sup>4</sup>.

En 1932 y debido a la iniciativa del senador por Salta Carlos Serrey se dictó la ley 11.634 que modificó el art. 1º de la ley 3952 en la siguiente forma: *“Los Tribunales Federales y los jueces letrados de los territorios nacionales, conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”*.

Cuando el proyecto pasó a la Cámara de Diputados, el diputado por la provincia de Mendoza Corominas Segura, dijo que la ley 3952 había dejado sin efecto la venia legislativa sólo para los asuntos civiles en los que el Estado había actuado como persona jurídica, pero la había mantenido para los actos ejecutados como poder público en ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, en estos casos, el Congreso debía prestar su consentimiento para poder demandar al Estado. Consideró que era innecesario continuar con este estado de cosas, por lo que pedía que se sancionara el proyecto tal como había sido aprobado en el Senado, y así se hizo.

En conclusión, el reclamo administrativo previo se estableció como un presupuesto procesal en demandas contra el Estado y quedó suprimido el procedimiento de la previa venia legislativa <sup>5</sup>.

La reclamación administrativa previa es un presupuesto procesal y la doctrina <sup>6</sup> no es muy pacífica para justificar el valor jurídico y necesario de la reclamación administrativa.

Hay quienes sostienen <sup>7</sup> que el origen de este requisito debe encontrarse en las viejas teorías que negaban en forma absoluta la posibilidad de demandar judicialmente al Estado, en especial cuando actuaba como poder público o en ejercicio de su soberanía.

Para justificar este reclamo administrativo se han dado los siguientes fundamentos: a) otorgar a la Administración el privilegio de no ser llevada a juicio sin aviso previo; b) dar una oportunidad a la Administración para que corrija sus errores a la luz de las observaciones que formula el particular; c) evitar que la Administración sea llevada a juicio por decisiones de sus órganos inferiores, tomadas a veces sin debida deliberación; d) reducir el número de casos que llegan a la instancia judicial permitiendo que la mayor cantidad posible alcance solución mediante el mecanismo más simple e informal de recurso administrativo; e) respetar la independencia de la Administración evitando interferir prematuramente en su proceso decisorio; f) permitir a la Administración investigar, registrar y evaluar los hechos aplicando sus conocimientos técnicos especializados, facilitando así la revisión judicial que gozará del beneficio de esa evaluación y de la compilación del expediente en sede administrativa <sup>8</sup>.

Así llegamos hasta 1972 en que se dicta la ley 19549, que fue proyectada por los Dres. Cozzi, Young y Escola que llenó un vacío legal que dificultaba enormemente la actuación ante la Administración Pública Nacional. Esta ley así como el decr. 1759/72 reglamentaron toda la actuación administrativa y establecieron los requisitos y caracteres del acto administrativo, sus vicios y nulidades y dispuso un procedimiento recursivo necesario para obtener de la autoridad competente de última instancia el reconocimiento o denegación del derecho reclamado a los fines de habilitar la instancia judicial mediante la acción contencioso administrativa <sup>9</sup>.

En otras palabras: esta ley estableció como requisito para poder iniciar una acción contencioso administrativa, que el acto impugnado cause estado <sup>10</sup>, o sea, el agotamiento de la vía administrativa <sup>11</sup>.

También estableció el reclamo administrativo previo para demandar judicialmente al Estado Nacional mediante una acción civil.

En consecuencia, en esta norma se establecieron dos procedimientos previos para demandar al Estado Nacional. Uno es la vía recursiva y el otro el reclamo administrativo.

Con relación al primero: la vía recursiva, se debe impugnar un acto administrativo de alcance individual a los fines de agotar la vía administrativa <sup>12</sup> y poder entablar una acción contencioso administrativa <sup>13</sup>. Si no se ha recurrido, el acto queda firme, aun cuando se hubiera

planteado y resuelto en cuanto al fondo una denuncia de ilegitimidad <sup>14</sup>, pues los plazos para recurrir una vez transcurridos no se restablecen <sup>15</sup>.

Con relación al acto de contenido general, el art. 24 de la ley 19.549 otorga la posibilidad de impugnarlo en forma directa o indirecta, ya que en este último caso es necesario la existencia de un acto individual que aplique el reglamento.

El art. 25 de esta ley estableció distintos plazos <sup>16</sup> que son considerados como plazos de caducidad por lo que vencidos éstos imposibilita accionar judicialmente <sup>17</sup>. Al respecto, la Corte Suprema ha dicho que los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo del art. 25 devienen firmes e irrevisables debido a la caducidad operada <sup>18</sup>.

En lo que respecta al reclamo administrativo previo <sup>19</sup> a la demanda civil se estableció que era necesario a los fines de poder demandar al Estado Nacional <sup>20</sup> y en dicho reclamo se deberá hacer conocer los fundamentos de hecho y de derecho tenidos en cuenta para una eventual demanda judicial. En otras palabras se exigió el principio de congruencia entre los fundamentos dados en sede administrativa y en sede judicial.

Para su presentación no había plazo salvo el de prescripción <sup>21</sup>.

Considero de interés advertir que para poder demandar al Estado para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por un acto administrativo ilegal, es necesario que así lo haya declarado previamente una sentencia, y en el supuesto que el mencionado acto no haya sido primero recurrido en sede administrativa y luego impugnado judicialmente dentro del plazo establecido en el art. 25, la demanda de daños y perjuicios resulta inadmisibles <sup>22</sup>. El art. 32 estableció que no era necesario la exigencia de reclamo cuando: a) se tratara de repetir lo pagado al Estado Nacional en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) se reclamaran daños y perjuicios contra el Estado o se intentara una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria; c) mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil; d) se demandara a un ente autárquico o a una empresa del Estado, o una sociedad mixta o de economía mixta, una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria o a una sociedad del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio.

Como se puede apreciar fueron tantas las excepciones, que la mayoría de los juicios se iniciaban sin el reclamo previo. Y cuando era necesario no había plazo de caducidad <sup>23</sup> para iniciar la acción judicial y el único impedimento era -reitero- que el derecho estuviese prescripto.

Cuando existía ya una jurisprudencia y doctrina <sup>24</sup> trascendentes sobre la interpretación de los distintos artículos de la ley 19.549 se dictó la ley 25.344 de “Emergencia económico-financiera” que modificó los arts. 30, 31 y 32 incluyendo a las entidades autárquicas dentro de los entes que no pueden ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo.

Se suprimió el párrafo que aludía a que podían introducirse por vía del reclamo aquellas cuestiones no planteadas por el particular y resueltas por la Administración, y las planteadas pero no resueltas.

Además se estableció con la modificación al art. 31 el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la ley 19.549 como si se tratara de recursos, limitando con ello considerablemente la posibilidad de demandar al Estado Nacional.

A su vez con la modificación introducida al art. 32 se han disminuido considerablemente las excepciones a su interposición que existían en su anterior redacción, quedando sólo reducida a dos: una es si se tratara de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente y la otra es si se reclamara daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

Con razón, esta reforma ha sido sumamente criticada por la doctrina <sup>25</sup> y es de esperar que haya una pronta reforma legislativa volviendo nuevamente a los arts. 30, 31 y 32 de la ley 19.549.

Me he preguntado si el reclamo administrativo previo es un requisito legal o tiene base constitucional <sup>26</sup>, y la respuesta ha sido que en el orden nacional no tiene fundamento constitucional y sólo tiene plataforma legal.

En cambio, en las provincias tiene fundamento constitucional y cito como ejemplo a la provincia de Córdoba en cuyo art. 178 expresamente se establece: “El Estado, los municipios y demás personas jurídicas públicas pueden ser demandadas ante los tribunales ordinarios sin necesidad de formalidad ni autorización previa de la Legislatura y sin que en juicio deban gozar de privilegio alguno. La actuación del Estado, los municipios y demás personas jurídicas públicas en el ejercicio de función administrativa, quedan sometidos al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa...”.

Por lo tanto, hoy no sólo en la Nación sino también en las provincias es necesario el agotamiento de la vía administrativa para poder demandar al Estado.

También me he preguntado si son válidos los fundamentos dados por la doctrina y la jurisprudencia para establecer como presupuesto procesal el agotamiento a la vía o, por el contrario, sólo sirven para alargar los trámites para que los particulares se desalienten, o complicarlos para que cometan errores formales y, en consecuencia, no se habilita la instancia judicial, olvidando que “afianzar la justicia” es un cometido estatal.

Soy de opinión que es necesaria una concepción del derecho adjetivo menos formalista y más preocupada por asegurar el imperio de la justicia y, en la consecución de ese objetivo, la “equidad” debe cumplir una función esencial, corrigiendo o atemperando el rigor de la norma procesal a los fines de lograr la “justicia” en el caso concreto.

Es necesario ponderar si la aplicación lisa y llana de la ley procesal no conduce a una solución inequitativa.

En la actualidad son muy pocos -casi ínfimos- los casos que ante un reclamo la administración corrige sus errores y evita un juicio, no sólo porque no reconoce su error, sino también porque es tan difícil llegar a una transacción con el Estado, porque son tantos los trámites que son necesarios realizar y tantas las opiniones favorables que se deben reunir que imposibilitan cualquier conciliación

Señoras y señores:

Deseo finalizar mi exposición con la siguiente reflexión:

Enseña el Eclesiastés, que

*“todo tiene su momento y cada cosa su tiempo bajo el cielo:*

*Su tiempo de nacer y su tiempo de morir;*

*Su tiempo el plantar y su tiempo el arrancar lo plantado;*

*Su tiempo el callar y su tiempo el hablar;*

*Su tiempo la guerra y su tiempo la paz... ”.*

Estoy convencido de que éste es el tiempo para reflexionar sobre la necesidad del agotamiento de la vía administrativa.

## Notas:

\* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Rosario el 24 de julio de 2007.

\*\* Miembro de número. Secretario 2007-2010.

<sup>1</sup> Jorge Tristán BOSCH, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Buenos Aires, Zavalía, 1951, pág. 308.

<sup>2</sup> Fallos t. I, pág. 319 y ss..

<sup>3</sup> Jorge H. SARMIENTO GARCÍA, “La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la instancia administrativa”, en *Estudios de derecho administrativo*, obra colectiva, Buenos Aires, Diké, 2004, t. X, pág. 191 y ss..

<sup>4</sup> Rafael BIELSA, *Derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1947, t. II, pág. 3 y ss..

<sup>5</sup> Juan Octavio GAUNA, “El proceso administrativo en el orden nacional argentino”, en *Derecho procesal administrativo*, obra colectiva, en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. I, pág. 40 y ss..

<sup>6</sup> Manuel María DIEZ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, t. VI, pág. 124 y ss..

<sup>7</sup> Bartolomé A. FIORINI, *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pág. 125.

<sup>8</sup> Héctor A MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. I, pág. 304

<sup>9</sup> Fernando GARCÍA PULLÉS, “El agotamiento de la vía administrativa”, L.L. 1993-A-1040 y ss..

<sup>10</sup> Guido Santiago TAWIL, *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, pág. 105 y ss..

<sup>11</sup> Julio Rodolfo COMADIRA, *Elementos de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 1.000.

<sup>12</sup> Laura MONTI, “El agotamiento de la vía administrativa”, en *Control de la administración pública*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 209 y ss..

<sup>13</sup> Cám. Fed. Cont. Adm., Sala I, 16/4/84, *in re*: “Raia”, L.L. 1985-E-402.

<sup>14</sup> C.S.J.N., 4/2/99, *in re*: “Gorordo Hallaría de Kralij, Haydée María”.

<sup>15</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala III, 14/5/85, *in re*: “Gómez”.

<sup>16</sup> Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA, “Los plazos en el derecho procesal administrativo”, en *Estudios de derecho administrativo*, obra colectiva, Buenos Aires, Diké, 2004, t. X, pág. 279 y ss..

<sup>17</sup> Mario REJTMAN FARAH, “Impugnación judicial de la actividad administrativa”, L.L. 2000-17.

<sup>18</sup> Sent. del 20/8/96, *in re*: “Alcántara Díaz Colodrero”, Fallos 319:1476.

<sup>19</sup> Tomás HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1987, t. I, pág. 530 y ss..

<sup>20</sup> María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo” en *Procedimiento administrativo*, obra colectiva, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pág. 133 y ss..

<sup>21</sup> Ana María BEZZI, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa”, en *Documentación administrativa*, obra colectiva, Madrid, 2004, N<sup>os</sup> 269-270, pág. 28 y ss..

<sup>22</sup> CNFed. Cont. Adm. en pleno, 24/6/86, *in re*: “Petracca e hijos S.A.”, E.D. 118-391.

<sup>23</sup> Juan Carlos CASAGNE, “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional”, E.D. t. 45, pág. 829 y ss..

<sup>24</sup> Agustín A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. 2, Cap. XII, pág. 8; Guillermo A. MUÑOZ, “El reclamo administrativo previo”, L.L. 1988-A-1048 y ss..

<sup>25</sup> Armando N. CANOSA, *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Buenos Aires, Abaco, 2001, pág. 61 y ss.; Daniel Fernando SORIA, “Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la administración” en *Derecho procesal administrativo*, obra colectiva, en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, t. I, pág. 807 y ss.; Pablo Esteban PERRINO, “Reclamo administrativo previo. La tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción”, en *Derecho procesal administrativo*, obra colectiva, en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, t. I, pág. 857.

<sup>26</sup> Alberto B. BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?”, L.L. 1995-A-397 y ss..

## DE REPRESENTANTES Y REPRESENTATIVIDAD

por LUIS E. MARTÍNEZ GOLLETTI \*

### I

Quisiera hacer un comentario sobre la representatividad de los senadores nacionales después de la reforma constitucional de 1994, la cual, con la sanción del art. 54 de la Constitución, impuso un cambio sustancial en el modo de elegir a estos senadores.

Me ha servido para la elaboración de este estudio el Preámbulo de la Constitución, sus arts. 44, 54, y 121, y de algunas disposiciones del Código Civil que en su momento se verán; algunos principios de la lógica formal y los dictados del sentido común

\*\*\*

Así planteado el tema, me parece importante señalar de entrada que la inclusión de aquel art. 54 fue causada por razones políticas antes que doctrinarias. La mejor demostración de ello fueron los prolegómenos de aquel “Pacto de Olivos”, que abriera el camino a la reforma constitucional antes mencionada.

Dejando de lado lo demás de dicha reforma, nos centraremos en el estudio de ese texto, que prescindió de las legislaturas locales, reemplazándolas por el voto del pueblo provincial y capitalino. Dice así:

*“El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto”.*

### II

Cuando Juan Bautista Alberdi estaba en la redacción de su obra *Bases y puntos de partida para la organización política de la República* (en adelante, las *Bases*)<sup>1</sup>, advirtió que debía legislar para una sociedad fuertemente dividida entre las dos fracciones políticas entonces más importantes de la sociedad argentina, la de los “unitarios” y la de los “federales”.

Advirtió al mismo tiempo que para alcanzar la pacificación y la unidad que perseguía, era de todo punto necesario “amalgamar” -la expresión es de Alberdi- en una sola unidad aquellas dos fracciones hasta entonces irreconciliables.

En el capítulo XIX de su libro Alberdi eligió como forma de gobierno el “democrático, representativo, federal” (art. 2º de su proyecto); dando de inmediato sus razones: 1ª) la República Argentina “será y no podrá menos de ser, un Estado federativo, una República nacional, compuesta de varias provincias, a la vez independientes y subordinadas al gobierno general, *creado por ellas*”; 2ª) “una federación concebida de este modo tendrá la ventaja de reunir los dos principios rivales en el fondo de una  *fusión*, que tiene su raíz en las condiciones naturales e históricas del país”, y 3ª) “la idea de una unidad pura debe ser abandonada de buena fe, no por vía de concesión sino por convencimiento”<sup>2</sup>.

Extraordinaria lucidez la suya. Sobre esos presupuestos construyó el entramado de un proyecto de constitución, al que concibió como un sistema “mixto” que habría de unir aquellas dos tendencias, la unitaria y la federal, dejándonos una sola nación.

El secreto de esa forma mixta de gobierno está explicado en el capítulo XXII de sus *Bases*: “la división del cuerpo legislativo general en dos cámaras: una destinada a representar ‘a las

provincias en su soberanía local', *debiendo su elección, en segundo grado a las legislaturas provinciales*, 'que deben ser conservadas'; y la otra que, *debiendo su elección al pueblo de toda la República*, represente a éste, sin consideración a localidades, y *como si todas las provincias formasen un solo Estado argentino*".

Ese sistema fue recogido por la Constitución Nacional de 1853 y superó las reformas constitucionales de los años 1860, 1866, 1898 y 1957. Sobrevivió asimismo a la Constitución de 1949; luego derogada por la Revolución Libertadora de 1955; para recibir, finalmente, su partida de defunción con la reforma constitucional de 1994, entre las cuales se incluyó el ya citado art. 54, en el que se dispone que la elección de los senadores nacionales en forma indirecta por las legislaturas locales sea sustituida por una elección "en forma directa y conjunta". No se dice "quién elige"; pero el resto del artículo, en cuanto remite a los resultados que obtengan los partidos políticos en cada elección, permite establecer, sin lugar para el error, que los senadores nacionales son elegidos ahora por el pueblo de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires.

Quedaría por determinar si las bancas pertenecen a quienes resulten elegidos o a los partidos políticos de donde ellos provienen.

En cuanto a esto, el sentido del texto no es claro, porque usa una palabra equívoca: donde dice "correspondiendo", esta voz tiene sentido, tanto de pertenencia como de correlación entre los partidos ganadores y el número de bancas a adjudicar.

En una palabra, "correspondencia" puede significar tanto "pertenencia", como "modo de corresponder" una cosa con otra. De ahí que algunos hayan pensado que la banca "pertenece" al partido político, lo cual es un error pues ellas son de la Nación, de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, según se trate de senadores o de diputados. Aquí hablamos de "pertenencia".

¿En cuál sentido la ha tomado el art. 54?

Sobre esta cuestión hay con un importante informe legislativo del constitucionalista Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en ese momento diputado nacional y presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación (sesiones ordinarias, año 1987, Orden del día N° 1247). En él, el Dr. Vanossi dictamina: "Mientras la Constitución sostenga claramente que los representantes lo son de la Nación (o de las provincias para el caso de los senadores) [...] sólo mediante una reforma constitucional podría incorporarse al texto constitucional la pertenencia de las bancas a los partidos".

Grave oficio es el de legislar, donde el uso de las palabras debe ser muy estricto, para no dar lugar a confusiones. Se contaba que S.S. Pablo VI, cuando hablaba, era como si se detuviera un segundo para elegir en una cesta de palabras entre varias de un valor casi igual <sup>3</sup>, según el artículo.

Comparto el punto de vista del ilustrado constitucionalista; pero apelo a la lógica y a la concordancia y me pregunto: si, según el art. 44, la Cámara de Diputados es "de la Nación" y a ellos los elige "el pueblo de Nación"; y si, según ese mismo texto constitucional, los senadores nacionales son "de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires", como muy bien lo señala el Dr. Vanossi; ¿en razón de qué fundamento lógico estos últimos pueden ser elegidos, "en forma directa y conjunta", por "el pueblo de las provincias (y de la ciudad de Buenos Aires), y no "por ellas mismas" sino "por sus pueblos"? Todas son "personas jurídicas públicas", y sus representantes no son "su pueblo" sino "sus legislaturas y sus gobernadores y el jefe de Gobierno, según se trate de una provincia o de esa ciudad". ¿Y qué decir de la ajenidad con que intervienen -¡y con qué importancia!- los partidos políticos en la determinación de quiénes habrán de ser los senadores elegidos al final de todo el proceso electoral?

Claramente puede advertirse, entonces, que siendo la representación política una especie de "mandato" tomado del derecho privado <sup>4</sup>, al quedar eliminada del art. 54 la función de las legislaturas locales, queda interrumpida la relación "representado -(provincias o ciudad de Buenos Aires)- representantes (los senadores)" se interrumpe la relación "representado-representante", siendo inescindible una de otra.

¿Inadvertencia? Seguramente que no, sino *consecuencia* del móvil político que motorizara el Pacto de Olivos, antesala de la convención de 1994: la búsqueda de una nueva reelección



presidencial; como contrapartida, atenuación de los poderes del presidente de la Nación con la creación de la figura del jefe de Gabinete y sus importantes atribuciones: la elección de un tercer senador con el fin de fortalecer las minorías parlamentarias.

Creo que estos ejemplos son suficientes: *do ut des...*

### III

Entrando ahora al análisis del art. 54, lo primero que se advierte es que Alberdi, en el proyecto de constitución desarrollado en sus *Bases*, así como en el capítulo XXII de su obra, se ocupa primero del Senado de la Nación y, recién después, de la Cámara de Diputados.

En la Constitución que se reformó, ese orden de prelación se encuentra invertido (art. 44).

Pienso que el orden fijado por Alberdi no fue casual, así como su inversión posterior tampoco lo fue. Creo que, con ese simple recurso, Alberdi quiso privilegiar a las provincias dentro del sistema federal de gobierno que había elegido. Al fin y al cabo, ellas habían hecho posible la unión nacional: "... por voluntad y elección de las provincias que la componen [a la Nación]", se dijo en 1853.

En el Cap. XXII de sus *Bases*, Alberdi, respetando el mismo orden, se vale de una figura literaria: dos cámaras que serán "el eco de las provincias y el eco de la Nación"<sup>5</sup>. La intencionalidad es manifiesta.

Pero dice más Alberdi cuando agrega: "*Congreso federativo y nacional a la vez, cuyas leyes serán la obra combinada de cada provincia en particular y de todas en general*". Hacen falta las dos: primero las provincias y, además, la Nación: ambas deben ser escuchadas.

Ahora, con el nuevo art. 54, ese equilibrio se ha roto: las dos cámaras son elegidas del mismo modo, por el pueblo; en tanto que la representatividad de las provincias se ha trasladado a un tercero: el "pueblo" de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, que es quien elige a esos senadores.

En una palabra: en el art. 54 incorporado por la reforma constitucional de 1994, ya no hay consecuencia de pensamiento con la Constitución de 1853.

Y ello no es bueno: las autonomías provinciales han quedado debilitadas en la misma medida que ya no pueden elegir a sus propios senadores nacionales sino que se los eligen terceras personas: el pueblo de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires.

Del mismo modo, tampoco se les respeta a las provincias la reserva del art. 121.

Otro dato igualmente reñido con el sentido común y la lógica: las provincias y la ciudad de Buenos Aires, en cuanto tales, son personas jurídicas de carácter público que pueden expresar su voluntad por intermedio de los elegidos ahora según el art. 54. Pero ocurre que siendo cada provincia una "sola" persona jurídica, y teniendo ésta tres senadores de dos partidos distintos, si los tres votan de acuerdo con sus preferencias políticas de manera diferente, ¿cuál será la expresión de voluntad de esa "única" persona jurídica Provincia, que es la que está votando si, como dice el texto que se está cuestionando, "Cada senador tendrá un voto?". Responder que, en ese caso, la provincia tendrá dos votos contrarios para exteriorizar una "única" voluntad, siendo, como es, una "única" persona jurídica, no parece que sea una respuesta "congruente".

### IV

Cierto es que existen precedentes de soluciones similares a la aportada por el art. 54.

El primero que suele traerse a colación, es la Enmienda XVII, introducida en 1913 a la Constitución de 1789 de los Estados Unidos. Y el segundo, la Enmienda Lanusse, efectuada a la

Constitución Nacional por el presidente *de facto* Alejandro Agustín Lanusse, cuando éste convocó a elecciones para volver al orden constitucional.

Para valorar la pertinencia de esos precedentes es menester atender a las circunstancias que los causaron; pues, si las causas fueron distintas, no valen como precedentes.

En el caso de los EE.UU., el hecho determinante fue la inacción y los disturbios que en aquellos tiempos caracterizaban el accionar de las legislaturas estatales, todo lo cual dilataba *sine die* las elecciones locales, lo que, a su vez, repercutía negativamente en el funcionamiento del Congreso de la Unión. La respuesta de los norteamericanos fue congruente: si las legislaturas perjudicaban el buen orden de la nación, pues suprimase la intervención de las legislaturas causantes de los disturbios y nómbrense esos legisladores mediante el voto directo del pueblo americano. Fueron así prácticos, dando una solución directa al problema que los aquejaba.

En el caso de la Enmienda Lanusse el problema fue otro: no se podía elegir a los senadores nacionales de la manera establecida en la Constitución porque, como consecuencia del hecho militar, las legislaturas locales habían entrado en receso. Ante ello, dada la decisión del gobierno militar de normalizar el país dando término al régimen *de facto*, en reemplazo de las inexistentes legislaturas, en ese momento, y para salir del paso, se apeló al voto directo de la ciudadanía de cada provincia; quedando de ese modo superada la transitoria dificultad. Fue una solución de circunstancias pues, superado el problema, en las elecciones posteriores se volvió al sistema de elecciones por intermedio del voto de las legislaturas locales de senadores “de las provincias” en el Congreso nacional.

Pero en 1994, las razones para actuar fueron exclusivamente políticas; de manera tal que el propósito de dejar de lado las legislaturas locales perdió su razón de ser, desapareciendo, al mismo tiempo, una razón “suficiente” para dar su apoyo al nuevo sistema elegido.

Consecuentemente, aquellos precedentes antes mencionados, en los tiempos de la convención de 1994 no pueden ser invocados como precedentes para justificar el cambio producido el año de 1994 en el modo de elegir senadores de las provincias en el Senado “de las provincias”; terreno, éste, donde los que cuentan no son los intereses “políticos” ni las conveniencias “personales”, sino “el federalismo”.

En esto que digo, quiero apoyarme en los romanos y en la palabra de un maestro, el profesor Eduardo B. Busso: “*Llegando a cesar la razón o el motivo de la ley, cesa la ley o su disposición*”<sup>6</sup>.

## V

La pretensión de excluir a las legislaturas locales se encuentra prohibida por la propia Constitución Nacional, pues es el art. 121 de la Constitución. el que establece que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal”. Esta atribución de delegar en el pueblo local la potestad de elegir los senadores nacionales de las provincias, o a la ciudad de Buenos Aires, no ha sido delegada; ni lo establece ninguna cláusula constitucional anterior a la convención de 1994.

¿Cuál puede ser, entonces, justificar el art. 54?

No se diga que hay de por medio una determinación “soberana” de la convención reformadora de 1994. Si existiera, o si se tratase de un derecho tácito de toda convención reformadora, esto tampoco podría admitirse, por ilógico, toda vez que, al razonar de este modo, la convención estaría avanzando unilateralmente sobre la voluntad de las provincias; y al mismo tiempo se estaría incurriendo en una “petición de principio”, al dar por probado lo que se tiene que probar: que las provincias y la ciudad de Buenos Aires han hecho renuncia a la reserva del art. 121 de la Constitución. Esta última afecta derechos inalienables de las provincias en la

misma medida que fue condición *sine qua non* de la Unión nacional. Recuérdese una vez más el Preámbulo: "... por voluntad y elección de las provincias que la componen". Las provincias son también soberanas en sus poderes no delegados a la Nación. Por lo tanto, las elecciones de senadores que en estos momentos se vienen haciendo "en forma directa y conjunta" son absolutamente "írritas", así como "oficiosas", por tratarse de elecciones efectuadas por los pueblos de cada provincia y de la ciudad de Buenos Aires que, al proceder así se están entrometiendo "en oficio o negocio que no les incumbe". Que la convención haya podido declararse soberana para legislar de esa manera, no significa que con ello pueda avanzar sobre poderes no delegados por las provincias, despojándolas de su derecho a designar sus senadores nacionales. despojar de un derecho propio no delegado por los Estados locales. Pienso que este modo de razonar no guarda ni lógica ni congruencia.

Por lo tanto, parece necesario volver atrás, derogando el art. 54 y volviendo a dejar en manos de las legislaturas locales la designación de sus senadores nacionales. Ellas son las verdaderas representantes de las provincias. No sus pueblos, ni los partidos políticos ponen la elección de esas magistraturas en manos de sus verdaderos mandantes, las legislaturas locales. poderdantes, pues son ellas, las provincias y la ciudad de Buenos Aires las únicas facultadas a elegir a quienes vayan a representarlas en el Senado.

Un simple silogismo lo demuestra:

**Premisa mayor:** *Si el Senado nacional es "de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires" (art. 44 de la Constitución);*

**Premisa menor:** *Y si las provincias y la ciudad de Buenos Aires son "personas jurídicas públicas" (art. 33.1 C.C.) que sólo actúan "por el ministerio de los representantes que sus leyes les hubiesen constituido" (las legislaturas y gobernadores en el caso de las provincias, y su legislatura y jefe de Gobierno en el caso de la ciudad de Buenos Aires).*

**Conclusión:** *la elección de sus senadores nacionales "en forma directa y conjunta" no resulta viable en razón de que, ni el pueblo, ni los partidos políticos, son los únicos representantes "legales" de las personas jurídicas públicas "provincias" y "ciudad de Buenos Aires".*

Consecuentemente, la cuestión en estudio sólo puede resolverse con una nueva convención reformadora que, derogando el art. 54, retorne al sistema anterior. Por razones de practicidad, una disposición transitoria mantendrá hasta el término de sus mandatos a los actuales senadores nacionales.

Con lo cual recuperaremos la representatividad del Senado.

Notas:

\* Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Estamos usando la edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomada de la segunda de las dos ediciones publicadas por Alberdi y publicada en Córdoba, en el 2002.

<sup>2</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos...*, págs. 94/95.

<sup>3</sup> Jean GUITTON, *Diálogos con Pablo VI*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 1967, pág. 152.

<sup>4</sup> Salvador M. DANA MONTAÑO, *La participación política y sus representantes*, Buenos Aires, Victor de Zavalia, 1971, capítulos X y XII.

<sup>5</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos...*, pág. 110.

<sup>6</sup> Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1944, t. I, pág. 147, N°

# EL CONTROL EMPRESARIO SOBRE EL CORREO ELECTRÓNICO LABORAL \*

por CARLOS ALBERTO LIVELLARA

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Derechos y deberes en cuestión. a. Facultades del empleador. b. Derecho a la intimidad del trabajador. c. Deberes comunes de las partes. III. Algunos antecedentes sobre el tema que brinda el derecho comparado. IV. Anteproyecto de ley de protección jurídica del correo informático. V. Primeros pronunciamientos sobre el uso indebido del e-mail laboral como causal de injuria laboral. VI. Consideraciones finales.

## I. Introducción

En la actualidad, el correo electrónico se ha transformado en una herramienta de trabajo indispensable para la mayoría de las empresas, para facilitar la comunicación entre su personal o con relación a terceros (clientes, proveedores, etc.), dentro del ámbito de la actividad y de las necesidades propias de las tareas encomendadas al trabajador <sup>1</sup>.

Sin embargo, el correo electrónico suministrado por la empresa, no debería ser utilizado para cuestiones particulares (lo que afectaría su productividad), ni en forma abusiva o negligente, que pudiera acarrear alteraciones al sistema (por ej., incorporación de virus o salida de información reservada de la empresa, etc.) <sup>2</sup>.

Tal cuestión suscita a nivel doctrinario y jurisprudencial nacional como del derecho comparado un debate significativo sobre si la empresa puede *controlar o verificar el uso efectuado por el trabajador del correo electrónico o e-mail*, suministrado por aquella con fines laborales o si ello implicaría una intromisión ilegítima en la privacidad del trabajador <sup>3</sup>. Al respecto, debe aclararse que queda fuera de la controversia, el ***correo electrónico particular del trabajador***, por cuanto cualquier fiscalización que hiciere el empleador sobre él, afectaría gravemente su derecho a la intimidad y debe ser desechada <sup>4</sup>.

Para una mejor comprensión del debate y contribuir a su dilucidación hemos de dar nociones generales sobre los derechos en juego, mencionando algunos antecedentes del derecho comparado y las principales orientaciones jurisprudenciales, para luego arribar a algunas conclusiones al respecto <sup>5</sup>. Es que como ha señalado con acierto Mercader Uguina: <sup>6</sup> “*la finalidad que debe perseguirse no es otra que una adecuada ponderación de los intereses en juego entre la adecuada vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y la adecuada consecución de los fines empresariales*”.

## II. Derechos y deberes en cuestión

En primer lugar, debemos esquematizar los derechos y deberes de las partes que operan en tales circunstancias.

### a. Facultades del empleador

En cuanto al *empleador*, como acreedor de la prestación laboral (art. 37 L.C.T.), tiene derecho a que el trabajador preste el servicio “con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se provean” (art. 84 L.C.T.), y que por ende, los instrumentos que se le provean para el cumplimiento de la tarea, (como es el acceso a los medios informáticos) sean empleados para la realización del trabajo. A su vez, como titular de las facultades jerárquicas <sup>7</sup>, que la legislación le reconoce (arts. 64/68 L.C.T.) podrá, entre otras facetas, controlar la adecuada y oportuna prestación del trabajo, pero encauzando su ejercicio dentro de pautas de razonabilidad y prudencia, en salvaguarda de la

dignidad del trabajador. Así, la facultad de dirección deberá ejercerse “con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador” (art. 65 L.C.T.). En cuanto a la facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo (*ius variandi*), se establece que no podrán hacerse cambios que importen “un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador” (art. 66 L.C.T.). La aplicación de medidas disciplinarias deberá ser proporcionada a “las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador” (art. 67 L.C.T.). En el ejercicio de todas estas facultades, además de cumplir las normas que la propia ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas y los reglamentos internos de las empresas contengan, “se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho” (art. 68 L.C.T.). Por otra parte, con relación a los controles personales <sup>8</sup> que puede establecer la empresa en protección de sus bienes y para evitar sustracciones por parte del personal, “deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal”, exigiendo que los controles al personal femenino sean cumplimentados por personas de su mismo sexo (art. 70 y ss. L.C.T.).

#### *b. Derecho a la intimidad del trabajador*

A su vez, el trabajador, cuya obligación principal, como queda dicho, radica en la prestación del servicio, tiene derecho al respeto de su dignidad personal y, en especial, que se le reconozca su derecho a la intimidad.

El respeto a la esfera privada del trabajador, o su derecho a la intimidad, ha sido considerado como un tema que “debe ser calificado de estelar dentro del que hacer doctrinal más actual” de los estudiosos del derecho laboral <sup>9</sup>, y ha motivado importantes análisis <sup>10</sup>, aunque su desarrollo a nivel legislativo y jurisprudencial es de reciente data.

Al respecto, debe recordarse que ya la Constitución Nacional argentina, en su primera parte, no reformada en 1994, incluye algunos preceptos que pueden ser considerados como reconocedores del derecho a la intimidad dentro de un concepto tradicional. Así, el art. 18 **declara inviolable al domicilio, a la correspondencia epistolar y a los papeles privados**. Por su parte, el art. 19 admite un ámbito de privacidad de los ciudadanos al consagrar que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En doctrina, algunos autores consideran que estos artículos receptan el derecho a la intimidad en su concepción tradicional <sup>11</sup>; en cambio, para otros, antes de la reforma de 1994, este derecho **debía ubicarse entre aquellos derechos no enumerados** por la Constitución Nacional <sup>12</sup>.

En cuanto a las normas de derecho privado, sobre el tema, el Código Civil vigente desde 1871 nada preveía respecto al derecho a la intimidad de las personas. Recién en 1974 se introdujo primero como art. 32 bis y luego por la ley 21.173 se lo incorporó como art. 1071 bis, del Código, que dispone: “el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiere cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuera procedente para una adecuada reparación”.

A partir de la existencia de esta normativa de derecho privado, en nuestro país se ha ido desarrollando una importante jurisprudencia y una amplia bibliografía sobre el tema <sup>13</sup>.

No obstante que en general se señalan las dificultades de resumir en un solo concepto el derecho a la privacidad o a la intimidad, en la doctrina civilista argentina, que se ha desarrollado sobre todo a partir de la incorporación del art. 1071 bis del Código Civil, ha ido elaborando diversas definiciones que coinciden en sus aspectos esenciales. Así, para Díaz Molina, *“es el derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad”* <sup>14</sup>. Para Goldenberg, es el derecho que permite al individuo preservar, mediante acciones legales su intimidad, es decir, la parte no comunicable de su existencia <sup>15</sup>. A su vez, Cifuentes destaca que este derecho personalísimo *“permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”* <sup>16</sup>. También, Zavala de González pone de manifiesto que es un derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida del hombre, asegurando su libre desenvolvimiento en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos <sup>17</sup>.

La Corte Suprema de Justicia Nacional considera que el derecho a la intimidad *“protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad”* <sup>18</sup>, y que *“comprende no sólo a la esfera doméstica y al círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”* <sup>19</sup>. También la Corte ha dicho que el derecho a la intimidad *“actúa contra toda injerencia”* o *“intromisión”, “arbitraria”* o *“abusiva”* en la *“vida privada”* de los afectados (conf. arts. 75 inc. 22 C.N.; 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1071 bis C.C.)” <sup>20</sup>. A su vez, el Tribunal Constitucional de España, ha interpretado el derecho a la intimidad como el reconocimiento *“de la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”* <sup>21</sup>.

Si bien no encontramos alusiones específicas al derecho a la intimidad, en la ley de contrato de trabajo, de 1974 (ley 20.744 y sus reformas), dicho ordenamiento general contiene varias normas tendientes a asegurar el respeto debido a la dignidad del trabajador, la preservación y mejora de sus *“derechos personales”*, así como para evitar todo daño, no sólo en su salud física, sino también en su personalidad moral, e igualmente se pondera el aspecto familiar del trabajador, todo lo cual posibilita que en la práctica y también por vía doctrinaria y jurisprudencial, se admita el derecho al respeto de la privacidad o intimidad del trabajador. (Título II, Cap. VII, de la L.C.T.) <sup>22</sup>.

Luego con la reforma constitucional de 1994, el derecho a la intimidad adquiere jerarquía constitucional de los tratados y declaraciones de derechos humanos, enumerados en el art. 75 inc. 22 C.N.; se refieren al derecho a la intimidad, los siguientes:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1946), en su art. V dice: *“toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*;

b) en la Declaración Universal de Derechos Humanos (N.U., 1948) en el art. 12 se consagra: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*;

c) igual texto se receipta en el art. 11, ap. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969) y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966).

Además, dentro de las garantías constitucionales introducidas por la reforma constitucional de 1994, se incorpora como novedad el *habeas data* o derecho de toda persona a interponer la acción de amparo “para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos” (tercer apartado del art. 43 C.N.). Esta garantía constitucional está implementada legislativamente a través de la ley 25.326 de protección de los datos personales.

Por último, la ley 25.212, que establece un nuevo régimen nacional unificado de sanciones laborales, incluye entre las infracciones consideradas como “muy graves” a las que deriven de actos del empleador contrarios a la intimidad del trabajador. Entre ellas, en el art. 4º, con relación a las infracciones muy graves, en el inc. b) se incluyen “los actos del empleador contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores”. A su vez, en el art. 5º se establece que las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de pesos mil (\$ 1.000) a pesos cinco mil (\$ 5.000) por cada trabajador afectado por la infracción.

### *c. Deberes comunes de las partes*

La L.C.T. en el Título II, Capítulo VII, en lo relativo a los derechos y deberes de las partes, pondera los deberes éticos o de conducta de las partes al establecer la buena fe, la colaboración y solidaridad como premisas fundamentales que deben orientar el actuar de ambas partes del contrato de trabajo (arts. 62, 63 y concs. L.C.T.).

La L.C.T. se ha ajustado a estos principios, al establecer las reglas generales sobre la actuación de las partes del contrato de trabajo, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. Por de pronto, ambas están obligadas, no sólo a lo que surge de los términos expresos del contrato, sino a “todos aquellos comportamientos” que sean consecuencia de él, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas “apreciados con criterio de colaboración y solidaridad” (art. 62 L.C.T.). Pero, además, están obligadas a obrar de buena fe, “ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo” (art. 63 L.C.T.).

En la actualidad, la buena fe no es una simple norma de la cual derivan diversas obligaciones, sino que asume el carácter de un principio jurídico fundamental, que informa la totalidad del ordenamiento jurídico, y aflora expresamente en múltiples y diferentes normas, aunque no siempre se le mencione en forma expresa<sup>23</sup>.

A diferencia de los juristas de la antigüedad, que sólo admitían los efectos de la buena fe en los casos en que expresa y literalmente el ordenamiento jurídico aludía a ella, “se la ve ahora como principio general, informante de la totalidad de la regulación con características de postulado moral y jurídico”<sup>24</sup>.

La L.C.T. al igual que lo que ocurre con el Código Civil (art. 1198), incorpora explícitamente el principio de la buena fe contractual, como principio rector de la actuación de ambas partes. Tanto el empleador como el trabajador deben ajustar su comportamiento a esa regla general, al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación de trabajo (art. 63 L.C.T.).

Es que la buena fe tiene, en el derecho laboral una significación muy especial, por el componente personal que existe en esta rama jurídica. El contrato de trabajo, como he señalado, no crea sólo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también una vinculación personal, que, al prolongarse en el tiempo, necesita de la confianza y lealtad recíproca de las partes, quienes deben actuar de buena fe para lograr el normal y armónico desarrollo de la relación<sup>25</sup>.

Por eso Plá Rodríguez dice que “*la justificación y la aplicación de este principio en el contrato de trabajo tiene una significación, una duración y una necesidad muy superiores a la que puede tener en contratos que se agotan en un intercambio único de prestaciones o en una simple correspondencia de prestaciones materiales*”<sup>26</sup>.

La ley de contrato de trabajo, en la formulación relativa al principio de la buena fe contractual, adopta también un *estándar jurídico*, o sea fórmulas de carácter general, de las que los jueces harán aplicación según las circunstancias de cada caso, y que a su vez posibilitan suficientemente la flexibilidad interpretativa, como para adecuar tales exigencias a la evolución de las valoraciones de la comunidad, que los usos sociales y las buenas costumbres reflejan<sup>27</sup>. Así, el ya citado art. 63 exige a las partes que adecuen sus conductas a los *tipos sociales medios de buen empleador y de buen trabajador*<sup>28</sup>.

Las figuras genéricas adoptadas por la L.C.T., con su contenido moralizador de la relación, permiten confrontar las múltiples situaciones que se pueden presentar, con los referidos “tipos”, que responden a la conciencia social media, teniendo presente que también en materia laboral, el principio de la buena fe contractual es comprensivo tanto de la *buena fe objetiva* (lealtad y probidad), que exige un “honesto y escrupuloso” cumplimiento de las obligaciones contractuales, como de la *buena fe subjetiva* (creencia o confianza), que los orienta a actuar verosímelmente de acuerdo con lo que entendieron o pudieron entender<sup>29</sup>.

De este modo, la buena fe aparece como *módulo regulador* de la conducta de ambas partes, siendo tan importante la buena fe que debe demostrar el empleador como la que debe inspirar al trabajador. Consecuentemente, esta idea directriz que debe presidir la conducta de ambos, comprende, explícita y respalda todas las obligaciones que emanan de su contenido, pero las trasciende, porque sirve para orientar al intérprete, y de algún modo también viene a suplir, en los casos concretos, las omisiones en que pudo incurrir el legislador<sup>30</sup>.

### III. Algunos antecedentes sobre el tema que brinda el derecho comparado

A nivel internacional se registran algunas experiencias que resultan ilustrativas. Una investigación realizada por la *American Management Association* (Asociación de Administraciones Empresarias de los Estados Unidos), de Nueva York, que incluyó a 1.626 pequeñas y medianas empresas norteamericanas, determinó que casi el 80% de ellas habitualmente controla el correo electrónico de sus empleados, así como sus llamadas telefónicas y sus conexiones a Internet. Se observó que las compañías tendían más a realizar controles al azar en determinados sectores, en lugar de vigilar durante las 24 horas la emisión y recepción de mensajes o llamadas telefónicas, o el uso de Internet<sup>31</sup>.

A su vez, la jurisprudencia de los distintos países presenta diversos enfoques. En Francia, la Sala con competencia en Derecho Social de la Corte de Casación francesa, revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de París que había desestimado la pretensión indemnizatoria por despido. Para arribar a tal solución sostuvo, fundándose en el art. 8° de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales; el art. 9° del Código Civil; el art. 9° del Código de Procedimiento Civil y el art. L. 120-2 del Código del Trabajo, que “*el trabajador tiene derecho, incluso en el horario y lugar de trabajo, al respeto de la intimidad de su vida privada [...] incluso para el caso en que el empleador hubiera prohibido una utilización no profesional de la computadora*”. Esto por cuanto, en ausencia del trabajador, fue abierto y grabado en un *diskette* el archivo “personal” y el archivo “fax” de la computadora puesta a su disposición. Documentos obtenidos ilícitamente, según la opinión del procurador general, sobre todo si se tiene en cuenta que “*no había horarios y, entonces, el trabajador podía consagrar algunos minutos a sus actividades personales dentro del ámbito de la empresa*”<sup>32</sup>. En cambio, en España, el Tribunal Superior de Justicia Regional de Cataluña, Sala Social, registra pronunciamientos en los cuales se ha considerado justificado el despido de trabajadores, en un caso, por emplear reiteradamente con fines personales el correo electrónico provisto por la empresa, comprometiendo la actividad laboral de otros empleados<sup>33</sup>, y en otro,



por acceder durante la jornada laboral a páginas de ocio en Internet, si tanto por su frecuencia como por su contenido ajeno a la finalidad de sus cometidos profesionales, no puede considerarse como un instrumento de búsqueda de información sino por el contrario una forma lúcida de ocupar el tiempo de trabajo <sup>34</sup>.

Otro antecedente digno de mención son las normas dictadas en el Reino Unido que permiten el control de los correos electrónicos de los empleados por parte de las empresas. Así, el 24 de octubre de 2000 entraron en vigor las *Lawful Business Practices Regulations, en desarrollo de la Regulation of Investigatory Power Act 2000*, aprobada por el parlamento británico en el mes de julio de dicho año, que autorizan a la empresa a controlar y gravar cualquier llamada telefónica, correo electrónico o la navegación por Internet sin consentimiento del trabajador, siempre que la finalidad de tal interceptación encaje en alguno de los supuestos que determinan. Entre otros, comprobar el cumplimiento de los códigos de conducta establecidos por la empresa respecto de las comunicaciones, detectar si las comunicaciones recibidas son privadas o de trabajo, el interés de la seguridad nacional, la prevención de delitos o investigar el uso incorrecto de los sistemas de telecomunicaciones. Como condición para la legalidad de la actuación se impone que el controlador del sistema de las telecomunicaciones haya realizado todos los esfuerzos razonables para informar a los potenciales usuarios de la posible interceptación. En cuanto a la interceptación consentida por el trabajador, nada se dice puesto que se entiende autorizada <sup>35</sup>.

#### **IV. Anteproyecto de ley de protección jurídica del correo informático**

En nuestro país existe un anteproyecto de ley de protección jurídica del correo informático, que por Resolución 333/2001 de la Secretaría de Comunicaciones fue remitido en consulta a diversas instituciones especializadas como la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Colegio Público de Abogados, Cámara de Informática y Comunicaciones de la República Argentina, etc. Luego dicho texto fue incorporado a diversos proyectos de ley, uno de los cuales está actualmente en trámite parlamentario. En tal documento se considera *correo informático* toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras (art. 1º) y que a tales efectos el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar. Se determina, además, que la protección abarca su creación, transmisión y almacenamiento (art. 2º). En el art. 3º se establece que cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarios para su uso. El empleador está facultado para controlar la información que se transmita por medio de dicho correo y, en su caso, prohibir su uso para fines personales (art. 3º párr. 2º). Por último, el anteproyecto determina que el ejercicio de estas facultades por parte del empleador, así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral, deberá ser notificado por medio fehaciente al trabajador al momento de poner a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior como requisito previo a su ejercicio (art. 3º, párr. 3º) <sup>36</sup>.

#### **V. Primeros pronunciamientos sobre el uso indebido del e-mail laboral como causal de injuria laboral**

A nivel jurisprudencial, se han producido los primeros pronunciamientos sobre el tema, en los cuales se ha debatido si el uso indebido del e-mail durante el horario de trabajo era causal de injuria que habilitaba el despido con causa. Para presentar, las principales orientaciones jurisprudenciales hemos de considerar diversos fallos dictados por salas de la Cámara Nacional del Trabajo (CNTrab.).

Así, *se consideró procedente el despido*, entre otros casos, por la Sala X, en la causa “García, Delia María del Rosario c/ Y.P.F. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ despido” (13/8/03). En tales actuaciones, el Dr. Julio César Simón afirmó que “*con que resulte probado que la actora dedicó cierta cantidad de tiempo durante su jornada de labor en trabajos que ninguna relación tenían con sus funciones y utilizaba para ello los medios de comunicación de la compañía (por ejemplo e-mails) existiría sin duda una violación al deber de diligencia y buena fe que generaría pérdida de confianza*”. Al respecto se meritó que “el hecho de utilizar las herramientas de trabajo para fines personales (y durante el tiempo de trabajo, cabe acotar) contraría deberes del trabajador contemplados en nuestro ordenamiento, tales como el de realizar el trabajo (art. 21 L.C.T. -ley 20.744-); el de diligencia (art. 84) en especial con dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean, el cual se integra con las directivas genéricas de los arts. 62 y 63 L.C.T.: el dependiente debe cumplir su prestación de buena fe, como un buen trabajador y obrar con criterios de colaboración y solidaridad. También cabe tener en cuenta el deber de fidelidad que está consagrado genéricamente en el art. 85 L.C.T. -ley 20.744”- <sup>37</sup>.

Con igual orientación la Sala VIII, se pronunció en el Expte. “Tarnowski, Roberto Carlos c/ Inproteco S.A. s/ Despido” (28/11/03), en el cual el Dr. Horacio Billoch señaló que “*surge acreditado en el sub lite que el actor (personal del sector ventas, técnico electrónico 5ª categoría, con tres años y tres meses de antigüedad) configuró en la terminal que utilizaba habitualmente y de manera clandestina una ‘intranet’ dentro del sistema informático de la accionada con material no autorizado. La falta en cuestión no fue desconocida por el trabajador, quien mencionó en el intercambio postal que la ‘intranet’ estaba en una fase experimental y su fin era mejorar el desenvolvimiento del personal (sic)*”. El Tribunal señaló que el grave incumplimiento verificado en el caso, “*justificó el despido dispuesto por el principal (arts. 67 y 68 L.C.T. -ley 20.744-), pues la conducta del actor impidió decisivamente la continuación de la relación laboral (art. 242 in fine de la ley de contrato de trabajo)*” <sup>38</sup>.

En cambio, *no se consideró procedente el despido* por no acreditación de la causal invocada, en la causa “Zitelli, Gustavo Martín c/ Fibertel S.A. s/ despido” (Sala VII, 23/2/04). En dicho fallo, la Dra. Estela Ferreiros mencionó que “*la empresa demandada objeta al fallo en cuanto ha declarado ilegítimo el despido del actor, a quien se le imputó haber utilizado su cuenta personal de e-mail o bien haber facilitado a un tercero para el envío de un mail masivo a diversos destinatarios (SPAM) sin que ellos lo solicitaran o autorizaran, violando de tal suerte el acuerdo de confidencialidad suscripto, e incumpliendo el deber de obediencia y el principio de buena fe*”, agregando que “*de las declaraciones de los testigos como de la pericia técnica obrante en autos, no surge, a mi entender con claridad, el hecho de la inobservancia del actor de la obligación que se le enrostra como injuriosa y menos aún en cuanto a su gravedad, observada en el marco contractual dado*” <sup>39</sup>.

A su turno la Sala X, en el caso “V.R.I. c/ Vestiditos S.A. s/ despido” (17/11/03) señaló que “el correo electrónico provisto por una empresa posee las características de una herramienta de trabajo (en el sentido del art. 84 L.C.T. -ley 20.744-) que debe ser utilizada para el cumplimiento de la labor y no para fines personales. Sin embargo, en este caso concreto en que fue la propia principal quien concedió el uso de una clave personal de acceso a la actora, no parece adecuado sostener que pudiera imponerse unilateralmente del contenido del correo sin alguna advertencia previa.” Al respecto se evaluó que “la actora al utilizar en forma indebida la cuenta provista por la empresa puede afirmarse que defraudó la confianza en ella depositada ya que dispendiaba tiempo de trabajo en su beneficio. Al decir uso indebido me refiero a que se utilizó una herramienta del principal en horario de trabajo para un fin distinto para el que correspondía, lo cual -en principio- contraría los deberes contemplados en los arts. 21, 62, 63 y 84 L.C.T.. Sin embargo, de la lectura de la misiva rescisoria no se advierte que el despido haya obedecido estrictamente al dispendio del tiempo laboral, sino al volumen del material y a su contenido”. También el Tribunal puntualizó que “aquel deber de buena fe también implica que debe acordarse a la otra parte la posibilidad de que enmiende el error en que pueda haberse incurrido o se remedie el daño causado. Es necesario que se actúe derechamente sin esconder las verdaderas intenciones y debe darse a la otra parte la oportunidad de rectificar una medida

que se considera equivocada y no esperar silenciosamente el transcurso del tiempo para que se configure o se agrave la injuria”, y que “si la demandada concede que el personal del sector sistemas advirtió a la actora acerca del uso correcto del e-mail, significa que estaba en conocimiento de la falta que ésta estaba cometiendo, con lo cual, en lugar de realizar una auditoría unilateral para imponerse del contenido de los mails protegidos en cierta forma por un *pass-word* e inmediatamente despedirla, debió advertir formalmente a la trabajadora para que cesara en su actitud, actuando con claridad, teniendo en miras la subsistencia del vínculo y no su disolución, siendo que en los casos de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad del contrato de trabajo (art. 10 L.C.T.)”. En cuanto a la facultad de controlar el correo electrónico del trabajador, se afirma que “la revisión unilateral de los e-mails en el caso, podría entenderse vulnera ciertos aspectos del derecho a la intimidad y -a no dudarlo- aparece como una conducta patronal reñida con la buena fe”<sup>40</sup>.

En otros pronunciamientos de la CNTrab., se ha considerado injustificado el despido por estimar que la conducta del trabajador consistente en navegar por Internet durante la jornada laboral no configura un incumplimiento de entidad suficiente como para justificar un despido, máxime cuando se trata de un dependiente que carece de antecedentes disciplinarios<sup>41</sup>, o que es inadmisibles el despido si no se ha invocado ni acreditado que el hecho de que la dependiente redactara y enviara ciertos mail haya producido perjuicio a la empresa en términos de productividad o rendimientos de aquélla o de las compañeras con quienes supuestamente se comunicara, ni que tales envíos hayan incrementado el costo operativo de la entidad<sup>42</sup>, o que si la empresa no dictó ninguna norma -escrita o verbal- sobre el uso que debían hacer los empleados del correo electrónico de ésta, con el agravante de que procedió a despedir al trabajador en forma directa, sin hacerle ninguna advertencia previa sobre el uso particular del correo electrónico, el despido no se ajusta a derecho<sup>43</sup>, o que resulta excesivo e injustificado el despido del trabajador por la causal de utilización del sistema informático para fines personales y extralaborales, si la implementación de una política de control de Internet y de Intranet por parte del empleador, para impedir a los dependientes la utilización del sistema para los fines mencionados, se habría llevado a cabo con posterioridad al despido del trabajador<sup>44</sup>.

## VI. Consideraciones finales

De lo expuesto, podemos señalar como primera conclusión que estamos frente a *intereses contrapuestos, que deben ser adecuadamente meritados a la hora de evaluar los casos concretos*. Por un lado, habrá que considerar las prerrogativas de los empleadores encaminadas a vigilar el comportamiento de su personal, que en el tema que nos ocupa se traduce en el empleo de los medios pertinentes para constatar el uso efectuado por el trabajador del correo electrónico puesto a su servicio con fines laborales. Pero también, habrá que tener en cuenta el derecho a la intimidad de los empleados, y que por aquella vía no se vulnere la reserva y privacidad de su correspondencia particular. Por ello, para dilucidar los casos habrá que analizar las conductas de las partes, dentro de los carriles de la buena fe contractual (arts. 62, 63 y conc. L.C.T.) y de la razonabilidad, buscando de conciliar los reales intereses de ambos, evitando conductas discriminatorias y abusivas. Al efecto, resulta aconsejable que la empresa notifique al empleado la prohibición o limitación de la utilización del correo electrónico para cuestiones particulares, y que se reserva la facultad de controlar tal uso por los medios técnicos a su alcance. Y luego al implementar el contralor, se deberá evitar molestias o invasiones innecesarias a la intimidad del trabajador. Al respecto, la doctrina y jurisprudencia española acuden a la aplicación del *principio de proporcionalidad*, cuando se trata de restricciones a derechos fundamentales, como es el de la intimidad del trabajador. Se cumple con tal principio si la medida empleada es la adecuada para conseguir el fin que se pretende, y si no existe otra medida que pueda alcanzar el mismo objetivo sin producir lesión o restricción al derecho<sup>45</sup>.

En segundo lugar, si bien consideramos que la legislación argentina actual, a través de la regulación dada por la ley de contrato de trabajo (ley 20.744 y sus reformas), a los derechos y deberes de las partes unidas por un contrato de trabajo (Título II, Cap. VII, de la L.C.T.), en

especial, dentro de los parámetros de la buena fe contractual y las obligaciones recíprocas de las partes, da elementos normativos suficientes para dirimir las situaciones que se puedan presentar; nos inclinamos por señalar la importancia de *lograr a nivel legislativo una respuesta amplia que regule la utilización del correo electrónico dentro de las empresas*. En tal sentido, las pautas del anteproyecto elaborado por la Secretaría de Comunicaciones, resultan aceptables.

En tercer lugar, receptando las enseñanzas que marcan los primeros pronunciamientos judiciales sobre el tema, propiciamos que mientras no se logre una regulación legal específica, *sean las propias empresas, que en ejercicio de sus facultades directrices, reglamenten el uso de los medios informáticos brindados a su personal*. Incluso, a la hora de dirimir los casos que se planteen la solución será distinta según haya o no reglamentación del empleador. Además, una de las hipótesis a considerar es la salvaguarda del derecho a la intimidad del trabajador no sólo respecto del empleador sino con respecto al resto del personal.

En definitiva, hoy nadie discute la importancia que tienen la introducción de los medios informáticos en los sistemas de producción, pero frente a la repercusión de su utilización en la vinculación entre el empleador y sus trabajadores, y de éstos entre sí, debemos acudir a las pautas generales que brinda el ordenamiento jurídico aplicable, sin perjuicio de considerar la conveniencia de implementar regulaciones específicas a nivel legislativo o interno de las empresas, para un mejor resguardo de los derechos y garantías de las partes <sup>46</sup>.

#### Notas:

\* Exposición del autor en ocasión de recibir el Premio “Academia 2007”, otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, realizada el 16 de octubre de 2007.

<sup>1</sup> Se entiende por correo informático toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras (CNTrab., Sala VII, 27/3/03, “Pereyra, Leandro R. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.”, D.T. 2003-B, 1524, con nota de Martín I. De Virgilis; LNL, 2003, fasc. N° 8, pág. 546; TySS, 2004, pág. 22).

<sup>2</sup> Conf. Beatriz MIRANDA DE ERMIDA, “El e-mail laboral en Argentina”, D.T. 2001-1893. La autora se plantea el interrogante sobre si la facultad de contralor de la empresa puede ser ejercida también con relación al uso que hace el trabajador de su correo electrónico o de Internet.

<sup>3</sup> Ver Tomás SALA FRANCO, “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, L.L. Actualidad 1999, pág. 203; Jesús R. MERCADER UGUINA, “Derecho fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, Relaciones Laborales, 2001, N° 1, pág. 665; Beatriz MIRANDA DE ERMIDA, ob. cit.; Juan Carlos FERNÁNDEZ HUMBLE, “Aspectos laborales en la utilización de los medios informáticos”, TySS, 2001, pág. 721; Estela M. FERREIROS, “La informática. El derecho del trabajo y los teletrabajadores”, Errepar, DLE, N° 200, abril 2002, pág. 293; Ignacio DE CUEVILLAS MATOZZI, “El control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad: consideraciones jurídicas a raíz de una resolución judicial”, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año IV, N° III-243, pág. 251; Andrea GARCÍA VIOR, “El correo electrónico como factor de posibles conflictos laborales”, Rev. LexisNexis Laboral y Seguridad Social, 2003, N° 8, pág. 546; Horacio E. WOYCIK, “El correo electrónico laboral y los conflictos vinculados con su posible reglamentación”, E.D. 209-775; Martín I. DE VIRGILIS, “La nueva realidad virtual. Privacidad del e-mail. Formulario del problema”, D.T. 2003-B, 1523; Pablo A. PALAZZI, “Correo electrónico, privacidad y protección de datos personales en el ámbito laboral”, 2004, fasc. N° 13, pág. 876; Analía Andrea LANVIN, “El despido por el uso de Internet y e-mail”, D.J. 2004-1-683; Javier FERNÁNDEZ MADRID, “La valoración de la prueba en el despido por envío de correo electrónico con contenido pornográfico”, DLE, N° 225, mayo/04, t. XVIII, pág. 452; Claudio S. VIRGILI, “Cuestiones que plantea el uso del e-mail en la relación de trabajo”, TySS, 2004, pág. 29; Gustavo A. SZARANGOWICZ, “Nota sobre el correo electrónico y la tutela constitucional de la correspondencia epistolar”, J.A. 2005-III, fasc. N° 5, pág. 90; Marcos S. RUFINO, “Efectos de la utilización del correo electrónico e Internet en el ámbito laboral”, L.L. 16/9/05, D.J. 7/9/05, pág. 68; Carlos LIVELLARA, *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 58; “Facultad del empleador vs. Derecho a la intimidad del trabajador (a propósito del e-mail laboral)”, Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, N° 3, 2005, págs. 79/83 y comentario a los arts. 70 a 72, en Jorge RODRÍGUEZ MANCINI (dir), *Ley de contrato de trabajo comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II, pág. 857.

<sup>4</sup> Para Ignacio DE CUEVILLAS MATOZZI, “El control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad: consideraciones jurídicas a raíz de una resolución judicial”, Rev. Responsabilidad Civil, Seguros, año IV, pág. 251, se impone una distinción en el tratamiento dado al correo electrónico habilitado por la propia empresa, de la consideración que merece aquel de uso particular del empleado, contratado por él al margen de su relación laboral. El primero de ellos, el facilitado por el empleador con un destino estrictamente profesional, y por tanto, consistente en un elemento más de trabajo, propiedad de la empresa, no puede ser utilizado con fines particulares. Pero la facultad de control de la empresa sobre el correo deberá limitarse a comprobar si realmente se utiliza el correo electrónico

para el destino y fin marcado por el empresario, sin más intromisión, que sería a todas luces ilegítima. En cambio, lo que se refiere al correo electrónico particular del trabajador, considera que cualquier intromisión en él supone una vulneración de derechos fundamentales.

<sup>5</sup> Dado que el tema ha sido abordado en trabajos precedentes, citados en nota anterior, en esta ocasión hemos actualizado lo dicho en éstos.

<sup>6</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA, “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica”, *Rev. Relaciones Laborales* (España), 2001-1-680.

<sup>7</sup> Conf. ROUAST Y DURAND, *Droit du travail*, París, 1961, pág. 133; RIVERO Y SAVATIER, *Droit du travail*, París 1960, pág. 99, citados por Justo López, Informe sobre “La facultad de dirección en la ley de contrato de trabajo”, en *Temas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tucumán, Ediciones UNSTA, 1982, págs. 1/31 y en J.A., 18/4/79, pág. 3; Alfredo MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 17; Gualterio MARTÍN-MARCHESINI, “El poder de dirección”, y René R. MIROLO, “La facultad de dirección en la empresa”, ambos en *Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al profesor Mario L. Devali*, págs. 61 y 192. Ver otros antecedentes en Carlos A. LIVELLARA, “Derechos y deberes”, *Tratado de derecho del trabajo*, Vázquez Vialard (dir), t. III, pág. 618 y ss. y Lorenzo GNECCO, Diego TOSCA y María FABIANA DE LA RETA, “Los poderes del empleador”, en *Tratado de derecho del trabajo*, Ackerman (dir), t. II, pág. 549 y ss..

<sup>8</sup> Ver: Ernesto KROTOSCHIN, “La facultad de control del empleador en la ley de contrato de trabajo”, en *Temas de derecho del trabajo y seguridad social*, Tucumán, UNSTA, 1982, pág. 269 y ss..

<sup>9</sup> Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca, en el Prólogo a la obra de José Luis GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988.

<sup>10</sup> Integró el temario del 3<sup>er</sup> Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y realizado en Montreal, Canadá del 24 al 27 de mayo de 1995. En igual sentido debe mencionarse la obra de Goñi Sein citada en la nota anterior y la bibliografía allí reseñada, al igual que el informe general del profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez como relator ante el Congreso de Montreal, sobre “La protección de la intimidad del trabajador”, ver su publicación en *Rev. Derecho Laboral*, t. 179, julio- setiembre 1995, p. 594. Sin embargo, en la doctrina laboral rioplatense se registran importantes trabajos sobre el tema con anterioridad: en 1972, el profesor Ernesto Krotoschin escribe un estudio sobre “Aspectos de la protección de los derechos de la persona del trabajador en la empresa moderna”, L.L. t. 147-1018, y en 1986, Américo Plá Rodríguez, realiza sus primeras reflexiones sobre “El derecho laboral y la protección de la intimidad del trabajador”, *Rev. Derecho Laboral*, t. XXIX, N° 144-587. Ver también sobre este tema: José Luis UGARTE, “El derecho a la intimidad y la relación laboral”, *Derecho Laboral*, 2000, N° 197- 60.

<sup>11</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pág. 50; Julio C. RIVERA, *Derecho a la intimidad*, pág. 926.

<sup>12</sup> Germán BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional argentino*, pág. 198; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, t. I, pág. 174, citados por Elsa PORTA, “Derecho a la intimidad y deber de informar en la etapa precontractual”, *Errepar*, DLE t. VI, pág. 461.

<sup>13</sup> Ver Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Artículo 1072 bis”, en *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Belluscio (dir.) y Zannoni (coor.), Buenos Aires, Astrea, 1984, pág. 72 y ss. También los tribunales laborales registran pronunciamientos que hacen lugar a la reparación del daño causado a la dignidad e intimidad del trabajador. Recientemente, la Sala V de la Cámara Nacional del Trabajo, en la causa “B., M. c/ Casino de Buenos Aires S.A. y otro s/ daños y perjuicios” (5/7/07), revocó la sentencia recurrida e hizo lugar al reclamo del actor con fundamento en los arts. 1078 y 1109 C.C., condenando a la demandada al pago de la suma de \$ 4.000 en concepto de daño moral. De acuerdo al propio relato del tribunal, el accionante inició la demanda fundándose en el trato vejatorio recibido de su entonces empleadora con motivo de la investigación interna que realizó como consecuencia de un faltante de caja, y entre las diversas conductas que describió como avergonzantes y vejatorias, dijo haber sido “objeto de hostigamiento moral, puesto que al igual de mis compañeros, fui obligado a desnudarme por completo en el habitáculo de un baño, junto a dos miembros de seguridad, a exhibir mis partes íntimas”.

<sup>14</sup> Iván DÍAZ MOLINA, “El derecho a la vida privada”, L.L. 126-985.

<sup>15</sup> I. GOLDENBERG, “La tutela de la vida privada”, L.L. 1976- A-576.

<sup>16</sup> Santos CIFUENTES, “El derecho a la intimidad”, E.D. 57-832.

<sup>17</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 87.

<sup>18</sup> C.S., 13/2/96, “Dirección General Impositiva v. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, J.A. N° 6040 del 4/6/97, pág. 74.

<sup>19</sup> C.S., 15/4/93, “Gutheim, Federico v. Alejandro Juan”, J.A. N° 6040 del 4/6/97, pág. 74.

<sup>20</sup> C.S., 13/2/96, “Dirección General Impositiva v. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, J.A. N° 6040 del 4/6/97, pág. 74.

<sup>21</sup> S.T.C., 207/1996; 209/1988; 117/1994.

<sup>22</sup> Carlos LIVELLARA, *Derechos y garantías de los trabajadores...* ob. cit., pág. 47.

<sup>23</sup> Ernesto Eduardo BORGA, voz Buena Fe, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II, pág. 404.

<sup>24</sup> Américo PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del derecho del trabajo*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, pág. 306, con cita de ALSINA ATIENZA, *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, 1935, pág. 4.

<sup>25</sup> Confr. Carlos A. LIVELLARA, “El principio de la buena fe contractual en la legislación laboral”, en Derecho Laboral, Montevideo, abr.-jun. 1981, t. XXIX, N° 122, pág. 303. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, que ha puntualizado que “la buena fe tiene especial preponderancia en el contrato de trabajo, debido a la naturaleza de la vinculación eminentemente personal que asumen dependientes y empleadores, influida por factores éticos y morales subsumidos en los deberes de colaboración y previsión.” (C. Laboral y Paz, Corrientes, 3/3/00, “Paiva Ramón S. c/ Tigre S.A.”, D.T. 2001-B, 1963; L.L. Litoral, 2001-660).

<sup>26</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del derecho...* cit., pág. 309.

<sup>27</sup> TTrab. La Matanza, N° 2, 18/3/96, “Suárez, José c/ Frigorífico y Matadero La Floresta SCA”, L.L.B.A. 1996-489.

<sup>28</sup> Lo propio ocurre cuando en derecho civil se habla del “buen padre de familia”, o en derecho comercial del “buen hombre de negocios”. Para Máximo Daniel MONZÓN, “La fidelidad y la buena fe en el contrato de trabajo”, D.T. 1949-350, el estándar puede ser caracterizado como un procedimiento que prescribe al juez tomar en consideración el tipo medio de conducta social correcta, para la categoría determinada de actos que se trata de juzgar. Rodolfo E. CAPÓN FILAS, “El módulo de la buena fe”, TSS, IV.5, manifiesta que en el sistema normativo se presentan ciertos estándares de comportamiento exigible que funcionan como aperturas, que permiten al ordenamiento no perder vigencia adecuándose a la realidad. Caso contrario, de mantenerse rígido, perdería elasticidad y no se aplicaría a la situación social que le sirve de fundamento. Estos estándares absorben la conducta social media obligatoria que se manifiesta en la realidad operativa y hacen exigible ese comportamiento a todos los integrantes del sector. A juicio de Capón Filas, en el derecho laboral fundamentalmente aparecen dos: la buena fe y las exigencias de la producción.

<sup>29</sup> Confr. Máximo Daniel MONZÓN, “La fidelidad y la buena fe...”, D.T., 1949-351, quien pone de relieve que la buena fe entendida en la significación objetiva de cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales, se distingue de la buena fe subjetiva o psicológica comprensiva del error o falsa creencia. Por su parte, la jurisprudencia también ha establecido que “en la relación laboral las partes deben actuar de acuerdo con principios impuestos por una recíproca lealtad de conducta (situación objetiva) y con la creencia de que se respeten dichos principios (situación subjetiva)” (TTrab. N° 1, La Plata, 18/4/79, “Di Lorenzo, Lorenzo c/ Compañía Swift de La Plata S.A.”, D.T. 1979-1024. Carlos ETALA, A., *Contrato de trabajo*, pág. 151, respecto al contenido del deber de buena fe, señala como directivas generales, a las cuales deben adecuar su actuación el empleador y sus dependientes: a) deben evitar todo abuso de derecho y cuidar de no frustrar los valores protegidos legalmente, manteniendo recíproca lealtad; b) deben actuar con claridad, teniendo en mira la subsistencia del vínculo, no su disolución; c) no debe guardarse silencio frente a los reclamos de la otra parte; d) siempre debe acordarse a la otra parte la posibilidad de que se enmiende el error en que pueda haberse incurrido o se remedie el daño causado; e) cada una de las partes debe tratar de que la otra obtenga un resultado útil de su prestación; f) cualquier ejercicio caprichoso o negligente del derecho es irregular o antifuncional; g) el deber de prestación está condicionado por valores superiores vinculados con la persona del trabajador o con el recto ejercicio de sus derechos; h) el empleador debe excluir toda actividad que tienda a perjudicar la persona del dependiente y a alterar fundamentalmente su condición laboral, e i) debe evitarse la aplicación de criterios discriminatorios.

<sup>30</sup> Confr. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del derecho del trabajo*, pág. 310, a quien parece evidente que cuando hablamos del principio de la buena fe nos estamos refiriendo a una de esas ideas centrales de gran fecundidad y múltiples aplicaciones que desbordan la simple enumeración de obligaciones.

<sup>31</sup> La Nación, 4/5/01-1. En esta publicación se informa que en la investigación aludida cuando les preguntaban a las empresas si habían producido despidos por utilización inadecuada de equipos electrónicos, el 27 por ciento de los empleadores respondió que se había despedido personal por utilizar indebidamente el correo electrónico de su oficina o por efectuar conexiones inapropiadas a Internet, y el 65 por ciento de las compañías habían impuesto sanciones disciplinarias por similares causales. En 1999, New York Times despidió a 50 empleados, 40 Xerox y 20 Boeing, aduciendo motivos de uso inadecuado de los ordenadores de la empresa a través de los que se enviaban o recibían mensajes inapropiados, y pérdida de tiempo durante el horario laboral.

<sup>32</sup> La sentencia se refiere al caso que enfrenta a la empresa Nikon France con un ex empleado despedido en junio de 1995 por una falta grave por pasar gran parte de su tiempo laboral realizando asuntos particulares y utilizando para ello los métodos informáticos puestos a disposición sólo para fines laborales. Corte Casación, Francia, sala con competencia en Derecho Social, “Sociedad Nikon France c/ O., Frédéric”, 2/10/01 (D.T. 2002-A-216).

<sup>33</sup> T.S. Cataluña, Sala de lo Social, “Deutsche Bank c/ R., B.GT.” (14/11/00), D.T. 2001-2455 y Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año IV, N° III-243, con nota de Ignacio DE CUEVILLAS MATOZZI, “El control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad: consideraciones jurídicas a raíz de una resolución judicial”. Dicho Tribunal revocó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 17 de Barcelona, “*absolviendo a la sociedad recurrente de la pretensión deducida en su contra*”. Justificó la procedencia del despido sin derecho a indemnización ni a salarios de trámite, al declararse probado que desde el 7 de octubre de 1999 hasta el 19 de noviembre del mismo año, el actor, sin conocimiento ni autorización de la empresa demandada, envió a través del correo electrónico asignado por la compañía “140 mensajes a 298 destinatarios”, al buzón de otros compañeros de trabajo, así como a su dirección de correo electrónico, y que “dichos mensajes, ‘ajenos a la prestación de servicios’ (y ‘de naturaleza obscena, sexista y humorística’), ‘se remitieron en el horario laboral’; cuando es así que ‘la empresa demandada sólo permite utilizar el referido sistema de comunicación por motivos de trabajo’”. Esto sin perjuicio de que el actor nunca fuera sancionado en sus treinta años de servicios, y que tanto el tiempo como el coste económico de la emisión de los mensajes hayan sido escasos.

<sup>34</sup> TS Cataluña, Sala de lo Social, 29/1/01, D.T. 2001-2031.

<sup>35</sup> Ignacio DE CUEVILLAS MATOZZI, “El control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad: consideraciones jurídicas a raíz de una resolución judicial”, ob. cit., p. 251, señala que la nueva regulación ha generado un intenso debate en el Reino Unido acerca de hasta dónde puede llegar el empresario en su poder de control de las comunicaciones, planteándose su posible confrontación tanto con el art. 8º (derecho a la privacidad) de la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró a formar parte de su ordenamiento jurídico en octubre de 2000 (*Human Rights Act*), como con la normativa vigente de protección de datos (*Data Protection Act*).

<sup>36</sup> Ver el texto íntegro de este anteproyecto en D.T. 2001-1972

<sup>37</sup> L.L. 2003-E-926; Trabajo y Seguridad Social 2004-29.

<sup>38</sup> Este fallo fue publicado en el Dial Express, número especial del 16/7/04.

<sup>39</sup> El Dial Express, número especial del 16/7/04.

<sup>40</sup> CNTrab., Sala X, 17/11/03, “Villarruel, Roxana c/ Vestiditos S.A.”, L.L. 2004-C-455; D.J. 2004-I-1006.

<sup>41</sup> CNTrab., Sala VIII, 30/6/04, “Guilhem, Gastón D. c/ Netpro S.A.”, L.L. 20/7/04, pág. 7; D.J. 2004-2-995, Imp., 2004-17, pág. 160; LNL, 2004, fasc. Nº 18, pág. 1304; TySS, 2004, pág. 613.

<sup>42</sup> CNTrab., Sala III, 21/2/05, “Acosta, Natalia M. c/ Disco SA”, L.L. 2005-C, pág. 312; J.A., 2005-II, fasc. Nº 8, pág. 94; LNL, 2005, fasc. Nº 10, pág. 810; TySS, 2005, pág. 337.

<sup>43</sup> CNTrab., Sala VII, 27/3/03, “Pereyra, Leandro R. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.”, D.T. 2003-B, 1524, con nota de Martín I. DE VIRGILIS; LNL, 2003, fasc. Nº 8, pág. 546; TySS, 2004, pág. 22, y en revista LexisNexis Laboral y Seguridad Social, 2003, Nº 8, pág. 546, con nota de Andrea GARCÍA VIOR, “El correo electrónico como factor de posibles conflictos laborales”.

<sup>44</sup> CNTrab., Sala X, 10/6/05, “Zilberberg, Gustavo A. c/ Total Austral S.A.”, L.L. 16/6/05, pág. 4.

<sup>45</sup> Conf. DE CUEVILLAS MATOZZI, ob. cit., pág. 243, quien recuerda que el Tribunal Constitucional Español tiene dicho que “*las limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad*” (STC 98/2000). Por su parte, MERCADER UGUINA, *Derechos fundamentales...*, pág. 680, con relación a la proporcionalidad de la medida de intromisión en la vida privada del trabajador, señala un pronunciamiento del Tribunal de Trabajo de Bruselas del 2/5/00 en que se considera el despido de un trabajador que usaba el correo electrónico en el trabajo para mantener una relación epistolar caliente con una compañera de trabajo. El bajo rendimiento del trabajador decidió al empresario a averiguar lo que ocurría accediendo al correo electrónico. El Tribunal, basándose en el art. 8º Convenio Europeo de Derechos Humanos, mantiene que el envío de correos personales desde la empresa pertenece a la vida privada del trabajador y analiza si el atentado a la vida privada del trabajador era indispensable y proporcionado, para concluir que la mera constancia del número de correos, su tamaño y su carácter privado eran insuficientes para proceder a su sanción.

<sup>46</sup> Conf. Carlos LIVELLARA, comentario a los arts. 70 a 72, en Jorge RODRÍGUEZ MANZINI (dir.), *Ley de contrato de trabajo comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II, pág. 865.

**RECEPCIÓN DE  
ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES**



RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN ALEMANIA,  
PROF. DR. PETER HÄBERLE

*Palabras de presentación a cargo del académico de número Dr. Antonio M. Hernández*

Es para mí un alto honor recibir en nombre de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al eminente jurista Peter Häberle, quien se incorpora en el día de la fecha como académico correspondiente en Alemania.

Se trata de una de las figuras más destacadas del constitucionalismo alemán y europeo de nuestros días, que con su prestigio ha llegado a Latinoamérica, en especial, a Méjico y Perú y luego a nuestro país.

Nació en Goppingen en 1934 y realizó estudios jurídicos en Tubinga, Friburgo, Bonn y Montpellier. Alcanzó el grado de doctor en la Universidad de Friburgo en 1961, con una tesis sobre el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Ha sido profesor en Friburgo, en Marburgo y desde 1981, en Bayreuth y en Saint Gallen. Actualmente es director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica de Bayreuth y también director del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo de la misma Universidad. Es doctor *honoris causa* de varias universidades de Europa y América.

Ha tenido en su formación jurídica la influencia de Jellinek, Smend, Kelsen, Heller, Popper y de su maestro Konrad Hesse.

Entre sus múltiples aportes al derecho constitucional debemos destacar su teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, sobre la cual Diego Valadés, el distinguido constitucionalista mexicano también miembro de esta Academia, expresara: “*En ese trabajo capital el profesor Häberle ofrece las claves de naturaleza científico-cultural que explican la racionalidad de las construcciones constitucionales, opone la naturaleza cultural del constitucionalismo al decisionismo, identifica su teoría con un intenso diálogo interdisciplinario y subraya la relevancia de la Constitución en cuanto a la seguridad que genera para la norma suprema y para el Estado*” (Estudio introductorio del Dr. Diego Valadés, en el libro *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 15).

Asimismo destacamos la obra *El Estado constitucional*, recién referida, de reciente publicación en Argentina, que es un libro que contiene la esencia de su pensamiento, donde aborda los temas fundamentales de la teoría constitucional.

Allí aparecen sus particulares enfoques sobre la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, donde sostiene que no hay *numerus clausus* para la interpretación de las normas supremas, incorporando especialmente a los ciudadanos, con conceptos que reflejan la influencia de Popper, además de su perfil profundamente democrático y participativo.

Häberle es además un convencido europeísta, que ha sintetizado el proceso constitucional europeo en tres aspectos: a) el ámbito nacional, caracterizado por el pluralismo, debido al amplio respeto a los derechos de las minorías y donde destaca en particular la nueva Constitución suiza del 2000 que ha consagrado el compromiso por el bienestar de los débiles; b) la profundización de la descentralización del poder, a través de estados federales o regionales, citando como ejemplos, los casos de Francia e Inglaterra, que eran estados claramente unitarios, y c) la apertura del Estado hacia la comunidad internacional, donde además de los fenómenos de la integración, el autor postula un constitucionalismo cooperativo para lograr una comunidad mundial de estados constitucionales.

Tampoco pueden desconocerse sus interesantes y profundas reflexiones sobre la Ley Fundamental de Bonn de 1949, a la que caracteriza como la que instauró una “democracia defensiva”, para que Alemania nunca más pueda repetir su experiencia totalitaria. También se ha referido al federalismo cooperativo, manteniendo las reservas de Hesse sobre el peligro de un federalismo centralizador y poniendo el énfasis en la importancia de mantener la soberanía cultural de los Länder. Igualmente, el autor ha destacado la importancia del Tribunal

Constitucional alemán en su tarea de mantener el pacto social que constituye en sí misma la Ley Suprema.

Un capítulo especial de su pensamiento está vinculado a los problemas de la cultura de la Constitución, que nos ha servido de fundamento en nuestra obra *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica* (Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, Méjico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005).

En esta presentación, razones de brevedad nos impiden seguir mencionando otros aspectos de la obra de Häberle, que lo presentan como un magnífico representante de esa inteligencia y cultura alemana que ha producido genios como Kant, Fichte, Hegel, Goethe, Bach, Beethoven.

No es casualidad que en una de las salas de su casa tenga los bustos de Kant, Savigny, Marco Aurelio y Beethoven.

Häberle es un gran jurista, un gran educador y un hombre de gran cultura. Es un ciudadano del mundo y un notable defensor de los mejores valores de Occidente y de Europa. A su exquisita personalidad suma la de ser un avezado pianista, que nos ha deleitado con sus interpretaciones de obras clásicas perennes, tanto en México como aquí en Córdoba.

Celebramos particularmente su presencia en esta Academia y le expresamos que ésta es también su Cátedra.

# CIUDADANÍA A TRAVÉS DE LA EDUCACIÓN COMO OBJETIVO EUROPEO \*

por PETER HÄBERLE \*\*

**SUMARIO:** Introducción. Primera parte: “Ciudadanía”. Definiciones tradicionales y textos correspondientes. I. “Ciudadano y burgués”. II. Textos de constituciones nacionales. III. Textos constitucionales en el derecho constitucional europeo, los contratos de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, precursora como *soft law*. IV. Textos de derecho internacional (Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas). Segunda parte: “Educación”. I. “Educación”: el clásico tema alemán. II. Objetivos de la educación en las constituciones de los Länder alemanes y otros objetivos. III. El tema de la educación en el ámbito europeo general y a nivel internacional. Tercera parte: Ciudadanía a través de la educación: la relación. I. Educación en derechos humanos. II. Educación hacia una democracia (plural) como objetivo educativo. III. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución: la irrenunciabilidad de las reglas educativas a nivel nacional y europeo.

## Introducción

Las iniciativas concretas que impulsan este tema son la finalización del año europeo del Consejo Europeo, denominado “Citizenship through Education”, así como la reflexión sobre el Convenio Europeo de 1954, que no sólo está vigente hoy en día, sino que ya se ha convertido en un texto clásico. Otra causa más profunda podría ser el futuro de la Europa constitucional, que está integrada por las familias que componen las constituciones nacionales y sus culturas. El hecho de denominar a los “años” de conformidad con objetivos e ideas, es una práctica muy conocida en el marco de las Naciones Unidas. Esta denominación al igual que los feriados (ejemplo: el 1 de mayo en Alemania) o los días de conmemoración (ejemplo: día Martín-Luther King en los Estados Unidos), o los feriados en España, están destinados al recuerdo de determinados valores fundamentales o eventos que pretenden “dirigirse” al ciudadano. Pensemos también en los preámbulos constitucionales y en otros artículos que dan base a las sociedades democráticas abiertas desde la cultura, y que desean establecer un consenso básico para la sociedad.

Una necesidad imperiosa para nuestro tema se evidencia momentáneamente en Francia (La “patria” de los derechos humanos y del ciudadano), en los disturbios producidos por jóvenes desempleados en la ciudad y en el conurbano de París y (en octubre/noviembre de 2005) que hacen temer el fracaso del “orgullosa modelo de integración republicano” (debido a que éste no le genera a los inmigrantes condiciones dignas de vida). También se observa, aunque algo más pacífica, en la discusión germana en torno al estudio “Pisa” (2000/2005) que investiga la relación entre la procedencia social y los éxitos educativos (“Igualdad de condiciones en el sistema educativo”). En poco tiempo sólo podré enunciar brevemente el tema. Para ello tendré en cuenta la valoración que ha evidenciado “lo ciudadano” en los últimos 55 años: el movimiento ciudadano en los Estados Unidos (1950/60), las “iniciativas ciudadanas” en Alemania del Este (1968/1980) -que hasta han sido incluidas en 1992 en el texto de la Constitución de Brandeburgo (art. 21 inc. 3) y en los movimientos ciudadanos de Europa Oriental (1976/1989) <sup>1</sup> que convirtieron a “los ciudadanos” en constituyentes de la redacción de algunos preámbulos constitucionales. La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia (1789) son considerados documentos clásicos de la ciudadanía. La presente ponencia se presentará en forma metódica de conformidad con las iniciativas científico culturales bajo el lema: doctrina constitucional como ciencia de la cultura (1982); “Toda libertad es libertad cultural”, concepto cultural pluralístico (1979); “Textos clásicos en la vida constitucional” (1981). Seguramente habrá otras formas de aproximación al tema, por ejemplo, la pedagógica, no obstante, en lo siguiente se tratará de la específicamente jurídico constitucional.

## Primera parte: “Ciudadanía”. Definiciones tradicionales y textos correspondientes

### I. “Ciudadano y burgués”

Desde la famosa exposición de R. Smends (1933), “Ciudadano y burgués” son una pareja de opuestos: “Ciudadano atado moralmente al Estado” versus “Egoísta calculista de la era capitalista”. (Pero también pensamos en la comedia de Molière: *El burgués gentilhomme* de 1670). La palabra “ciudadano” hoy por hoy tiene un contenido generalmente positivo y aparece con variadas connotaciones: “sentido ciudadano”, “orgullo ciudadano”, “sociedad civil (Bürgergesellschaft)”, “libertades ciudadanas”, “derechos ciudadanos”, “*ethos* ciudadano”, “obligaciones ciudadanas” y, especialmente, en Alemania, “ciudadano de uniforme” por soldado del ejército. En casi todos los estados constitucionales existen equivalencias similares: del latín (*civis, status civilis*): la *cittadinanza* del italiano y la *ciudadanía* del español. En las culturas jurídicas sajonas, la *civil society* tiene un alto rango. (Así también puede apreciarse un renacimiento llamativo en Europa Oriental desde 1989). También aparecía en el Idealismo alemán, más específicamente en la República de Weimar y, seguramente, el Consejo Europeo retoma todas estas tradiciones.

La palabra “Staatsbürgerschaft” (Ciudadanía <sup>2</sup>) aparece en nuestro contexto como dudosa, ya que la referencia al Estado está limitada y presenta especialmente en Alemania, connotaciones ideológicas. A mi entender, los ciudadanos no “*pertenecen*” al Estado y por eso critico la palabra “Staatsangehörigkeit” (Nacionalidad <sup>3</sup>), sobre todo debido a que el ámbito constitucional europeo, en sentido estricto, la Unión Europea y, en sentido amplio, el Consejo Europeo con sus 46 miembros, no debería ser pensado en primer término desde el Estado. Son los “ciudadanos de la Unión”, es decir, los “Ciudadanos de Europa” desde los cuales se debe partir. Una muestra de los textos jurídicos vigentes podrá evidenciar los primeros aportes para el marco teórico a desarrollar en la tercera parte de esta exposición. Algunos textos clásicos aumentarán la expectativa y transmitirán los primeros conocimientos: Según Goethe: “*Una educación unilateral no es educación. Se debe partir de un punto para luego expandirse en varias direcciones*”. “*Ninguna Nación, ni las más nuevas, y tal vez menos aún la alemana ha surgido de si misma*”. “*El hombre nacido para la razón requiere aún de mucha educación, y ésta podrá serle proporcionada paulatinamente, ya sea por el cuidado de los padres y educadores mediante un ejemplo pacífico o por medio de una experiencia severa*”; según Schiller: “*Este siglo no tiene la madurez suficiente para alcanzar mi ideal. Siento como un ciudadano que aún está por llegar*”. “*Lo que he pensado como ciudadano de este mundo, será traducido en palabras de sus súbditos*”; según W.v. Humboldt: “*El hombre aislado es tan incapaz de educarse como aquél que es privado de su libertad por la fuerza*”; I. Kant contrapone al *status naturalis* al *status civilis ciudadano*, siendo que éste se encuentra subordinado a una “justicia distributiva”; define a la *societas civilis* como al Estado y al *cives* como “ciudadano del Estado”. Para él: “*El hombre sólo puede ser tal gracias a la educación*”, y en este sentido emplea la palabra “educación” como sinónimo de “cultura”.

### II. Textos de constituciones nacionales

En primer lugar debo mencionar la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Su texto se refleja en muchos textos de las constituciones modernas; por último, en las de Europa del Este (compárese Sección II de la Constitución polaca de 1997: “Libertades, derechos y obligaciones de los ciudadanos”; Capítulo III de la Constitución croata de 1990: “las libertades básicas de los hombres y del ciudadano y sus derechos”; en similar sentido, Capítulo III de la Constitución de Macedonia de 1991; véase también el art. 4º inc. 1 de la Constitución de Moldavia de 1994). También mencionan al “Ciudadano” los arts. 39, 44, 66

inc. 3 de la Constitución polaca. El Preámbulo de la República Checa (1992) se basa en “los principios básicos de la sociedad civil” que aspira a ser la patria de “los ciudadanos con igualdad de derechos”. El Preámbulo de la Constitución lituana (1992) habla de una “sociedad civil abierta, justa y armónica y de la “voluntad del ciudadano” con respecto a esa constitución. El art. 9º inc. 1 de la Constitución española (1978) obliga “al ciudadano y al poder público” para con la Constitución y con el restante ordenamiento jurídico. La Constitución de Portugal (1976) distingue entre “ciudadano” y “ciudadano del Estado”. El texto más refinado sobre “el ciudadano” se encuentra en el Preámbulo de la Constitución de Brandenburgo (1992): “Nosotros, las ciudadanas y los ciudadanos del Estado de Brandenburgo nos hemos otorgado por libre decisión la presente Constitución”, (en similar sentido, el Preámbulo de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern de 1993). ¡El ciudadano se convierte en legislador en lugar del pueblo! (¡Una despedida de Rousseau!). También los ciudadanos de Georgia se otorgaron en 1995 su propia Constitución (similar: la República Eslovaca en 1992). La República Eslovaca hasta se atreve a la frase: “El poder del Estado emana de los ciudadanos” (art. 2º inc. 1); véase también el Preámbulo de la República Checa de 1992: “Nosotros, los ciudadanos aceptamos esta Constitución...”). Esto es lo que se denomina una democracia ciudadana constitucional. ¡Ojalá sirva como ejemplo para toda Europa!

### *III. Textos constitucionales en el derecho constitucional europeo, los contratos de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, precursora como soft law*

Los arts. 17 a 22 de la Constitución europea de Derechos Fundamentales (EGV) regulan la “Ciudadanía de la Unión”. Los arts. 99 a 106 de la Carta de Derechos Fundamentales tratan los “Derechos de los ciudadanos”, por ejemplo, el derecho a una buena administración y el derecho al acceso de documentos. El concepto de “Ciudadano” evidencia, de este modo, una impresionante revalorización y europeización. El proyecto de Constitución de J. Voggenhuber (2003) recepta los mencionados textos de los preámbulos de Alemania Oriental y de los países del Este y los incorpora al contexto europeo: “*Nosotros, las ciudadanas y ciudadanos de Europa y sus Estados establecemos con esta Constitución la Unión Europea*” (cita según JöR 53, 2005, pág. 604). ¡La comunidad de los ciudadanos se convierte de esta forma en legisladora para toda Europa! El aporte de los constituyentes españoles (D.L. Garrido et. al. 2002) trabaja específicamente con la “Ciudadanía europea”, con esperanzas de lograr un “diálogo con la sociedad civil” y se pregunta: “*Qué es lo que los ciudadanos de Europa demandan*” (cita según JöR 53 (2005), pág. 489). España tiene especial interés en el tema constitucional ciudadano, ya que se erige sobre un ideal de ciudadanía.

### *IV. Textos de derecho internacional (Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas)*

Como ejemplo basta mencionar aquí, al “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1966). Este remite a “las obligaciones de los ciudadanos” (art. 8º inc. 3, subinciso iv), y otorga a “cada ciudadano” determinados derechos (art. 25).

#### **Segunda parte: “Educación”**

A continuación se aclarará el tema “educación” en forma paralela a la “ciudadanía” mediante un análisis cultural e histórico de los textos. Esto se realizará desde un punto de vista alemán, que es el único con el que estoy más familiarizado, es decir, desde una perspectiva de derecho internacional universal, superadora de lo nacional.

## I. "Educación": el clásico tema alemán

La educación ha sido durante mucho tiempo un tema muy apreciado por la cultura alemana, hasta que con la revolución de 1968, durante la discusión por la "catástrofe educacional" y con el desprecio de la "burguesía educada", obtuvo un sentido dudoso. "La educación caracteriza tanto el proceso de crecimiento del ser humano como también su determinación", dice la frase inicial del diccionario estatal *Herder* de 1985. Conforme a éste, el concepto educación despliega su significado en el concepto de educación de la iluminación europea y del humanismo alemán. Herder, Goethe, Schiller, W. von Humboldt, incluso, Schleiermacher y Fichte elaboraron textos que luego se convirtieron en clásicos (algunos ya citados). Con anterioridad a ellos, los reformadores M. Luther y P. Melanchthon ya habían abogado en favor de la educación religiosa de todos los creyentes. Incluso Erasmo de Rotterdam pertenece a los que ya por aquel entonces generaron una reforma educativa mediante el postulado: "leer, hacer cuentas y aprender". Para el siglo XX ya se hablaba de una "crisis de la educación humanística", de una "reorientación mediante la ciencia empírica" y de la "crítica ideológica a la educación". En forma más modesta hoy se demanda sólo una "educación básica". Esta debe comprender aquellos conocimientos y capacidades que "permitan al ser humano interpretar su mundo y subsistir en él". Otra frase clave es: "Educación y reforma social". "La educación libera" continúa siendo un lema (J. Meyer, 1850). Ya a esta altura se evidencia que el "Ciudadano" no es el tan citado *homo economicus*. La "educación general" y la "formación profesional" deben diferenciarse, pero no pueden contraponerse una con otra.

## II. Objetivos de la educación en las constituciones de los Länder alemanes y otros objetivos

El jurista constitucional europeo posee más facilidades que el historiador, el politólogo o el filósofo, ya que puede "confiar" en los textos vigentes del derecho positivo, aun cuando éstos deben ser vividos e interpretados. Aquí mostraré un panorama de los tesoros que existen entre los objetivos básicos educativos alemanes y demás textos sobre el derecho constitucional educativo, que plasman mucho del pensamiento de los clásicos.

La Constitución de Weimar (de 1919) reza en el art. 148 inc. 1: "En todas las escuelas debe perseguirse como finalidad educativa, la moral, el sentimiento ciudadano, la habilidad personal y profesional en el ideal del pueblo alemán y la reconciliación de los pueblos". Con posterioridad a 1945 los países del Este y Alemania Oriental desde 1991 continuaron desarrollando este texto clásico.

Algunos ejemplos son:

El art. 131 de la Constitución de Baviera de 1946/1984 (Objetivos educativos):

"1) Las escuelas no sólo deben transmitir conocimiento y aptitudes, sino formar el corazón y el carácter.

2) Los objetivos supremos son la veneración a Dios, el respeto ante la creencia religiosa y la dignidad del hombre, la autodisciplina, el sentimiento de responsabilidad y la alegría ante ella, la predisposición a ayudar, la apertura hacia lo verdadero, lo bueno y bello, y el sentimiento de responsabilidad ante la naturaleza y el medio ambiente.

3) Los estudiantes deben ser educados en el espíritu de la democracia, en el amor hacia la patria bávara y al pueblo alemán".

Como ejemplo de los Länder del Este cito el art. 28 de la Constitución de Brandenburgo (1992): "Principios de la educación y de la formación. La educación y la formación tienen la finalidad de fomentar el desarrollo de la personalidad, el pensamiento y la actuación autónoma, el respeto a la dignidad, la creencia y las convicciones ajenas, el respeto a la democracia y a la

libertad, la justicia social, la paz y la solidaridad en la convivencia de las culturas y de los pueblos, así como la responsabilidad ante la naturaleza y el medio ambiente”.

¿Quién no recuerda con su lectura el *Principio de la responsabilidad* de H. Jonas (1979)?

La Constitución de Bremen (1947) crea una variante propia del art. 26, cuyo inc. 3 reza: “La educación debe estar destinada a desarrollar el pensamiento propio, el respeto a la verdad, la valentía de reconocerla y de hacer lo correcto y necesario”.

Con esto he reseñado mi tema: “Problemas de la verdad en el Estado constitucional” (1995).

También llama la atención el inc. 4: “Educar para participar en la vida cultural del propio pueblo y de otros pueblos”.

Como contrapunto histórico a Baviera (1946) puede mencionarse el art. 56 incs. 4 y 5 de la Constitución de Hessen (1946) cuyo inc. 4 dice:

“El objetivo de la educación consiste en formar a las personas jóvenes para que desarrollen una personalidad con moral, eficiencia profesional y responsabilidad política para servir al pueblo y a la humanidad mediante veneración y amor al prójimo, respeto y paciencia, justicia y verdad”.

Inc. 5: “La asignatura historia debe tener por objetivo reflejar en forma fehaciente y verídica el pasado. Para ello se debe poner de relieve a los grandes benefactores de la humanidad, la evolución del Estado, la economía, la civilización y la cultura, y no a los generales, las guerras y las batallas. No deben tolerarse las interpretaciones que hacen peligrar las bases del Estado democrático de derecho”.

Esto casi hace recordar la “weltbürgerliche Absicht” (intención de mundo) de I. Kant, o la parábola de la tolerancia de Lessing en *Nathan el sabio*.

También merece la atención el art. 15 inc. 4 de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern (1993): “El objetivo de la educación escolar es el desarrollo de la personalidad libre, que surge del respeto a la vida y está dispuesta en el espíritu de la tolerancia a cargar con responsabilidades a favor de la comunidad, con otras personas y pueblos, así como con las generaciones futuras”.

La referencia a las generaciones también se encuentra en el art. 27 inc. 1 de la Constitución de Sachsen-Anhalt (1992); aquí se hace mención al “Contrato cultural de generaciones”.

En este sentido, el art. 109 inc. 1 reza: “Se reconoce la importancia de las iglesias y de la educación religiosa para la preservación y consolidación de las bases religiosas y morales de la vida humana”.

Similar disposición presenta el art. 4º inc. 2 de la Constitución de Baden Württemberg de 1953, así como el art. 1º inc. 1, apartado 2 de la Constitución de Vorarlberg de 1999. Con esta disposición el pluralismo cultural referente al tema educativo recibió formato de texto. No sólo el Estado tiene funciones educativas (el art. 51 párrafo 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, habla del “diálogo” de la Unión con las iglesias y las comunidades del mundo).

Hasta donde se puede ver, los cuantiosos documentos del Consejo Europeo referentes a nuestro tema (la idea principal, diecisiete páginas, el resumen y el estudio redactado por siete autores en cuarenta y nueve páginas) jamás han hecho referencia a estos valiosos textos. Esto es lamentable, ya que estos textos conforman el ideal de la “ciudadanía a través de la educación” y se enfrentan a la tan típica, cuestionable y dudosa economización de la educación, que está orientada sólo hacia lo útil, tan en boga en estos tiempos, así como a su desnaturalización para convertirla en una mercadería (crítica a la ideología de mercado). En lo demás, también aquí se considera muy positiva la iniciativa del Consejo Europeo.

Estas muestras deberán complementarse mediante el análisis de los objetivos educativos implementados en las escuelas europeas. Debido a que esto es imposible <sup>4</sup>, haré una referencia abstracta al hecho de que cada Nación tiene sus propios cánones educativos. En su cultura nacional y en su historial lingüístico aparece en Italia un Dante, en España un Cervantes; en general, los contenidos del llamado “Siglo de Oro” (por ejemplo: en España, en los Países Bajos, también en Dinamarca). Un rol importante en esto juega el futuro y la evolución de los

idiomas (piénsese hoy en la contribución idiomática que realizan los inmigrantes). Cito las palabras de Goethe que afirmaba que Lutero fue el que mediante su traducción de la Biblia convirtió a los alemanes en un mismo pueblo; lo mismo es válido para Dante, es decir para Italia. La educación a través del idioma permanece siendo un lema competente. Los valores fundamentales que se reflejan en las diversas constituciones de los Länder (preámbulos, garantías de feriados, himnos, banderas y demás símbolos del Estado) son aquellos de los cuales se nutre también la educación de estas naciones y que justifican la palabra del “patriotismo constitucional” (D. Sternberger). Una pregunta crucial es: ¿Acaso necesitan las sociedades civiles de una “cultura guía” como fuerza generadora de una identidad? ¿En Alemania es suficiente con la Ley Fundamental? ¿Podemos atrevernos aún a realizar un “elogio a la educación alemana”? (FAZ del 17 de octubre de 2005, pág. 37). Hoy en día hay muchos indicios en favor de que los procesos de educación se extienden a través de toda la vida de los ciudadanos. Este proceso no termina con la finalización de la escuela, y hay muchos indicios sobre la diversidad existente entre los ideales educativos que varían según la nación y la cultura.

Los lineamientos de la Unión Europea sobre la devolución de bienes culturales extraídos injustamente del territorio soberano de un Estado miembro de la Unión tienen un profundo sentido. Se trata de la identidad nacional que surge de la cultura.

En lo subsiguiente presentaré un breve panorama de los textos constitucionales de algunos países europeos que son tanto miembros del Consejo Europeo como de la Unión Europea. El art. 42 inc. 2, apartado 2 de la Constitución de Irlanda (1937/1992) reza: “El Estado como guardián del bienestar común debe exigir conforme a las circunstancias reales, que los niños reciban un mínimo de educación moral, espiritual y social”.

En el párrafo 4º de éste se habla nuevamente de los establecimientos “en el ámbito de la educación religiosa y moral”.

El art. 16 inc. 2 de la Constitución de Grecia (1975/1986) establece: “La educación es una tarea fundamental del Estado y tiene por finalidad la educación moral, espiritual, profesional y física de los griegos, así como el desarrollo de su conciencia nacional y religiosa, y su formación como ciudadanos libres y responsables”.

Es llamativo el art. 43 de la Constitución de Portugal (1976/1992): “El Estado no debe arrogarse el derecho de establecer la educación y la cultura en forma programática, según los parámetros de cualquier guía directriz filosófica, estética, política, ideológica o religiosa”.

Porque el antiguo canon educativo europeo tradicional y su evolución hoy en día requieren naturalmente de una selección de valores básicos y de fines (educativos). Entiéndase la tradición según una bella palabra de G. Mahler, como “el pase de la antorcha” y no como “la adoración de las cenizas”. Los jóvenes son guiados con este ideal educativo y los adultos pueden internalizarlos como “valores orientadores”.

Por lo demás, casi todas las nuevas constituciones contienen un derecho a la educación (compárese el art. 57 inc. 1 de la Constitución de Albania de 1988; el art. 53 inc. 1 de la de Bulgaria de 1991); el art. 11 de la Constitución de Baden-Württemberg (1953) habla del “derecho a la educación y a la formación” (en igual sentido: el art. 25 inc. 1 de la Constitución de Sachsen-Anhalt de 1992); el art. 41 inc. 1 f de la Constitución Nacional Suiza (1999) exige a la Nación y a los cantones en relación con los niños y adolescentes, “tomar medidas orientadas hacia su desarrollo para convertirlos en personas independientes y socialmente responsables” (véase también el objetivo de su integración “social, cultural y política”). La obligatoriedad general de la instrucción primaria es un indicador de un estado democrático constitucional de derecho como estado cultural, es decir, un elemento clásico de su derecho constitucional a la educación, al igual que la formación en las universidades. En un sentido similar se “esconde” un imperativo educativo en el art. 48 de la Constitución española; el art. 27 inc. 1 establece un derecho de todos a la educación. En el derecho constitucional cultural se cristalizan los contenidos educativos.

### *III. El tema de la educación en el ámbito europeo general y a nivel internacional*



Veamos, brevemente, las formas de manifestación del tema educativo en los ámbitos supranacionales, esto es, en el derecho constitucional europeo y en el derecho internacional.

Para ello resulta enriquecedora una reseña del panorama de los temas educativos en el derecho constitucional europeo, especialmente en la parte pertinente a la competencia y a los derechos fundamentales. Son ejemplos de ello, los que surgen del Estatuto del Consejo Europeo (1949), en la parte pertinente que reza: "... en unión imperturbable con los valores espirituales y morales que son la herencia común de sus pueblos y que son la base de la libertad individual, la libertad política y el imperio del derecho, sobre el cual reposa toda verdadera democracia...".

Una cláusula cultural hereditaria que en forma inherente remite a fines educativos, se encuentra en el Preámbulo y en el art. 5º del Convenio Cultural Europeo (1954).

Del derecho constitucional europeo puede mencionarse además el art. 2º del protocolo adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos (EMRK) (1952): "Derecho a la educación. El derecho a la educación no le debe ser negado a nadie. El Estado, en ejercicio de las tareas asumidas en el ámbito de la educación y de la enseñanza, debe respetar el derecho de los padres, y asegurarles la educación y la enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y de mundo".

En el derecho constitucional europeo se encuentran muchas referencias al derecho constitucional a la educación. En el Preámbulo del Contrato de la Comunidad Europea (EGV) (1992/97) se establece: "Trabajar en forma decidida mediante un acceso amplio a la educación y mediante una formación posterior permanente hacia un alto nivel de conocimiento de sus pueblos". De esta forma, el art. 49 f de la misma reglamenta: "Una educación general y una formación profesional de la juventud" ("El desarrollo de la dimensión europea en el sistema educativo"; "El fomento de la cooperación entre los establecimientos educativos"). El art. 74 de la Carta de Derechos Fundamentales reglamenta el derecho a la educación, así como el acceso a la formación profesional y a su perfeccionamiento. La Corte Europea fortalece el derecho fundamental a una igualdad en la formación, procedente recientemente de la ciudadanía de la Unión (en este sentido se menciona la Universidad Europea de Florencia, el proceso de Bolonia con sus 40 Estados participantes, así como los programas: Tempus, Erasmus, Sócrates, Leonardo da Vinci y Comenius, no por casualidad grandes nombres, "ejemplos a seguir" de la historia cultural y educativa europea.

De los textos de *derecho internacional* podemos mencionar: La Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), art. 26 (Asistencia cultural, derecho de los padres):

"1. Toda persona tiene derecho a la educación. Las clases deben ser gratuitas en las escuelas primarias y en las escuelas básicas. La enseñanza básica es obligatoria. La enseñanza especializada y profesional debe ser accesible para todos; los estudios superiores deben ser abiertos a toda persona de conformidad con sus aptitudes y rendimiento.

2. La formación debe tener por objetivo el desarrollo integral de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Debe generar comprensión, tolerancia y amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos religiosos y raciales, así como favorecer la actividad de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

En el mismo sentido, el art. 13 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) dice: "Los Estados consignados en este contrato reconocen el derecho de cada persona a una formación. Coinciden en que la educación debe estar destinada al pleno desarrollo de la personalidad del ser humano y a la consciencia de su dignidad, debiendo reforzar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Coinciden además en el hecho que la educación debe posibilitarle a todas las personas el desempeño de un rol útil en una sociedad libre, debiendo fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre los pueblos y entre todos los grupos raciales, étnicos y religiosos, así como apoyar la actividad de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz".

En todos estos valiosos textos se expresa el patrimonio educativo europeo. Las Naciones Unidas incluso lo han elevado al rango de tarea universal (Ciudadanía a través de la educación

como tarea universal). El Estatuto de la Unesco (1945), el Preámbulo y el art. 1º dan varios indicios al respecto. Cito: “igualdad de posibilidades educativas para todos”; “educar al género humano hacia la comunidad, la libertad y el amor por la paz”; “educación del pueblo”; “métodos educativos destinados a preparar a toda la juventud del mundo para la responsabilidad que impone la libertad”.

### **Tercera parte: Ciudadanía a través de la educación: la relación entre ambas**

A continuación del relevamiento realizado y la presentación de algún resultado, puede establecerse ahora la *relación entre ambas*, el marco teórico conjunto “Ciudadanía a través de la educación” como tarea europea.

#### *I. Educación en derechos humanos*

Un primer objetivo educacional es el de “enseñar los derechos humanos” a nivel nacional y europeo, hasta a nivel mundial. Algunas constituciones nacionales, sobre todo de los países en desarrollo, lo evidencian ejemplarmente (Constitución de Perú de 1979: art. 22 inc. 3; la Constitución de Guatemala de 1985: art. 72 inc. 2). También existen programas respectivos de la Unesco y además en todas las escuelas estatales se tratan los derechos humanos como derechos fundamentales del Estado constitucional. La educación en derechos humanos comprende el valor básico de la tolerancia y de la solidaridad, esta última es reglamentada en la Constitución española en otro contexto (art. 2º, 138). A los jóvenes ciudadanos les debe quedar en claro que en razón de la dignidad humana todo ciudadano tiene los mismos derechos humanos. También sobre esto I. Kant ha escrito un texto clásico, y el art. 7º inc. 2 de la Constitución de Brandenburgo (1992) se vincula con él cuando dice: “toda persona adeuda a otra el reconocimiento de su dignidad”. La enseñanza de los derechos humanos es el punto de partida de todos los esfuerzos por obtener ciudadanía a través de la educación. El Consejo Europeo menciona expresamente la enseñanza de los derechos humanos en sus ya mencionados documentos. El ser persona y el ser ciudadano van unidos. La *cultura* es el abono de ambos. En caso de que en el proceso de Bolonia se impongan las “Verschulungstendenzen” (las tendencias por imponer una enseñanza estricta en las escuelas), se requerirán correcciones.

#### *II. Educación hacia una democracia (plural) como objetivo educativo*

El segundo objetivo educativo es el principio democrático que resalta la dimensión activa de sus ciudadanos, es decir, las posibilidades de realizar plebiscitos y elecciones para participar en forma permanente en la vida política. En miras a la por lo general escasa participación eleccionaria en elecciones nacionales y de la Unión Europea, este contenido educativo es el segundo de mayor importancia. A mi entender, la democracia surge de la dignidad de los ciudadanos como premisa antropológica cultural del Estado constitucional y su consecuencia organizativa. Existen muchas variantes de democracia (nacional) entre la meramente representativa y la democracia directa (a modo ejemplar, menciono la “democracia semidirecta” de Suiza).

A ésta pertenecen los derechos fundamentales como la libertad de petionar, el recurso al *ombudsman*, el abogado del pueblo, el comisionado europeo de los ciudadanos, etc., son conocidas especialmente en los nuevos Estados federados, las iniciativas populares y los petitorios de los ciudadanos. Es evidente el *status civilis politicus* del ciudadano, la democracia participativa tal como la previó el proyecto de Constitución Europea del 2004. En palabras de G. Grass, la democracia “se seca” sin participación ciudadana. La ocupación de cargos

honorarios tiene un significado de participación ciudadana activa en toda Europa. Para ello debe recordarse que los derechos democráticos y participativos de los ciudadanos (compárese art. 21 de la Constitución de Brandenburgo) sólo deben recurrir a la “libertad pública” (Constitución española), cuando existe un mínimo de educación, de información sobre los valores fundamentales y datos básicos de los procesos políticos (es decir, los derechos fundamentales como “base funcional” de la democracia). El esclarecimiento democrático (en Alemania denominado “la educación cívico-pública” posterior a 1945 es una parte de la educación democrática hacia la ciudadanía. En el idioma alemán se puede hablar del “ciudadano de la democracia” y de la “democracia ciudadana”. El Consejo Europeo con razón habla en forma muy impresionante del “aprendizaje de la democracia” y de la “vida democrática”. A ello pertenece también la política de integración europea local (por ejemplo, en los suburbios). Lo que está de moda son las “sociedades civiles europeas” a nivel local y regional. Las que están cuestionadas son las “sociedades paralelas”, debido a que fragmentan el concepto de “ciudadano”.

### *III. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución: la irrenunciabilidad de las reglas educativas a nivel nacional y europeo*

Para mi sorpresa, el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”, desarrollado en 1975 y recientemente también referido a Europa, se discute intensamente desde hace algunos años en Brasil. Esto presupone que la ciudadanía es “cultura” y que la república política tiene bases culturalmente establecidas<sup>5</sup>. La relevancia potencial y real del comportamiento ciudadano diario (especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales) para la evolución paulatina de la constitución y su revivir diario requiere de “educación” y con ello también de un cierto idealismo en y hacia el Estado constitucional. La “socialización cultural” en miras hacia una constitución nacional y hacia los valores fundamentales europeos sólo puede tener éxito, si comienza a serle transmitida a los ciudadanos o conciudadanos desde las escuelas hasta las universidades, en la formación de los adultos, en la formación profesional, también en organizaciones religiosas caritativas, hasta incluso en los medios y en organizaciones no gubernamentales; (es por ello que resulta tan cuestionado que en Rusia en estos días se elabore una ley sobre organizaciones no gubernamentales, en la cual éstas quedan subordinadas a una obligación de registro ante el Estado.)

La búsqueda del “bien común europeo” sólo puede lograrse de esta forma. El *homo europaeus* es sólo parcialmente el tan citado ciudadano del mercado. La imagen del hombre europeo es la que aquí se esbozó, y la esencia de la “imagen del hombre” debería sentir el origen *imago dei* de los maestros.

### **Resumen y fin**

Las ponencias científicas deben por lo menos terminar en perspectivas constitucionales o político europeas. Se exige, por un lado que el Estado constitucional nacional se sirva de los instrumentos que pueden crear “la ciudadanía a través de la educación”, esto es, que establezca fines educativos concretos para las escuelas, programas educativos respectivos en la formación de los adultos, presencia de ellos en los parlamentos y en los partidos políticos, así como en los medios y en los llamados “sermones dominicales” (¿Por que no?). Entonces: el ciudadano europeo requiere también de iniciativas a nivel suprarregional. A ello pertenecen los instrumentos del Consejo Europeo de los años 1997 a 2005 (Europa como “espacio para la educación”). No obstante, en esto no se debe llegar a un “adoctrinamiento”. La idea de la libertad ciudadana debería impedir esto. Para retomar una antigua palabra alemana, Europa requiere de “Bildungsbürger” (ciudadanos educados). No sé si existe una expresión análoga en

otros países. Justamente en un mundo ilimitado, globalizado y economizado de hoy es irrenunciable el programa “ciudadanía a través de la educación”. Un Kant, un Goethe eran “ciudadanos del mundo”; unos pocos como Leibnitz, N. Mandela, V. Havel, incluso un Dalai Lama, fueron eruditos. La misa en *h-moll* de J.S. Bach es considerada por algunos como “una parte de las religiones del mundo”. Pero no podemos ni debemos proyectarnos tan alto. El así llamado “hombre común”, esto es, nosotros debemos empeñarnos hoy y aquí en nuestra tarea de científicos y maestros para llevar a cabo en la vida diaria el proyecto: Ciudadanía a través de la Educación -no para las personalidades excepcionales que han sido mencionadas aquí- sino para el “ciudadano medio”. La sociedad civil se refiere a la “capacidad de autoorganización cooperativa, orientada hacia el bien común de la sociedad”. Ella es la que realiza la pregunta acerca de *“cómo deben ser practicados e incentivados a nivel de las instancias diarias el sentido y la preocupación por el desarrollo de la vida”* (J. von Soosten). La educación y la sociedad civil son un ideal en el Estado constitucional. Los valores que las unen son: la libertad y la dignidad humana, la democracia y la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad, la disposición al esfuerzo, el profundo respeto a la vida, el amor por la paz, la capacidad de crítica y el sentido de justicia incluso en miras de las generaciones futuras, así como la conciencia ecológica (la participación ciudadana). Lo que para el joven ciudadano son “objetivos educativos” se convierten para el adulto en “valores orientadores”. La identidad nacional y europea van unidas. La “Europa de los países padres” de De Gaulle preserva de esta forma su sentido. La educación convierte a Europa en el “país madre”.

## Bibliografía

- BLANKE, H.-J., Europa auf dem Weg zu einer Bildungs- und Kultargesellschaft, 1994.
- BLANKERTZ, H., Bildung im Zeitalter der großen Industrie, 1969.
- BÖHME, G., Die philosophischen Grundlagen des Bildungsbegriffs, 1976.
- DAHRENDORF, R., Bildung ist Bürgerrecht, 1965.
- ENGELHARDT, U., Bildungsbürgertum, 1986.
- FUHRMANN, M., Bildung. Europas kulturelle Identität, 2002.
- Der europäische Bildungskanon des bürgerlichen Zeitalters, 1999.
- GLOTZ, P. - FABER, K., Richtlinien und Grenzen des GG für das Bildungswesen, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, S. 1363 ff.
- HÄBERLE, P., Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981.
- Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998.
  - Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 3. Aufl., 2004.
  - Europäische Verfassungslehre, 3. Aufl., 2005.
- HENTIG, H. von, Bildung, 1996.
- KANT, I., Ausgewählte Schriften zur Pädagogik und ihrer Begründung, Ausgabe 1963.
- JACH, F.R.; Schulverfassung und Bürgergesellschaft in Europa, 1999.
- KROESCHELL, K., Art. Bürger, in: HRG I. Bd. 1971, Sp. 543 ff.
- LITT, T., Das Bildungsideal der deutschen Klassik und die moderne Arbeitswelt, 1955.
- MEINECKE, F., Weltbürgertum und Nationalstaat, Ausgabe, 1962.
- MENZE, C., Art. Bildung, in: Staatslexikon Bd. I, 7. Aufl., 1985 und 1995, Sp. 783 ff.
- Art. Bildung, in Enzyklopädie Erziehungswissenschaft Bd. 1 1982, S. 350 ff.
- MITTELSTRASS, J. (Hrsg.), Art. Bildung, in: Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1 (1995), S. 313 f.
- MÜNKLER, H. (Hrsg.), Bürgerreligion und Bürgertugend, 1996
- PREUSS, U.K., Der EU-Staatsbürger - Bourgeois oder Citoyen, in: G. Winter (Hrsg.), Das Öffentliche heute, 2002, S. 179 ff.

RICHTER, I., *Bildungsverfassungsrecht*, 1973.

SMEND, R., *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), jetzt in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl., 1968, S. 309 ff.

SOOSTEN, J. von, Art. Bürgertum und Bürgergesellschaft, in: *Evangelisches Soziallexikon*, 2001, Sp. 226 ff.

VIERHAUS, R. (Hrsg.), *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung*, 1980.

WITTINGER, M., *Der Europarat: Die Entwicklung seines Rechts und der europäischen Verfassungswerte*, 2005.

## Notas:

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en Alemania, pronunciado el 10 de abril de 2007.

\*\*Dr. H.C. Mult., director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica de la Universidad de Bayreuth; director del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo.

<sup>1</sup> El texto clásico más bello es de V. HAVEL: el dominio de las leyes, en *Meditaciones de verano*, 2ª ed., 1994, págs. 14 y ss., 26 y s.: *“La sociedad civil, que está fundada sobre la universalidad de los derechos humanos, es la que mejor nos posibilita realizarnos como personas, como lo mejor que somos, esto es, no sólo como miembros de nuestro pueblo, sino también como miembros de nuestra familia, de nuestra comunidad, de nuestra región, nuestra iglesia, nuestras asociaciones profesionales, nuestros partidos políticos, nuestro Estado, nuestra comunidad supraestatal y todo aquello que nos evidencia como pertenecientes al género humano, esto es, como personas, como seres humanos concretos, cuya esencia individual encuentra su expresión primaria, natural y a la vez universal, en su estatus de ciudadano, es decir, en su ser ciudadano en el sentido más profundo de la palabra”*.

<sup>2</sup> N.d.T: “Staatsbürgerschaft” (Ciudadanía) en alemán significa literalmente: “Ciudadano del Estado”.

<sup>3</sup> N.d.T: “Staatsangehörigkeit” (Nacionalidad) en alemán es una palabra compuesta de los términos “Estado” y “pertenencia”.

<sup>4</sup> En Inglaterra existe una norma infralegal que reza: “Citizenship gives pupils the knowledge, skills and understanding to play an effective role in society at local, national and international levels. It helps them to become informed, thoughtful and responsible citizens who are aware of their duties and rights. It promotes their spiritual, moral, social and cultural development, making them more self-confident and responsible both in and beyond the classroom. It encourages pupils to play a helpful part in the life of their schools, neighbourhoods, communities and the wider world. It also teaches them about our economy and democratic institutions and values; encourages respect for different national, religious and ethnic identities; and develop pupils’ ability to reflect on issues and take part in discussions”. En Finlandia una disposición gubernamental dice: “The target for education is to support the pupils’ development into people with harmony and a healthy ego and as members of society with skills to take a critical view of their social and natural environment. The basis is respect for life, nature and human rights as well as appreciation of their own and others’ learning and work”. (Ambos textos son citas del mencionado estudio del Consejo Europeo).

<sup>5</sup> Compárese la bella expresión de J. BURCKHARDT (*Weltgeschichtliche Betrachtungen*): *“Cada cultura es tarea de aprendizaje, guía y cultura guía para todos aquellos que han nacido en ella, y cuantas más culturas una persona conozca en el transcurso de su vida, tanto más libre y sabia será su visión sobre la propia cultura, y le será más fácil reconocer cuanto antes los vicios de su cultura y las ventajas de la cultura ajena”*.

## RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN NEUQUÉN, DR. JOSÉ DANIEL CESANO

*Palabras de presentación a cargo del Presidente honorario, Dr. Pedro J. Frías*

Es muy alentador para mí, cumplir el saludo en nombre de la Academia, al nuevo miembro correspondiente en Neuquén, José Daniel Cesano.

Personalmente lo conozco recién, pero ya hace tiempo que la Revista La Ley, Razón y Justicia me reveló la calidad de que eran capaces sus editores: Marcelo López Mesa, también correspondiente, en esa provincia, y que ahora vive en Capital Federal y José Daniel Cesano.

Neuquén nunca me fue indiferente. Una sociedad y una ciudad de calidad, en parte debido a las regalías petroleras. He recogido fósiles, he dado cursos en la Universidad del Comahue, he conocido algunos de sus gobernadores y la última visita, nos permitió regalar a la Gobernación un retrato al óleo, restaurado, del fundador Carlos María Bouquet Roldán, tío abuelo de mi mujer.

Recibido de abogado en nuestra Universidad Nacional, se instaló en aquella ciudad, como tantos otros profesores universitarios de Córdoba. No puedo callar el estímulo que sentía yo como docente al advertir en mis repetidas recorridas de la Patagonia el bien que han hecho nuestros egresados en las nuevas provincias.

Hablo de “nuevas provincias” porque por largos años fueron territorios nacionales. La sociedad acrecía por los migrantes, iba ensayando sus instituciones públicas, los partidos políticos nacionales se instalaban y todas las expresiones sociales se iban formando.

Los egresados de nuestra Universidad fueron ministros, magistrados, altos funcionarios, constituyentes y personalidades en la sociedad en formación.

La vida me dio oportunidades de conocerlos: Tierra del Fuego, Neuquén y el Chaco, me encargaron proyectar sus constituciones, lo que me vinculó a su dirigencia política.

Cesano se destacó siempre: desde que se doctoró en Córdoba con nota sobresaliente, en el ejercicio libre de la profesión, aunque ahora suspendida dicha actividad porque es secretario penal del Superior Tribunal.

De su carrera docente, sólo digo que ha sido profesor en la Universidad del Comahue y actualmente es profesor de derecho penal en la Universidad Católica de Salta (sede Neuquén) y profesor permanente en varios postgrados, pero también es poeta.

¿Para qué alabar sus 16 libros, incorporados a la biblioteca de la Academia? Lo que me sorprendió era su abundante autoría en revistas extranjeras de derecho penal. ¿Cómo puede ser tan conocido quien trabaja en Neuquén? Lo mismo diré de sus conferencias. Es miembro científico de dos universidades extranjeras. Debo destacar también que es autor muy citado en obras y en fallos judiciales.

Hay tanto que decir. Pero al final con alegría de que nuestra Academia sea la del país interior, lo que le otorga una personalidad especial y honrosa.

*Palabras introductorias del Dr. José Daniel Cesano*

Señor presidente honorario y actual presidente de la Academia Nacional de Derecho, Dr. Luis Moisset de Espanés; señores presidentes honorarios, Dres. Pedro Frías y Olsen Ghirardi; Sr. vicepresidente, Dr. Juan Carlos Palmero; Sr. secretario, Dr. Julio Altamira Gigena; señoras y señores académicos; estimados colegas; señoras y señores:

Constituye un subido honor para mí, el acto por el cual, en esta inolvidable tarde, cuando ya damos bienvenida a la noche, se produce mi incorporación a esta Academia Nacional de Derecho, como miembro correspondiente por la querida provincia de Neuquén. La finura

espiritual de las palabras del doctor Frías ha dado un marco de calidez y emoción que convierte este momento en uno de aquellos instantes que adquieren, por su significación personal y trascendencia, una magia inigualable.

En tales trances, el primer sentimiento que surge en uno, junto con la gratitud, es el recuerdo y el reconocimiento para todos aquellos que nos han nutrido con su ejemplo, enseñanzas o apoyo. Don Manuel de Rivacoba y Rivacoba siempre recordaba que los penalistas disponemos de una frase insuperable a la que podemos apelar. Son las palabras que dirigió Carrara a Gaetano Pieri, su viejo maestro en el Liceo de Lucca, que vienen espontáneas y rotundas a los labios de quien, con la humildad que corresponde, reconoce una deuda: ¡Lo debes a ellos!... *non mihi, sed vobis*.

Como siempre sucede, todo acto de reconocimiento no puede ser exhaustivo. En ocasiones, cuando hago un alto y recapacito sobre esto, me viene a la memoria aquella metáfora de Borges cuando buscando las opciones para deshacerse del *Libro de arena*, desechó la idea de quemarlo, por cuanto la combustión de un libro infinito sería parejamente infinita. Parangonando al poeta pienso que recordar y agradecer a todos aquellos de los que me considero deudor constituye un acto esencialmente justo, pero como es infinito su número, temo también que infinito sería su enumeración. Pero aún a riesgo de ciertas omisiones involuntarias quiero dejar expresa constancia de algunos nombres.

No hay federalismo sin cultura federal y la cultura federal se nutre de una compleja red de cursos que convergen: comportamientos cívicos, actitudes políticas y económicas y, en no poca medida, con las manifestaciones científicas locales sobre el fenómeno jurídico; manifestaciones que, como lo recordara Ricardo Núñez, tienen valor “como expresión y sedimentación de un real federalismo jurídico”. En este contexto, no puedo menos que expresar mi más hondo agradecimiento al Dr. Pedro Frías por su incansable espíritu motivador de las expresiones jurídicas locales. Ese apoyo generoso constituye uno de los motores que alimentan la fuerza expansiva de la producción científica en las provincias. Por cierto que, en esta labor, también lo acompaña el Instituto del Federalismo de esta Academia, hoy presidido por el Dr. Antonio María Hernández.

Mi deuda con el Dr. Jorge de la Rúa es inmensa: con él di mis primeros pasos en la docencia universitaria en la vieja Facultad de Derecho de Córdoba; él me enseñó a concebir al derecho penal como un sistema de garantías; fue él quien, con su generosidad y respeto, escuchó y aconsejó mis primeras inquietudes en la investigación jurídica.

Al Dr. Daniel Carrera: no tuve la suerte de ser su alumno pero la solidez de su obra así como el apoyo, a través del intercambio epistolar que mantuvimos en años anteriores, constituyó, para mí, una fuente inagotable de aprendizaje y estímulo.

Mi reconocimiento también se extiende a varios miembros de esta corporación que por sus enseñanzas o actitudes, hicieron posible, pese a la distancia, continuar ligado a mi querida Córdoba: el Dr. Fernando Martínez Paz, que me invitó a participar en varias ediciones del programa de perfeccionamiento de investigadores en la enseñanza del derecho, en el marco de su interesante propuesta epistemológica del análisis multidimensional; a los Dres. Ramón Daniel Pizarro y Armando Andruet, por sus generosas invitaciones para colaborar con prestigiosos emprendimientos editoriales de la cultura jurídica de Córdoba.

No puedo dejar de señalar aquí, mi profundo reconocimiento para mi colega Marcelo López Mesa: lo que primero nació como una inquietud para construir, desde Neuquén, espacios para la cultura jurídica; con el tiempo -y durante más de trece años- dio paso a una entrañable amistad, que perdura con toda lozanía.

Tanto durante mis años de alumno como de docente, diversos fueron los profesores de los que me siento deudor: al Dr. Luis María Bonetto, mi primer docente de derecho penal, quien determinó mi vocación; al Dr. José Antonio Buteler, quien con su entusiasmo me motivó a emprender la tesis doctoral. También otro grupo de profesores permitió que las puertas y las cátedras de la Universidad de Córdoba, permanecieran, pese a la distancia, abiertas: vaya mi

agradecimiento, pues, a los Dres. Carlos Lascano, María Cristina Barberá de Riso, Aída Tarditti y José Cafferata Nores.

Un reconocimiento muy especial para la Dra. Hilda Marchiori: con ella continuamos, también, el dialogo epistolar; y tanto sus palabras como su actitudes han sido siempre fuente de aliciente permanente.

Un agradecimiento muy particular a mis amigos y colegas generacionales: su diálogo, apoyo, cariño y mi aprendizaje permanente en sus obras, exige un reconocimiento también especial; no sólo como juristas sino como personas excepcionales. Quede, entonces, expresada mi gratitud para Gustavo Arocena, Fabián Balcarce, César Fortete, María Garay, Guillermo Lariguet, Ana Lombardi y Jorge Perano.

Mi reconocimiento, también, a mi apreciado editor, Sr. Luis Alveroni, su familia y colaboradores, que siempre estuvieron presentes, apoyándome en toda iniciativa.

Quiero, asimismo, expresar mi gratitud hacia mis padres -hoy aquí presentes- Alicia y José: ellos no sólo me brindaron una educación esmerada sino que, dentro de un hogar lleno de cariño, me orientaron por los caminos de lo bueno y de lo correcto.

A mi esposa, Alejandra, también mi gratitud: su mirada es y será siempre para mí, la mirada del amor. Y sin amor, los sentidos de la vida se desvanecen.

Finalmente mi reconocimiento a Ailín y a Matías por el afecto compartido.

Permítaseme concluir este agradecimiento con una breve reflexión: con su ironía tan particular, Erasmo de Rotterdam en aquella obra inmortal, *Elogio de la locura*, hablaba de los juristas y comparándolos con Sisifo expresaba: “*suben eternamente a la piedra urdiendo en su cabeza un cúmulo de leyes, sin importarles un comino que vengan o no vengan a pelo, amontonando comentarios, opinión sobre opinión (...)*”. La mordacidad de este insigne humanista nos pone a cubierto respecto de las funciones de la investigación y el estudio del derecho en nuestras sociedades. Bien ha dicho uno de los miembros de esta Academia, el Dr. Efraín Richard: “*Las ciencias jurídicas son ciencias de medios para la realización del hombre viviendo en sociedad, que aportan técnicas para perfeccionar su acción comunitaria. (...). La meta del conocimiento jurídico es la vida humana, el desarrollo del hombre (...)*” (confr. *La enseñanza del derecho hoy: ¿Para qué formamos abogados?*). Y bien, mi sincero compromiso frente a ustedes en esta noche es el de continuar en aquella senda. Sin duda, las enseñanzas, ejemplos y actitudes de quienes integran esta Corporación y de mis queridos colegas y amigos que hoy me acompañan, constituirán el mejor apoyo para redoblar mi entusiasmo y esfuerzo.

Muchas gracias.



# DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CONDENADOS A PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y RESTRICCIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS: EN BÚSQUEDA DE LOS LÍMITES DEL LEGISLADOR Y DE LA ADMINISTRACIÓN \*

por JOSÉ DANIEL CESANO

**SUMARIO:** I. Los derechos fundamentales y las garantías de legalidad ejecutiva y tutela judicial efectiva. II. En búsqueda de criterios para limitar la actividad legal y reglamentaria: 1. Introducción. 2. El marco general de análisis. 3. Una construcción con relación al ámbito penitenciario. III. Algunas tensiones entre los derechos fundamentales y la actividad legislativa y reglamentaria en el ámbito penitenciario. IV. Conclusiones.

## I. Los derechos fundamentales y las garantías de legalidad ejecutiva y tutela judicial efectiva

Uno de los pilares del Estado constitucional y democrático de derecho consiste en reconocer a cada individuo un ámbito de libertad que le es inherente, y que está protegido contra las intervenciones provenientes del Estado y de las demás personas.

De acuerdo con ello, si entendemos que la libertad es -en una aproximación general y sin ánimo de adentrarnos en la riqueza del debate filosófico desarrollado en derredor de este concepto<sup>1</sup>- la aptitud de la persona para obrar sin coacciones, resulta plausible afirmar que ella puede manifestarse de diversas formas. En este sentido, es razonable decir que, según el ámbito de autodeterminación que proteja la inmunidad de coacción, la libertad puede adquirir expresiones físicas o sociales<sup>2</sup>.

En el orden físico, la libertad de la persona es su capacidad de autodeterminarse en el tiempo y en el espacio sin restricciones que no provengan de justa causa. Desde esta perspectiva, ser libre equivale a no hallarse sometido a ninguna forma de impedimento para disfrutar de autonomía con el fin de moverse y de pleno arbitrio para escoger las opciones materiales de cotidianidad. La libertad física garantiza a toda persona el derecho a buscar el lugar donde permanecer y a escoger los sitios donde no quiere hallarse. En esta esfera se desenvuelven la libertad personal, la libertad de circulación y la libertad de residencia.

En su proyección social, la libertad es la potencia de la persona para decidir su particular proyecto de vida y para adoptar, entre las más amplias opciones legítimas, los comportamientos y actos que estime conformes a ese proyecto e idóneos para lograrlo. Asociados a este plano de la autodeterminación se encuentran, entre otros, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a las libertades de conciencia y religión, el derecho a la libertad de información, opinión, expresión, etc..

Quienes se encuentran cumpliendo una pena de prisión están sometidos a un régimen que restringe de manera rigurosa la libertad *en su proyección física*. Más específicamente: lo que ven afectado es -en palabras de Posada Segura- la *libertad de abandono del centro penitenciario donde se está cumpliendo la condena*<sup>3</sup>.

El problema más grave, sin embargo, se vincula con la posible afectación de las demás proyecciones sociales de la libertad. Recuérdese que hemos mencionado, entre los derechos que pueden ejercitarse en ese ámbito (proyección social de la libertad) al derecho a un desarrollo personal. Este derecho, ha sido caracterizado en la doctrina italiana reciente por Ruotolo, como un valor que *“permite interpretar correctamente el catálogo constitucional positivo individualizando, en la parte relativa a las libertades, su tendencial omnicomprensividad”*<sup>4</sup>. Ello así, por cuanto, *“el concepto de libertad previsto en la Constitución se presenta en los términos de una libertad positiva, entendida como autodeterminación del individuo en todas las direcciones posibles (civiles, ético-sociales, económico-políticas, etc.)”*<sup>5</sup>. De allí que a su amparo se desarrollen dimensiones tan variadas como la de la libertad de crear una familia, la opción de ejercer la maternidad, el derecho a la sexualidad, etc..

En el ámbito penitenciario, frente a la posible afectación de estas expresiones sociales de la libertad, se hace indispensable construir mecanismos de protección que eviten desbordes ilegítimos. Y es aquí donde cobran relevancia dos garantías esenciales: la de legalidad ejecutiva y la tutela judicial efectiva <sup>6</sup>.

En efecto, el estado de encarcelamiento “no significa que los derechos de la persona puedan ser totalmente descuidados, sino que [...] las respectivas manifestaciones exteriores de esos derechos deben ser permitidas” <sup>7</sup> en caso de que no resulten contrarias a la esencia de la pena que se ejecuta. Como lo sostiene, en la literatura jurídica portuguesa, Pinto de Miranda Rodrigues: “[...] el recluso mantiene, durante la ejecución de la pena, la titularidad de los derechos fundamentales; [...] la restricción de [...] [esos] derechos, libertades y garantías [...] tiene que operarse por vía legal [...] y [...] la ley sólo puede restringir esos derechos cuando la limitación sea ‘inherente al sentido de la condena’ o ‘impuesta en nombre del orden y seguridad del establecimiento’[...]” <sup>8</sup>.

Por su parte, la vigencia de la garantía de legalidad requiere del fortalecimiento de la tutela judicial. Como tempranamente lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español: “es el juez de Vigilancia Penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos condenados al constituir un medio efectivo del control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” <sup>9</sup>.

## II. En búsqueda de criterios para limitar la actividad legal y reglamentaria

### 1. Introducción

Ahora bien, el principio de legalidad en tanto exige que la limitación de un derecho fundamental emane de una norma del Congreso, sin duda, representa un avance. Empero, este criterio de validez **formal** no es, todavía, suficiente. Y no lo es por cuanto -como lo ha sostenido Ferrajoli- “el sistema [...] sobre la producción de normas [...] no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al Poder Legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma -por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad- por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción” <sup>10</sup>.

Esta distinción es relevante por cuanto, la ley -y no pocas veces, la actividad reglamentaria que a partir de ella se construye- limitan derechos de los internos apelando a expresiones cargadas de vaguedad; en efecto: ¿cuándo una restricción resulta “inherente al sentido de la condena”?; ¿cuándo puede considerarse “impuesta en nombre del orden y seguridad del establecimiento”?

Estas preguntas no son, en absoluto, ingenuas desde que su formulación se corporiza en conceptos que se caracterizan por su notoria **indeterminación**. Máxime teniendo en cuenta que, en no pocos casos, sectores corporativos (representados por los funcionarios penitenciarios) actúan como grupos de presión expertos que -al decir de Díez Ripollés- pueden “realizar importantes manipulaciones de los hechos a analizar y [...] de las propuestas a formular, que pueden determinar notablemente el ulterior devenir legislativo” <sup>11</sup> y -agregamos nosotros- reglamentario.

Esta última apreciación es muy relevante desde que, en el ámbito penitenciario -y a pesar de las críticas tanto doctrinarias como de los innegables avances que se vienen plasmando en los desarrollos de los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos <sup>12</sup>- tiene, todavía, un fuerte arraigo, la teoría administrativista de las relaciones especiales de sujeción. ¿Y cómo no ha de tener predicamento en la praxis penitenciaria esta doctrina -elaborada en Alemania a partir de las obras de Laband y Mayer <sup>13</sup>- si, como lo refiere Reviriego Picón, recordando las enseñanzas

de Martínez Escamilla, a través de su actuación “*le aflojamos el corsé [...] [al] principio de legalidad, de la reserva de ley y del respeto a las garantías de los derechos de los administrados?*”<sup>14</sup>.

Por eso resulta tan importante buscar criterios que permitan limitar la actividad legislativa y reglamentaria en la medida en que, bajo la vaguedad e imprecisión que subyace a la invocación de razones de orden y seguridad o de que determinada restricción resulta inherente al sentido de la condena, puedan afectarse derechos fundamentales de los internos.

## 2. El marco general de análisis

Para quienes admiten la posibilidad de limitar legalmente el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, constituye una preocupación recurrente la búsqueda de condiciones precisas que den un marco a esta actividad limitadora.

Con tal propósito, durante mucho tiempo, la teoría constitucional desarrolló la denominada *cláusula del contenido esencial*<sup>15</sup>. De hecho, diversos textos constitucionales europeos, expresamente aluden a este criterio. Así lo hacen, por ejemplo (y aun cuando con ciertos matices diferenciales), la Ley Fundamental alemana de 1949 (art. 19 incs. 1 y 2) y la Constitución española de 1978 (art. 53, apartado 1º).

El funcionamiento de este principio se articula sobre la distinción entre un núcleo esencial del derecho, resistente a cualquier transformación y, por tanto, beneficiario de ese efecto específico de protección y una zona exterior a él que sí está expuesta a la evolución y al cambio; por lo que en ella no es aplicable el efecto específico de protección<sup>16</sup>.

Sin duda, uno de los problemas más arduos que ofrece esta cláusula se vincula con el método de determinación del contenido esencial.

Los esfuerzos desarrollados en este sentido han sido muy variados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en algunos de sus fallos, explicó este concepto indeterminado graficando la situación con la de dos círculos concéntricos; correspondiéndose con el más oculto o interno, el contenido esencial o el ámbito nuclear de protección, y con el círculo exterior, el contenido periférico o accidental del derecho. Respecto del primero (contenido esencial) se prohíbe cualquier afectación por cuanto significaría el vaciamiento de ese derecho; hipótesis que no se verificaría si la intervención legislativa se vincula con el círculo exterior.

El concepto recién ensayado nos conduce, en forma inevitable, a plantear las dos teorías desenvueltas en derredor de esta categoría; esto es: las tesis absoluta y relativa. La diferencia principal entre las teorías absolutas y relativas reside en que, “desde un entendimiento relativo de la garantía, no hay distinción entre ésta y el principio de proporcionalidad, toda vez que el contenido esencial queda reducido peligrosamente al hacerse depender de la justificación de la limitación. Por el contrario, desde una concepción absoluta, el contenido esencial permanece a toda costa inalterable con independencia de la justificación de la limitación, pues esa parte del contenido del derecho siempre es la misma, esto es, absoluta”.

Si se repasa la doctrina judicial de algunos tribunales constitucionales europeos -siguiendo sus líneas maestras y con el consiguiente riesgo que entraña toda generalización- podría decirse que, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán como el Tribunal Constitucional español se han pronunciado en favor de la teoría absoluta. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha expresado, por ejemplo, que: “ni siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; ni cabe una ponderación de acuerdo con el criterio de proporcionalidad”<sup>17</sup>.

No obstante lo dicho, Prieto Sanchís ha señalado que “*en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora*” se orienta “*más bien a la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva*”<sup>18</sup>; con lo cual, y sin hacer abandono de la cláusula de contenido esencial, actualmente parecieran imponerse ciertas concepciones que tratan de armonizar las diferencias entre las teorías absolutas y relativas. En esa dirección, Häberle se ha mostrado partidario de la conjunción de ambas técnicas, pues

considera que se ha de estudiar la garantía del contenido esencial abandonando posturas extremas; es decir: poniendo en relación la denominada teoría absoluta, para lo cual lo importante es un núcleo mínimo intangible de las libertades jurídico-fundamentales, con la teoría relativa basada en la indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican la limitación de los derechos fundamentales <sup>19</sup>. Esta propuesta, por lo demás, aparece ya con cristalización positiva en algunos textos constitucionales, cual es el caso del art. 18, apartados 2º y 3º, de la Constitución portuguesa de 1976.

En lo que hace a nuestro ordenamiento jurídico, si bien no encontramos una cláusula tan explícita como la ofrecida por los sistemas extranjeros ya citados (esto es: Alemania, España y Portugal), esto no significa que aquellos desarrollos argumentativos no puedan ser aquí aplicados.

En este sentido, como lo ha demostrado Cianciardo <sup>20</sup>, ya antes de la reforma constitucional de 1994, el principio de proporcionalidad se lo hacía reposar en el texto de los arts. 28 y 33 de la Constitución histórica; fundamentación que, con la incorporación de los distintos instrumentos de derechos humanos que menta el art. 75 inc. 22, 2ª cláusula, C.N., se torna aún más visible a través del art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica.

Hasta aquí nos hemos ocupado de los límites del legislador. Pero ¿qué sucede con la actividad reglamentaria de la administración?

En virtud de lo dispuesto por el art. 99 inc. 2 C.N., el Poder Ejecutivo expide los “reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. La última precisión de la norma constitucional importa afirmar -en palabras de Fernández Salmerón- que “*el reglamento, en tanto que producto normativo esencialmente subordinado, debe respetar una serie de límites como requisito inexcusable para su validez*” <sup>21</sup>; límites que, precisamente, se vinculan con el respeto a la jerarquía normativa y a la adecuación a los derechos fundamentales que surgen de la parte dogmática de nuestra Ley Fundamental y de los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad <sup>22</sup>.

De manera tal que, como principio general, resultará inadmisibles, desde una perspectiva constitucional, que a través de un decreto reglamentario se restrinja un derecho fundamental cuando la ley no lo ha hecho.

Igualmente, si una ley -respetando los criterios ya trazados (esto es, la conjunción entre el respeto al núcleo esencial y a la proporcionalidad)- restringe un derecho fundamental, la norma reglamentaria no podrá intensificar, aún más, la limitación del derecho ya afectado. En tal sentido, quizá, uno de los aspectos más interesantes sea el de analizar si, tales reglamentaciones, se adecuan o ajustan a la ley o si, por el contrario, la facultad reglamentaria, en algunos casos, la desborda en perjuicio de los derechos del interno.

El tema planteado no es, por cierto, patrimonio exclusivo del derecho de ejecución penal. Es por ello que, antes de tratarlo desde la perspectiva estrictamente penitenciaria, se hace necesario describir, mínimamente, esta problemática desde la óptica más general del derecho constitucional y administrativo.

Ha sostenido Bianchi que un análisis de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación permite apreciar que, el máximo Tribunal Nacional, ha redactado algunas fórmulas generales a las cuales acude cuando tiene que resolver la validez constitucional de un reglamento de ejecución. La más frecuente dice así: el Poder Ejecutivo no excede en su facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquella o constituyan medidas razonables para evitar su violación y se ajusten, en definitiva, a su espíritu <sup>23</sup>.

Obviamente, puede ocurrir que el decreto no utilice idénticas expresiones que la ley que reglamenta pero no por ello habrá un exceso si ha respetado el espíritu del texto legal. Sin embargo es posible que haya, en las normas reglamentarias, una auténtica incompatibilidad con los preceptos legales o que establezcan excepciones irrazonables, frustratorias de los fines

perseguidos por el instituto legal. Tales casos, conforman las hipótesis de exceso a la que antes aludíamos.

Es claro que, en caso de verificarse un desborde en la reglamentación, dicho acto deviene inconstitucional. Ello así, por cuanto, de esta manera, el Poder Ejecutivo se está arrogando potestades legislativas y conculcando la división de poderes que debe ser asegurada en un Estado republicano.

### 3. Una construcción con relación al ámbito penitenciario

Enmarcada la discusión en sus límites teóricos y normativos generales, corresponde ahora focalizar el objetivo al ámbito penitenciario.

Desde nuestra perspectiva cualquier ley que pretenda restringir un derecho en función del orden y la seguridad del establecimiento debe quedar subordinada a los dos principios limitativos de la actividad del legislador que anunciáramos más arriba y que, de acuerdo con la concepción que reputamos como más favorable para la plenitud de los derechos, funcionarán de manera complementaria: **el de proporcionalidad** (en el sentido que, el sacrificio que supone la restricción del derecho, debe estar justificado en atención al mayor valor del interés que se pretende resguardar a través de la limitación)<sup>24</sup> **y el de preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales reconocidos** (definido sobre la base de que, aún cuando exista un interés razonable, éste no puede llegar a esterilizar, en forma absoluta, el derecho amparado).

Veamos un ejemplo desarrollado a partir de un sistema legislativo **hipotético**. Es evidente que, pese a la condena, el interno no puede ver afectado su derecho a comunicarse, libremente, en forma epistolar. Esta comunicación supone tanto el derecho a recibir como enviar correspondencia.

Supongamos que recibe una carta. Es razonable que, en estos casos, la misiva sea revisada por la autoridad administrativa a través de sensores u otros medios eficaces para detectar la posible introducción de objetos o sustancias no autorizadas; e incluso que se exija su apertura, por el destinatario, en presencia de un funcionario<sup>25</sup>. Es posible que esta circunstancia pueda ser entendida como una restricción a la expectativa de intimidad del interno; empero, la limitación de tal derecho pareciera ser proporcionada frente al interés que se quiere salvaguardar (piénsese, por ejemplo, que a través de ese control pretenda evitarse la introducción de sustancias prohibidas [v.gr., estupefacientes]).

Imaginemos ahora que, en esa carta recibida, efectivamente, se intentó introducir una sustancia prohibida. A partir de la constatación de esta circunstancia, el director del establecimiento suspende el ejercicio del derecho del interno a recibir comunicaciones escritas. Supongamos que, el modelo legislativo en cuestión, establezca una suspensión *sine die* del derecho<sup>26</sup>.

No hay duda que tal actitud sería legal.

Pero ¿sería, constitucional, desde una perspectiva de validez sustancial, de acuerdo con la terminología utilizada por Ferrajoli?

Consideramos que no por cuanto la autorización legal terminaría neutralizando un derecho constitucionalmente amparado. En otras palabras: si existe un mecanismo específico con la finalidad de evitar el ingreso de sustancias prohibidas (revisión de la correspondencia y apertura ante el funcionario) ¿cuál sería el sentido de tolerar una suspensión a un derecho tan elemental? Pareciera que aquí, el contenido esencial de un derecho constitucional quedaría vacío, frente a una consecuencia poco flexible de la ley; la que, en este caso hipotético, contaría con instrumentos menos lesivos para resguardar los fines de seguridad que se persiguen.

Vayamos ahora, dentro del mismo derecho que venimos tratando (derecho a la comunicación) a analizar la cuestión de los límites en la actividad reglamentaria. Detengámonos en una manifestación particular de este derecho; concretamente, el secreto de las

comunicaciones. Aquí, nuestro desarrollo partirá de un caso real; esto es, no hipotético como el anteriormente efectuado.

En 1979 se dictó, en España, la Ley Orgánica General Penitenciaria. Dicha ley no exceptuaba del régimen general el tratamiento de las comunicaciones postales entre internos de diversos establecimientos. Antes bien, las previsiones de la ley *“parecían acoger bajo su tenor todo tipo de comunicaciones [...] [n]o en vano la misma rúbrica del Capítulo VIII del Título II [...] no era otra que ‘Comunicaciones y visitas’. Sin mayores precisiones o acotaciones”*<sup>27</sup>. La precitada ley orgánica determina, como primera providencia, que los internos en los centros penitenciarios se encuentran autorizados para comunicarse periódicamente, bien de forma escrita, en su propia lengua -con el máximo respeto de la intimidad-, tanto con sus familiares o amigos como con los representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria. Ello, lógicamente, en el supuesto de que no se hubiera producido su incomunicación judicialmente. Las eventuales restricciones que menta la ley, encuentran justificación en razones de seguridad y buen orden del establecimiento. Esta potestad está atribuida al director del centro penitenciario, que habrá de hacerlo en forma motivada, por causas concretas que justifiquen la medida restrictiva y dando cuenta siempre a la autoridad judicial competente.

Dos años después de la sanción de la ley, en 1981, se dictó el Real Decreto 1201, conocido como Reglamento Penitenciario. Y este decreto optó por singularizar las comunicaciones escritas que pudieran cursarse entre sí, los internos alojados en distintos centros penitenciarios. Y lo hizo en una forma sensiblemente restrictiva (en comparación con el texto de la ley), al establecer que *“[e]n todo caso, la correspondencia entre los internos de distintos establecimientos se cursará a través de la dirección y será intervenida”*. De hecho, los juzgados de Vigilancia Penitenciaria advirtieron el desborde reglamentario. Y así, a título de ejemplo, por auto del 12 de agosto de 1992, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria, estimó procedente la queja de un interno al que se le habían intervenido las comunicaciones con otra interna de otro centro penitenciario, con invocación al texto del decreto, *“señalando que las previsiones del Reglamento vulneraban el principio de jerarquía normativa y no tutelaban de manera efectiva el secreto de las comunicaciones”*<sup>28</sup>. Igual posicionamiento adoptó el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla, en auto del 13 de octubre de 1995<sup>29</sup>.

Como producto de esta situación, casi tres lustros después, con el nuevo Reglamento Penitenciario dictado en 1996, se enmendó esta situación, exigiéndose resolución motivada del director que justificase la medida e inmediata comunicación al juez. De esta manera -y como lo advirtió la más calificada doctrina española- la restricción *“ya no era ‘en todo caso’ sino que nos encontrábamos ante una mera habilitación, a la que, lógicamente habrían de dar contenido los principios antes referidos por la ley para las limitaciones genéricas”*<sup>30</sup>.

### **III. Algunas tensiones entre los derechos fundamentales y la actividad legislativa y reglamentaria en el ámbito penitenciario**

Precisados ciertos criterios y vinculados ya con la cuestión penitenciaria, en esta parte de la exposición, intentaremos poner de relieve ciertas áreas en donde las fricciones pueden hacerse más evidentes. Para ello nos referiremos no sólo a la situación argentina sino que, además nos detendremos en algunos casos de los que da cuenta la doctrina judicial comparada.

Refiere el destacado constitucionalista colombiano Carlos Bernal Pulido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad -que en nuestro sistema positivo encuentra fundamento en los arts. 20, apartado 1º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y XXIX de la Declaración Americana; ambos integrantes, a partir de la reforma de 1994, del bloque de constitucionalidad federal<sup>31</sup>- representa una suerte de cláusula general residual de libertad que no se superpone con los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas con reconocimiento expreso (v.gr., expresión, conciencia, intimidad, etc.). Por tal razón dentro de su ámbito -y como ya lo anticipamos- se enmarcan asuntos tan heterogéneos como la posibilidad

de contraer matrimonio, ser madre, definir la apariencia, la clase de educación que se quiera tener, el procedimiento médico que se está dispuesto a aceptar cuando se está enfermo, etc.<sup>32</sup>.

Precisamente dentro de este ámbito, se han provocado algunas tensiones con la actividad legislativa y reglamentaria en cuanto se pretendió limitar los derechos de los internos. Veamos algunos ejemplos.

Un caso interesante es el que tuvo que conocer el Tribunal Constitucional español a través de la Sent. N° 49/1996. Entre las hipótesis de hecho que se habían planteado en el amparo, se encontraba la siguiente situación: la administración penitenciaria, invocando la norma legal que pone en cabeza de ésta velar por la salud del interno (art. 3°; apartado 4°, Ley Orgánica General Penitenciaria), pretendió imponerle al amparista (que padecía una grave dolencia) un tratamiento médico forzoso. El Tribunal acogió la acción favorablemente afirmando que: el derecho a la integridad física no consiente la imposición de una asistencia médica contra la voluntad del interno; especialmente razonable a la vista de las discrepancias entre los propios especialistas sobre la operación, y así declaró que “la decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con la finalidad curativa es personalísima y libérrima [...]”<sup>33</sup>. Debe destacarse que, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema positivo, ni aquella norma legal ni la reglamentación entonces vigente (dictada en 1981) poseían una disposición específica como la del art. 149 de la ley 24.660 en donde, expresamente, se requiere, además de la autorización del juez, el consentimiento expreso del interno o de su representante legal. El fallo, también resulta importante por cuanto demuestra la pervivencia, en la mentalidad de los funcionarios de prisión y en la propia legislación específica, de proyecciones derivadas de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción. Ello, sobre todo, si se tiene presente que, no obstante el silencio de dichas disposiciones (que fueron interpretadas en el sentido de una habilitación para imponer el tratamiento), dentro del ordenamiento jurídico español existía ya una clara disposición contenida en la ley general de sanidad (art. 9°) que tutelaba la libertad de tratamiento de los enfermos en general; con excepción de aquellos casos en donde existiera un peligro para la salud o incapacidad del paciente. Aclaremos, sin embargo, que el Reglamento Penitenciario vigente (que data de 1996), en su art. 210, se ha ocupado expresamente del problema del consentimiento en lo que concierne al tratamiento.

Otro ámbito que resulta muy prolífico para estas fricciones está constituido por el ejercicio de la sexualidad; derecho que no ha sido abordado desde la óptica constitucional con uniformidad, ya que, para algunos autores, constituye una de las facetas del derecho a la intimidad y, para otros, conforma una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>34</sup>. Sea cual fuese su encuadramiento, las tensiones que pueden provocarse en este ámbito resultan paradigmáticas. Desde nuestra perspectiva, tesis que también ha sido admitida por la jurisprudencia nacional, pareciera más adecuado enmarcar el derecho como parte de aquél que garantiza el libre desarrollo de la personalidad. Pero veamos cómo puede manifestarse esta tensión. De acuerdo al art. 167 de la ley 24.660, la persona legitimada para la visita íntima es el cónyuge o, a falta de éste, la persona con quien el interno mantiene vida marital permanente. Tal disposición excluye, al menos a partir de un canon interpretativo lingüístico, la posibilidad de que el penado o la penada mantenga la visita con una persona de otro sexo, cuya vinculación afectiva fuese posterior a su privación de libertad. Obviamente, tal situación, resultaría frustratoria de determinados derechos fundamentales. Y sostenemos esto toda vez que cuando el legislador estableció un régimen diferenciado, limitativo del ejercicio de este derecho, utilizó un criterio no razonable. Es que la posibilidad de recibir visitas íntimas no sólo ha sido consagrada como un medio para fomentar la continuidad de una relación afectiva estable, que ya existía al momento de la detención, sino que (y sin dejar de reconocer la importancia de este aspecto), la finalidad de la norma debe ir más allá de ese interés, tutelando, de manera integral, otros derechos que integran el desarrollo de la personalidad; como es, por ejemplo, el derecho a la maternidad. Pensemos en el siguiente caso: una mujer condenada que, al momento de disponerse su encierro, carecía de cónyuge y tampoco mantenía una unión de hecho subsumible en las exigencias de la ley. Si a esta persona se le ha impuesto una pena privativa de libertad muy extensa, es posible que vea frustrado aquel derecho. En esta dirección resulta ilustrativo mencionar el siguiente caso resuelto por nuestros tribunales, con antelación a

la sanción de la ley 24.660, pero utilizando un fundamento normativo similar al que recepta el art. 167. En efecto, una interna condenada a la pena de reclusión perpetua solicitó a la autoridad penitenciaria autorización para acceder al régimen de visitas íntimas. La autoridad administrativa denegó dicho pedido sobre la base de que la norma reglamentaria correspondiente (a la sazón, la Resolución N° 162/93 del Ministerio de Justicia de la Nación) sólo permitía esa posibilidad a los internos que fueran casados o que se encontraban, antes del ingreso a la institución penitenciaria, en una relación de concubinato; extremos éstos que no se cumplimentaban en el caso por tratarse de una relación de amistad que había nacido entre la interna y un miembro de un organismo de derechos humanos que efectuaba visitas de carácter institucional. Ante la negativa, la peticionante solicitó a la Cámara Federal que, como tribunal de ejecución, revisara la medida. La cámara hizo lugar a la autorización entendiendo que las exigencias de las normas reglamentarias, al negar el régimen a quien había logrado una relación estable posterior a la detención, implicaba un tratamiento desigual contrario al art. 16 de la Constitución Nacional. Por otra parte, el tribunal considero que: “[...] atento a la calidad de perpetua de la sanción impuesta a la peticionante [...] cerrar la puerta al beneficio planteado implicaría en el caso de ‘A., C.’ quien cuenta con 38 años de edad, cercenar de manera definitiva la posibilidad de una eventual maternidad, situación ésta que tampoco corresponde ser suplida con la exigencia de una matrimonio civil, toda vez que tal requisito sería violatorio de la norma asentada en el art. 19 C.N.”<sup>35</sup>.

Y aun cuando no se tratara de una situación tan extrema como la recién analizada, estimamos que la restricción legal afectaría, igualmente, otra arista vinculada con el derecho al desarrollo personal; cual es el ejercicio de la sexualidad como manifestación de la dignidad humana<sup>36</sup>. No en vano, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que: “la relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no la anula. La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aun en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad”<sup>37</sup>.

No obstante lo dicho, la situación creada por la ley ha sido corregida a través de la actividad reglamentaria. En efecto, el art. 56, 2ª parte, del decreto nacional 1136/1997, expresamente contempla la siguiente situación: “Prevía evaluación de la calidad del vínculo se podrá autorizar esta modalidad de visita en el caso de una relación afectiva iniciada con posterioridad a la privación de la libertad”. Fortich y Gröer, correctamente, advierten que “*el reglamento excede sus fines ya que además de reglamentar los supuestos contemplados en la ley, crea un supuesto nuevo*”<sup>38</sup>. Si bien, la observación es cierta, resulta evidente que, al tratarse de una cláusula que favorece la extensión de un derecho, la situación no tensiona la garantía de legalidad<sup>39</sup>.

También constituye un ámbito muy sensible a esta problemática, el derecho a la privacidad de las comunicaciones. En este sentido, nuestra Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse, con fecha 19 de octubre de 1995, con relación a un *habeas corpus* interpuesto por un interno alojado en la Unidad Penitenciaria Federal N° 7 (Resistencia, provincia del Chaco), en donde se cuestionaban las facultades de la administración para controlar la correspondencia remitida y receptada por el accionante. Concretamente, el fallo nos informa sobre la situación de un condenado al cual las autoridades del penal donde cumplía su sanción le examinaban y censuraban el texto de las cartas que remitía al exterior de la cárcel y le rechazaban las misivas que entregaba en sobre cerrado; basándose, para ello, en los arts. 91 y 92 del entonces vigente decr. ley 412/58, y en los arts. 3º, 4º y 5º del régimen de correspondencia para los internos condenados<sup>40</sup>. La Corte decidió<sup>41</sup>, por mayoría de votos, que en el caso eran inconstitucionales las disposiciones aplicadas por la autoridad penitenciaria. Los fundamentos de la mayoría pueden ser agrupados en dos bloques:

a) Por una parte, los Dres. Moliné O’Connor, López y Bossert fundaron su decisión sobre la base de:

a.1) El régimen de correspondencia para los internos condenados constituye una extralimitación reglamentaria que excede las facultades otorgadas por el artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional, desde el momento que impone una restricción del secreto epistolar



“absoluta y permanente”, cuando la ley penitenciaria no establecía la censura para la carta emitida. Por otra parte, el art. 5º, para fundar la negativa al envío de la correspondencia del interno, aludía a circunstancias carentes de la más mínima racionalidad. Así, en lo que respecta a la referencia al “lenguaje obsceno”, no se advierte cuál sería el interés legitimante del Estado para intervenir la correspondencia privada del recluso a efectos de que éste guarde un lenguaje decoroso. Tampoco resulta razonable la prohibición de que las misivas “hagan alusiones o emitan juicios respecto del régimen interno o del personal del Servicio Penitenciario Federal”, no sólo por no guardar vinculación con los objetivos de seguridad y resocialización previstos en la ley penitenciaria, sino además, por cercenar un medio idóneo -tal vez el único- con que cuentan los reclusos para hacer llegar al mundo exterior denuncias o reflexiones sobre el ámbito carcelario, y aun reclamar ayuda ante los abusos de la autoridad <sup>42</sup>.

a.2) El propósito de la readaptación del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario, se ve controvertido por disposiciones y actos de autoridad, como son los considerados en la causa, ya que censurar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlos del medio social al que debería reintegrarse tras el cumplimiento de la pena <sup>43</sup>.

b) Por su parte, los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano fundaron su postura, a través de un voto concurrente, sobre los siguientes argumentos <sup>44</sup>:

b.1) El ingreso de un individuo en prisión no lo despoja de la protección de la ley y, en primer lugar de la Constitución Nacional. “Los penados son, no obstante ello, ‘personas’ titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso” <sup>45</sup>.

b.2) El razonamiento esgrimido por las autoridades del Servicio Penitenciario, en virtud del cual las restricciones en materia de correspondencia encuentran su base normativa en el art. 12 del Código Penal, fue expresamente rechazado. Al respecto se afirmó: “El argumento planteado encierra, en rigor, una tesis poco menos que alarmante. Por ella, la pena del derecho penal podría en cierta forma ir emancipándose del principio de legalidad. [...] Aquella [la pena], de esta manera no se limitaría férreamente a las estrictas previsiones de las leyes punitivas y a los alcances de la sentencia que las aplica, sino que comenzaría a expandirse, por vía de influencia o implicaciones, hacia campos de límites insospechables. El presente caso, visto según la defensa mencionada, sería muestra de ello. Nada hay en el Código Penal, ni en ninguna otra norma, que imponga como pena a un condenado la privación absoluta del derecho constitucional al secreto de sus comunicaciones” <sup>46</sup>.

b.3) La seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas, configuran propósitos sustanciales e incuestionables del Estado, a los que debe atenderse con empeño. Sin embargo, y si bien es cierto que la afectación de dichos propósitos estatales podría plantearse a través de la correspondencia, no será a partir de simples probabilidades que la administración penitenciaria pueda cercenar, en la forma que lo hizo, el derecho a la privación de la correspondencia del interno. Lo contrario importaría afirmar que todos los reclusos son permanentemente sospechosos de dirigir organizaciones criminales y de planear fugas y reincidencias por medio epistolar, razonamiento que conculca el principio de inocencia, cuya garantía (respecto de hechos posteriores a la sentencia) ampara también a los condenados que se encuentran cumpliendo la pena <sup>47</sup>.

b.4) Por fin, luego de criticar las expresiones utilizadas por el art. 5º del reglamento relativo a la correspondencia epistolar de los internos (en donde se coincide con los argumentos de los Dres. Moliné O’Connor, López y Bossert), el voto concurrente focaliza su cuestionamiento contra el art. 92 de la ley penitenciaria. La norma invocada por el Servicio Penitenciario -se afirma- peca, desde el punto de vista constitucional, de una vaguedad inaceptable, incompatible con la terminante manda constitucional que garantiza la inviolabilidad de los papeles privados (una “ley determinará en qué casos y con qué justificativos” podrá procederse a tomar conocimiento de la correspondencia epistolar, expresa el art. 18 de la Constitución Nacional). “Es evidente -expresa la Corte- que disponer, como lo hace el art. 92 del decreto ley 412/58, que ‘la correspondencia [...] se ajustará a las condiciones de [...] supervisión y censura que

determinen los reglamentos', traduce un mandato de una latitud tan extrema que no confiere, al encargado de la reglamentación, estándares objetivos ni precisos". De allí que se propicie, también, la declaración de inconstitucionalidad de este precepto <sup>48</sup>.

Asimismo, también resulta una garantía respecto de la cual siempre se cierne una tentación reduccionista, la vinculada con la tutela judicial efectiva.

Todos conocemos que la administración penitenciaria posee potestades de carácter disciplinario <sup>49</sup>. Sin embargo, la misma ley de ejecución establece que la imposición de una sanción resulta jurisdiccionalmente controlable. Ello deriva del art. 96 de la ley 24.660. No obstante, la última parte de dicha disposición prevé un mecanismo de confirmación ficto al disponer que, si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los sesenta días, la sanción quedará firme.

¿Qué opinión nos merece este precepto?

Obviamente negativa. Es que, una norma como la transcrita, tensiona, abiertamente, garantías constitucionales elementales al configurar una suerte de denegación de justicia. Recuérdese, en este sentido, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25). Al respecto, la Convención regional no sólo confiere el "derecho a un recurso sencillo y rápido (...) ante los jueces o tribunales competentes" sino que, además, exige a los Estados parte "garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal (...) decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso" (art. 25, apartado 2º, letra "a"). La garantía en cuestión no hace otra cosa que no sea exigir, a las partes signatarias, la previsión de un recurso efectivo. Se trata de una auténtica obligación de resultado por cuanto -como apunta Hitters- "(...) *no es suficiente con que exista en el derecho interno la posibilidad abstracta de ejercer un carril de este tipo, sino que es necesario que el mismo (es decir: el recurso) produzca los efectos deseados, esto es, que sea efectivo para proteger el bien jurídico tutelado*" <sup>50</sup>. En otras palabras: el efectivo acceso a la justicia que ampara el pacto regional no se satisface por la simple previsión de una vía recursiva; "*no basta con legislar el andamiaje adjetivo -que en nuestro caso sería el del artículo 96-, sino que resulta imprescindible que los tribunales produzcan soluciones concretas y fallos justos ante las reclamaciones de los interesados*" <sup>51</sup>. Y esta exigencia jamás podrá ser satisfecha con una previsión como ésta (la del art. 96) en la cual, el silencio del juez (esto es: la omisión de resolver) es presumida por el legislador como una respuesta confirmatoria del ejercicio de la potestad disciplinaria penitenciaria.

*Sobre tal base, no pueden quedar dudas que la disposición final del art. 96 de la ley 24.660, resulta inconstitucional* <sup>52</sup>. Es evidente que dicha previsión se traduce en una inadmisibles limitación al derecho que tiene todo interno a una tutela judicial efectiva.

Sin duda podríamos continuar con ejemplos de esta naturaleza. Sin embargo, la muestra nos parece demasiado elocuente y nos autoriza a formular algunas reflexiones finales.

#### IV. Conclusiones

En 1974, un destacado criminólogo, Norval Morris, escribió en las páginas iniciales de su libro *El futuro de las prisiones* que: "*La cárcel debería ser, si el mundo no estuviera lleno de paradojas, el verdadero paradigma del reinado de la ley. Hasta hace pocos años era, por el contrario, un territorio reservado a la discrecionalidad incontrolada, un coto de poder personal inmune al proceso legal. Como lo expresó un tribunal, el preso 'es, por el momento, esclavo del Estado'*" <sup>53</sup>.

Y esta descripción -que en algunos aspectos tiene cierta vigencia; aun cuando, en estos últimos años, pueda considerarse como un tanto excesiva- resultaba (y resulta, en lo que queda de remanente) un producto de diversos factores. Uno de ellos es la ya mentada teoría de las relaciones especiales de sujeción. Pero, además, la situación se agrava a partir de cierta falta de sensibilidad en lo que atañe a las atribuciones legislativas y reglamentarias que, como hemos ejemplificado recién, en no pocos casos afectan derechos fundamentales de los internos que no

deberían verse restringidos o limitados; al no resultar -tales limitaciones- consustanciales con el contenido de la pena que se está ejecutando.

Obviamente, el hecho de advertir esta situación y ponernos en resguardo frente a sus consecuencias, tiene una razón muy comprensible: que la augusta garantía establecida por el viejo art. 18 C.N., no se convierta -al decir del maestro Ricardo Núñez- en “*palabras de buena crianza*”. Para que nuestras cárceles no enfermen ni ensucien a los internos alojados en ellas, existen algunos elementos que nos parece necesario enfatizar:

- La restricción de cualquier otro derecho fundamental del interno que no sea el que, estrictamente se corresponde con la esencia de la pena de prisión, sólo puede realizarse por ley.

- La garantía, sin embargo, exige mucho más que respetar un mecanismo constitucional vinculado con el órgano estatal del que debe emanar ese producto normativo. Junto con la validez formal, subrayamos el gran valor del concepto de validez material que predica Ferrajoli.

- Precisamente, para ser respetuosos de esta última exigencia y frente a la amenaza latente que significan las vagas alegaciones de razones de seguridad y orden del establecimiento, nos parece importante apelar a ciertas técnicas desarrolladas en la argumentación de la teoría constitucional, en particular: la cláusula del contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad. En este contexto, para que una restricción sea válida desde una perspectiva material, no puede afectar el núcleo estricto del derecho fundamental, de tal suerte que lo vacíe de contenido. Pero, además, aún cuando la limitación se refiera a la periferia de ese derecho, es necesario que sea idónea, estrictamente necesaria y proporcionada; en el sentido que debe responder a una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican. Como podrá advertirse estas exigencias respecto de los límites del legislador, no se enrolan en teorías absolutas sino que tratan de aproximar aquellos posicionamientos con las tesis relativas.

- La actividad reglamentaria que puede proyectarse en relación con la legislación, también tiene que estar presidida por el principio de legalidad. Nada más que, desde esta perspectiva, la legalidad supone que la ley, válida tanto desde una perspectiva formal como sustancial -siempre utilizando la expresión de Ferrajoli-, debe prevalecer respecto de todos los actos del Estado, es decir, debe ser jerárquicamente superior al resto de las disposiciones administrativas, las cuales deben ajustarse a aquélla.

- Por fin, la efectividad de estos conceptos está íntimamente relacionada con el ejercicio de una función jurisdiccional muy atenta. La legalidad, en los diversos aspectos que la hemos concebido (reserva de ley, validez sustancial y prioridad de la norma legal sobre el resto de las disposiciones administrativas), resulta irremediablemente inviable sino se garantiza, adecuadamente, la tutela judicial efectiva.

Y volvemos al año con que iniciáramos estas conclusiones. En 1974, el juez de la Corte Federal de Estados Unidos, Byron White proclamó al fallar el precedente “*Wolf vs. Mc Donnell*”, la necesidad de que no exista entre “la Constitución y las cárceles de esta nación” “una cortina de hierro”<sup>54</sup>. Sirvan pues, estas reflexiones, como un modesto aporte para que, de una vez para siempre, levantemos esa cortina.

## Notas:

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en Neuquén, pronunciado el 3 de julio de 2007.

<sup>1</sup> Para una síntesis de algunas cuestiones vinculadas con el concepto de libertad, confr. Carlos BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 248 y ss..

<sup>2</sup> Seguimos aquí la caracterización que efectúa Carlos Augusto LOZANO BEDOYA, *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, coedición Defensoría del Pueblo y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2006, págs. 77/78.

<sup>3</sup> Confr. Juan David POSADA S., “La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal”, en *Nuevo foro penal* N° 64, Tercera Epoca, año I, enero-abril 2003, Medellín, Universidad EAFIT, pág. 124. La doctrina, sin realizar mayores distingos, suele afirmar que el encierro carcelario restringe la libertad de locomoción. En rigor, esta proyección de la libertad física, entendida como la libertad de moverse o caminar dentro

de un área determinada, no debería verse afectada por la prisión. Quizá la modalidad más próxima de cercenamiento estaría dada por los casos de imposición de la sanción disciplinaria de permanencia en alojamiento individual. Empero, ni aun así sería legítima su cancelación *absoluta* por cuanto, la ejecución de dicha sanción, a partir de la vigencia de la ley 24.660, debe hacerse en celdas “cuyas condiciones no agraven ilegítimamente la detención”.

<sup>4</sup> Confr. Marco RUOTOLO, *Derechos de los detenidos y Constitución*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, págs. 99/100.

<sup>5</sup> Confr. RUOTOLO, op. cit., pág. 100.

<sup>6</sup> Confr. José Daniel CESANO, “Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVII, N° 111, septiembre-diciembre 2004, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 777/799.

<sup>7</sup> Confr. RUOTOLO, op. cit., págs. 101/102.

<sup>8</sup> Confr. PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, “Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión”, en Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA - Anabela María PINTO DE MIRANDA RODRIGUES - Iñaki RIVERA BEIRAS, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, Bosch, 2000, pág. 56.

<sup>9</sup> Confr. S.T.C. del 30/6/1983. El criterio ha sido reiterado con posterioridad, por ejemplo, a través de la sentencia del 21 de enero de 1987. Para estos criterios jurisprudenciales, confr. Julio FERNÁNDEZ GARCÍA, “Hacia la nueva reforma del derecho penitenciario”, en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE - Nieves SANZ MULAS, *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*, Granada, Comares, 2005, pág. 198 y nota N° 76.

<sup>10</sup> Confr. Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 20/21. En forma reciente, Alfonso Ruiz Miguel ha expresado que los términos *validez formal* y *validez material* se corresponden con la diada *vigencia* y *validez*, respectivamente. Según este autor, el concepto de *vigencia* se puede identificar con la noción de pertenencia y la *validez* con la de conformidad con las normas jerárquicamente superiores. En su análisis, Ruiz Miguel llega a la conclusión que la distinción formulada por Ferrajoli -y que nosotros hemos utilizado en el texto- no resulta “tan innovadora” como podría parecer a simple vista. Lo explica de esta manera: “¿Qué ocurre con la idea de obligatoriedad o aplicabilidad en la concepción de Ferrajoli? Como se verá, depende de la pertenencia y no de la conformidad, de manera que una norma es jurídicamente obligatoria mientras pertenece al sistema y, por tanto, no deja de ser obligatoria mientras no cese su pertenencia, sea por anulación por falta de conformidad o sea por simple derogación, en uno y otro caso por parte de un órgano competente en el sistema” (confr. “Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR [editores], *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, págs. 213/217). Por su parte, el propio Ferrajoli respondió a estas críticas afirmando que: “Es, (...) [al] contrario, la tesis kelseniana de la identidad entre vigencia y validez la que carece de capacidad explicativa en las actuales democracias constitucionales, en las que la prescripción normativa y la actividad concreta de las jurisdicciones constitucionales muestran cotidianamente la existencia de normas legislativas vigentes pero inválidas. En definitiva, la distinción entre el concepto de ‘vigencia’, vinculado exclusivamente a las formas del acto normativo, y el de ‘validez’, vinculado además a sus contenidos o significados prescriptivos, aumenta la complejidad conceptual de la teoría de acuerdo con la mayor complejidad estructural de los estados constitucionales de derecho, de tal forma que la primera logra explicar el fenómeno de la invalidez de las leyes vigentes a partir de su incoherencia con las normas constitucionales, sin que ello disminuya en absoluto su capacidad explicativa en relación con lo que sucede en los estados legislativos de derecho, en los que validez y vigencia de las leyes coinciden a causa de la ausencia de normas de grado superior a las leyes. De aquí surge una teoría dotada de un mayor grado de intención, pero no de menos extensión, a la que servía para dar cuenta únicamente de los estados legislativos de derecho” (confr. Luigi FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, pág. 60).

<sup>11</sup> Confr. José Luis Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 34.

<sup>12</sup> Al respecto, confr. CESANO, “Legalidad y control jurisdiccional (...)”, op. cit., págs. 783/784 (con referencias a precedentes de la Corte Constitucional alemana, italiana y el Tribunal Constitucional español) y 784/786 (analizando los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

<sup>13</sup> Confr. CESANO, “Legalidad y control jurisdiccional (...)”, op. cit., pág. 782.

<sup>14</sup> Confr. Fernando REVIRIEGO PICÓN, “Los derechos de los reclusos”, en Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coordinador), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 453.

<sup>15</sup> Para una introducción general sobre este concepto, confr. Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

<sup>16</sup> Está de acuerdo con esta caracterización Ana ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 198.

<sup>17</sup> Confr. BverfGE 34, 238 (245), citado por ABA CATOIRA, *La limitación (...)*, op. cit., pág. 206 y nota N° 248.

<sup>18</sup> Confr. Luis PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, pág. 62.

<sup>19</sup> Confr. P. HABERLE, “El legislador de los derechos”, en A. LÓPEZ PINA (director), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, págs. 120-122.

<sup>20</sup> Confr. Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 2004, pág. 38.

<sup>21</sup> Confr. Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Barcelona, Atelier, 2002, pág. 208.

<sup>22</sup> Como podrá advertirse, la caracterización realizada supone aplicar también a este producto normativo (reglamento), las categorías de validez formal y sustancial (o material) que elabora Ferrajoli respecto de la ley. Coincide con la posibilidad de utilizar estos conceptos con relación a los reglamentos, Riccardo Guastini. Sin embargo, este autor no condiciona su aplicación al hecho de que, el sistema constitucional en donde se dicte el reglamento, sea rígido o flexible: “Así, por ejemplo, también en un régimen de constitución flexible es inválido por razones sustanciales el reglamento del ejecutivo que esté en conflicto con la ley. Véase, en tal sentido, el artículo 4º, párrafo primero, de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano - ‘Los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes’ - adoptado en 1942, o sea, justamente en un régimen de constitución flexible” (confr. “Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica”, en *Garantismo. Estudios sobre [...]*, op. cit., pág. 246).

<sup>23</sup> Confr. Alberto BIANCHI, “El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario”, E.D. t. 108, pág. 826.

<sup>24</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, en particular, confr. Nicolás GONZÁLEZ -CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, pág. 29 y ss. Recientemente, Martín BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 129/131) ha realizado un interesante análisis de este principio, distinguiéndolo, a su vez, en tres subprincipios: a) idoneidad (una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado); b) necesidad (una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor), y c) proporcionalidad en sentido estricto (que exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican).

<sup>25</sup> Como de hecho ocurre con el art. 135 del decreto nacional 1136 de 1997.

<sup>26</sup> En el caso de la legislación argentina (ley 24.660) esto no es así, por cuanto, la suspensión, aunque prevista, sólo puede ser con carácter transitorio (art. 161). Empero, no se crea que la disposición en cuestión no sea susceptible de objeciones. En efecto ¿qué se entiende por “transitorio”?; ¿quién determina la duración de esa suspensión? La legalidad ejecutiva, tal como la entendemos, exigiría una mayor precisión en esta previsión limitativa.

<sup>27</sup> Confr. Fernando REVIRIEGO PICÓN, “El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas ‘entre’ reclusos”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª época, N° 26, 2005, pág. 578.

<sup>28</sup> Confr. REVIRIEGO PICÓN, “El secreto de las comunicaciones (...)”, op. cit., pág. 580, nota N° 11.

<sup>29</sup> Confr. REVIRIEGO PICÓN, op. y loc. cit. en nota anterior.

<sup>30</sup> Confr. REVIRIEGO PICÓN, “El secreto de las comunicaciones (...)”, op. cit., pág. 581.

<sup>31</sup> Sobre la incidencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos constitucionalizados sobre el derecho de ejecución penal, confr. José Daniel CESANO, *Estudios de derecho penitenciario*, Buenos Aires, Ediar, 2003, págs. 22/25.

<sup>32</sup> Confr. BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, op. cit., pág. 250.

<sup>33</sup> Confr. REVIRIEGO PICÓN, “Los derechos de los reclusos”, op. cit., pág. 460.

<sup>34</sup> Se muestran partidarios de la primera tesis, REVIRIEGO PICÓN, “El derecho de los reclusos”, op. cit., p. 465 y Luis Fernando FORTICH y Verónica Paola GRÖER, “El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas”, *Más derecho*, año 2, diciembre de 2001, N° 2, Buenos Aires, Fabián J. Di PLÁCIDO, pág. 392. Por el contrario, considera este derecho como una faceta del libre desarrollo de la personalidad, LOZANO BEDOYA, *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, op. cit., pág. 129.

<sup>35</sup> Cámara Federal de San Martín, Sala 1ª, 15/5/95, “A., C.”, J.A. 1995-IV, págs. 471-472.

<sup>36</sup> Confr. José Daniel CESANO, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Córdoba, Alveroni, 1997, pág. 169.

<sup>37</sup> Confr. Corte Constitucional, Sent. T-269 de 2002; citado por LOZANO BEDOYA, *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, op. cit., pág. 129.

<sup>38</sup> Confr. FORTICH y GRÖER, “El derecho a la intimidad (...)”, op. cit., pág. 392.

<sup>39</sup> En el mismo sentido, FORTICH y GRÖER, op. cit., pág. 392.

<sup>40</sup> En lo específico, tales previsiones reglamentarias disponían: art. 3º: “La correspondencia epistolar y telegráfica será objeto de supervisión y censura [...]”; art. 4º: “Si a juicio de la Dirección del establecimiento resultara inconveniente dar curso -por su contenido- a una carta, se procederá a efectuar la devolución de la misiva al remitente, informándole sobre las causas motivadoras [...]” y art. 5º: “No se autorizará la entrada o salida de correspondencia en la que se empleen signos o palabras convencionales, se utilice lenguaje obsceno, se haga alusiones o emitan juicios con respecto al régimen interno o al personal de servicio [...]” (confr. Boletín del Servicio Penitenciario Federal, N° 1266/1979).

<sup>41</sup> C.S.J.N., “Dessy, Gustavo G.”, 19/10/95, L.L. “Suplementos de Jurisprudencia Penal”, a cargo de Francisco J. D’Albora, Buenos Aires, 26/6/96, págs. 18-38.

<sup>42</sup> Confr. fundamento jurídico N° 9.

<sup>43</sup> Confr. fundamento jurídico N° 10.

<sup>44</sup> Por cierto que, en el voto concurrente, se coincidió con los argumentos de los Dres. Moliné O'Connor, López y Bossert (confr., en este sentido, fundamentos jurídicos N°s 13 y 18). Empero, a estos argumentos, los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano añadieron otros nuevos que serán considerados en este apartado.

<sup>45</sup> Confr. fundamento jurídico N° 9.

<sup>46</sup> Confr. fundamento jurídico N° 10.

<sup>47</sup> Confr. fundamento jurídico N° 15.

<sup>48</sup> Confr. fundamento jurídico N° 18.

<sup>49</sup> Sobre estas potestades, confr. José Daniel CESANO, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*, Córdoba, Alveroni, 2002.

<sup>50</sup> Confr. Juan Carlos HITTERS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1993, t. II, págs. 162 y 163.

<sup>51</sup> Confr. HITTERS, *Derecho internacional (...)*, op. cit., pág. 163.

<sup>52</sup> Confr. Beltrán GAMBIER y Alejandro ROSSI, *Derecho administrativo penitenciario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 65.

<sup>53</sup> Confr. Norval MORRIS, *El futuro de las prisiones*, 5ª ed., México, Siglo XXI, 1998, pág. 44.

<sup>54</sup> 418 U.S. 539 [1974], citado por Edgardo ROTMAN, "El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos (situación actual en los Estados Unidos)", en *Lecciones y Ensayos*, N° 66, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad Nacional de Buenos Aires, 1996, pág. 152.

RECEPCIÓN DE LA ACADÉMICA CORRESPONDIENTE  
EN ROSARIO, DRA. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

*La presentación estuvo a cargo del académico de número Dr. Ramón Daniel Pizarro*

**EL CONTRATO ENTRE LA EFICACIA, LA  
“FLEXIBILIDAD” Y LA JUSTICIA. ESTUDIO  
PRELIMINAR PARA UNA TEORÍA DEL CONTRATO \***

por NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Esta tarde, un pasaje memorable de la literatura universal ilumina el discurso: “*Te pertenece una libra de carne de ese mercader; la ley te la da y el tribunal te la adjudica... .. Detente un instante: hay todavía otra cosa que decir. Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales son éstas: una libra de carne*”. Shakespeare pone en boca del acreedor, que reclama la ejecución del contrato formal celebrado ante notario, la pregunta “¿Es esa la ley?”, y también la respuesta contundente del juez: “*Verás tú mismo el texto, pues ya que pides justicia, ten por seguro que la obtendrás, más de lo que deseas...*”<sup>1</sup>.

En pleno siglo XVI, el acuerdo solemne era uno de los fundamentos de la eficacia del contrato, y el acreedor exigió el cumplimiento a ultranza de la palabra empeñada, pero, finalmente, el ingenio de Porcia flexibilizó el contrato y la justicia del caso llegó de manos de esa mujer.

Han transcurrido desde entonces cuatro siglos, y el derecho privado occidental, salvo los planteos cada vez más frecuentes de la doctrina, continúa sobredimensionando la importancia de la eficacia del contrato, entendida como el cumplimiento estricto del pacto, aunque en ocasiones se sacrifique la justicia. Sucede que, cuando el sistema está construido en torno a una concepción subjetiva, como la que preconiza el derecho continental, exige que se cumpla tal como fue pactado, permitiendo sólo excepcionalmente alguna revisión; y, cuando responde a una concepción objetiva, afín al derecho del *common law*, el cumplimiento se concreta respetando, sin posibilidad de modificaciones, el intercambio prestacional o la formalización solemne del acuerdo. En cualquiera de los dos casos, el sistema consagra drásticamente la fuerza obligatoria del contrato en pos de una eficacia que no logra concretar, porque el contrato, como la ley, suele ser impotente, tiene un alto grado de ineffectividad, como dice Carbonnier<sup>2</sup>. Se deja escaso margen a la flexibilidad que permitiría adecuar el contrato a la realidad, con el fin de satisfacer el reclamo de justicia.

Mi hipótesis es que esas dos concepciones del contrato tienen dificultades en su adaptación a la realidad y que, como derivación de una lenta evolución, ambas subfamilias del derecho occidental están ofreciendo la posibilidad de modificar el concepto y la teoría respectiva<sup>3</sup>. Parece llegada la hora de aprovechar el pasado e ir emprendiendo lenta y sistemáticamente la concreción de los cambios que se reclaman.

Esta labor no es sencilla, pues según señaló Gorla con acierto, la historia del derecho evidencia que a la humanidad no le resultó fácil admitir que de una promesa derivara una obligación en sentido jurídico, es decir, que tal promesa pudiera ser jurídicamente sancionada<sup>4</sup>. Tampoco ahora resultarán fácilmente aceptables los nuevos principios que se formulan. Sin embargo, es posible intentarlo, porque la ciencia de este tiempo tiene una mayor inclinación por la dimensión axiológica de lo jurídico y, por ello, no sólo atiende al mundo de las abstracciones, sino también a la realidad social<sup>5</sup>. Se plantean hoy los límites a la fuerza obligatoria de las formas o de los pactos, buscando superar obstáculos para la realización de la justicia.

El movimiento de renovación del derecho contractual, como toda innovación, merece ser observado con interés, porque al decir de Gioele Solari, la historia del derecho privado demuestra que, las modificaciones progresivas en el concepto de las instituciones jurídicas

fundamentales son las que ponen en marcha y posibilitan, luego, los cambios en la política jurídica, cada vez que se pretende adaptar el derecho privado a la realidad y la justicia <sup>6</sup>.

El desafío es repensar el derecho contractual, sistematizando los valiosos estudios que la jurística argentina y extranjera han venido aportando, con miras a lograr un equilibrio entre la eficacia, la flexibilidad y la justicia. Es necesario elaborar un concepto de contrato que constituya una síntesis de las dos concepciones vigentes y resulte el eje de una nueva teoría, más flexible, de manera que el contrato sea realmente eficaz y, a la vez, más justo.

En primer lugar efectuaré un rápido recorrido por algunos hitos de la historia del derecho contractual, señalando luego los caracteres esenciales de su actual situación. En un segundo tramo esbozaré, en la medida que esta exposición lo permite, una concepción de contrato más adaptada a las actuales exigencias, indicando los elementos esenciales de una teoría general que atienda a los principios apuntados.

## I

En la familia del derecho occidental, el contrato, al igual que la mayoría de los institutos del derecho civil, tiene sus orígenes remotos, como es sabido, en el derecho romano. En expresión de René David, en cualquiera de sus dos subfamilias: la del derecho continental como la del derecho anglosajón, el contrato abreva en el modelo romano <sup>7</sup>. Por esta razón no es posible eludir una breve reflexión con respecto a esos orígenes.

1. Para ordenar lo jurídico, los romanos partían de la observación concreta de la realidad, de la naturaleza de las cosas. Allí, en el mundo real no estaban los contratos, sino los cambios, los *negotia*, las relaciones de negocios. De tal manera que se dedicaron a estudiar cómo nacían y qué efectos producían esas relaciones de negocios, y observaron que nacían *re* (por la entrega de la cosa) o *verbis* (por la forma) y, en casos excepcionales, *consensu*, por el consentimiento, pero, sólo en cuatro negocios particulares: la venta, la locación, la sociedad y el mandato. Aun en ellos, los efectos se producían por la naturaleza del negocio y no por la voluntad de las partes. Puede afirmarse, entonces, que los romanos tuvieron una concepción realista del contrato, que hoy llamamos “objetiva” <sup>8</sup>.

2. Los estudios del iusfilósofo y romanista Michel Villey explican el tránsito del concepto romano de contrato a la concepción actual, atribuyendo el cambio, en gran medida, a la influencia del racionalismo, fundamentalmente, el de origen francés. Sostiene este autor que ha sido ese movimiento filosófico de gran influencia jurídica el que condujo a las instituciones del derecho, desde la realidad y el pragmatismo romano, hacia el voluntarismo y el consensualismo <sup>9</sup>. Díez Picazo cree encontrar también otros factores, tales como la influencia del derecho canónico, y las necesidades del tráfico mercantil <sup>10</sup>.

Gorla, en su meduloso estudio que tituló sobriamente *El contrato*, ubica en los siglos XVII y XVIII el tiempo en que la voluntad, el puro consentimiento, se concibió como base de la obligación, con independencia de los criterios de la forma y de la res, y en el que cobró especial significación escudriñar la voluntad de los sujetos, sus motivos y circunstancias <sup>11</sup>.

En el derecho continental europeo, pues, el racionalismo ha sido el artífice de la noción de contrato que expandió luego por toda su área de influencia. Ese tiempo era también la época del idealismo alemán, cuyos exponentes, Kant y Hegel, influyeron en Savigny, pergeñando, entonces, de manera más científica, una concepción no realista del contrato <sup>12</sup>.

3. Mientras en el continente variaba de manera notoria la concepción romana de contrato, el derecho anglosajón la conservaba, y la mantiene aun hoy, sin grandes cambios, quizás como consecuencia de la decisiva influencia del derecho de Roma en el sistema legal de origen inglés



En él, la mera voluntad de las partes no es suficiente para vincularlas jurídicamente, dado que el contrato se concibe como una relación de cambio, fundada sobre un acuerdo. Los jueces ingleses mantuvieron una constante preocupación en torno al dilema de distinguir los acuerdos que confieren acción judicial, de aquellos otros que no permiten accionar, hasta que resolvieron el problema negando valor jurídico vinculante al *nudum pactum*, al simple consentimiento, a la pura voluntad de vincularse.

De modo que, en el derecho anglosajón, para que una obligación voluntariamente asumida sea considerada como contrato obligatorio, se requiere la existencia de una contrapartida (*consideration*) que le otorgue la particular naturaleza de una relación de cambio, o bien, la adopción de un típico esquema formal (*act under seal*), es decir, el perfeccionamiento del acuerdo bajo formas solemnes. En consecuencia, existe contrato que acuerda acción judicial, en tanto haya una negociación voluntaria, efectuada por personas capaces, que intercambian prestaciones o promesas, conforme a las cuales el acreedor experimenta un detrimento o el deudor un beneficio.

Alpa refuerza esta visión, destacando, como principio fundamental del *common law*, el respeto a la confianza (*reasonable expectation*) suscitada por una parte en la otra, en cuanto al cumplimiento de las promesas intercambiadas que obligan a pesar del propio querer de las partes, y no porque constituyan una manifestación de su voluntad<sup>14</sup>.

4. Puede afirmarse, en consecuencia, que en Roma, para saber si se había perfeccionado un contrato, y, por tanto, conceder acción judicial para reclamar su cumplimiento, era de rigor, como lo es todavía en el *common law*, observar el cumplimiento de las formalidades, la tipicidad o la traslación patrimonial, esto es, colocar el eje en lo exterior. En cambio, en Francia y en los derechos que la siguen, hay que analizar si se logró el consentimiento y, por ende, el eje del contrato es la voluntad autónoma de las partes, que se conciben como libres e iguales.

En la actualidad, ambas nociones tradicionales se han vuelto insatisfactorias para explicar el fenómeno contractual, y los esfuerzos se encaminan en otros sentidos<sup>15</sup>. Lenta y persistentemente se transita hacia la búsqueda de una síntesis superadora. El derecho contractual de origen continental exhibe cierta aproximación al derecho anglosajón, pues, de alguna manera, se va objetivando. Por su parte, el *common law* se acerca al contrato de concepción subjetiva, como lo demuestran los esfuerzos de algunos juristas por introducir el principio consensualista<sup>16</sup>. Es el tiempo de alcanzar la síntesis que aproveche las fortalezas de ambas concepciones.

5. El pasado siglo puso en crisis la concepción consensualista del contrato, cuestionó el dogma de la autonomía privada, le puso límites y presencié la declinación de su fuerza obligatoria.

No obstante las influencias kelsenianas, los juristas, al menos en materia contractual, fueron dejando de pensar el derecho como una ciencia “pura” y sin abandonar la dogmática, comenzaron a observar la realidad social, que se les imponía por la fuerza de la tecnología y la masificación. Individualizaron diferentes fenómenos, dedicándose a investigarlos y observando su evolución cada vez más vertiginosa: las relaciones contractuales de hecho o conductas sociales típicas, los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación, la contratación por red telemática.

Las primeras manifestaciones de cambio, de cuestionamientos al consensualismo, aparecieron cuando se aceptó tíbiamente la intervención del Estado en la autonomía privada. La obligación contractual ya no tenía su fuente exclusiva en el libre acuerdo de las partes, sino que estaban los límites impuestos por el Estado. Entonces, comenzaron a aparecer las leyes “microsistemas” y, en muchos casos, imperativas. Era la época en que Santos Briz<sup>17</sup> predicaba acerca de la misión social del derecho contractual introduciendo criterios sociales para proteger a la parte más débil<sup>18</sup>. Surgió por entonces la tan mentada, aunque ahora abandonada, teoría de la “crisis del contrato”<sup>19</sup>.

Si bien, en el derecho francés, los juristas, fieles a su tradición, continuaban sosteniendo que el dogma de la autonomía de la voluntad es un principio que se impone por su racionalidad, simplicidad, valor moral y económico<sup>20</sup>, hubo quienes replicaron manifestando que “*Es posible que la visión de esta pureza y de esta simplicidad originales sea idílica y nostálgica, y que el artículo 1134 del Código Civil no sea más que el soporte feliz de un mito, aunque los mitos tomen cuerpo*”<sup>21</sup>.

Hace ya algún tiempo, uno de los mayores exponentes de la civilística francesa contemporánea, Jacques Ghestin, logró una conciliación entre las distintas posiciones, proponiendo sustituir el dogma de la autonomía de la voluntad por el dogma de “*lo útil y lo justo*”<sup>22</sup>. En ese marco sostuvo, enfáticamente, que para que el contrato obligue debe tener utilidad particular y también debe ser una operación socialmente útil. Si bien admite que la voluntad de las partes tiene influencia en el contrato, destaca que, desde el punto de vista de su fuerza obligatoria, ese elemento es accesorio.

6. En la otra órbita del derecho contractual occidental, precisamente, en el derecho de los Estados Unidos, se vislumbra un intento, quizás más osado e interesante, por mostrar un panorama diferente.

Ian Macneil, que desde los años sesenta vino gestando su teoría del “contrato relacional”, considera que todo contrato es un instrumento de previsión del futuro que utiliza de manera accesoría la voluntad de las partes. Que la “afición por la promesa”, el excesivo consensualismo, es una “inmensa barrera intelectual” para la comprensión del contrato, y que la teoría existente es inapropiada para comprender el modo en que los contratantes se relacionan en el mundo moderno<sup>23</sup>. Coloca la relación que se traba entre las partes, como centro del fenómeno contractual, diferenciando las “relaciones primarias” de la “secundarias”, distinción que se funda en la importancia que tenga la personalidad individual en la relación económica. Las relaciones primarias, en las que cada uno de los participantes es un ser único, implican una comunicación vasta y profunda, contribuyen más allá de la pura satisfacción económica al desarrollo personal de dichos participantes. En las otras, en cambio, las partes son intercambiables. Entiende que toda relación contractual se sitúa entre esos dos polos, que permiten matices mucho más sutiles que la sola categoría de relaciones *intuitu personae*.

Los contratos relacionales, como los denomina esta teoría, suponen relaciones complejas entre las diversas partes, en las que los vínculos personales de solidaridad, confianza y cooperación son determinantes. Se vinculan con sus circunstancias y, por lo tanto, si ellas varían, las partes están implícitamente obligadas a adaptar el contrato a la nueva situación.

Esta teoría, no supone dar paso a la pura arbitrariedad, ha dicho Rolland, pero ofrece un desplazamiento de la mirada desde el objeto del cambio económico a los actores económicos, coloca a las personas en presencia relacional, en ocasiones por lo que ellas son subjetivamente y, a veces, más objetivamente, de acuerdo al rol que las partes le dieran según sus legítimas expectativas<sup>24</sup>.

Como se ve, es una doctrina que se aparta del puro consensualismo y también del objetivismo, porque pone el eje de todo contrato en la relación interpersonal de las partes, lo cual supone un adelanto notable en el acercamiento del derecho anglosajón al derecho continental.

La teoría de Macneil ha sido apoyada y también criticada, pero debe reconocérsele el gran mérito de haber contribuido a una revalorización del contrato y haber aportado su esfuerzo para la deconstrucción de la institución. Es una teoría abierta, que ofrece una imagen más fiel de la realidad, pues desde esa concepción el contrato toma en cuenta las interrelaciones, las peripecias temporales, las inestabilidades y todo el movimiento que le permite adaptarse.

El estado actual de la doctrina nacional y comparada, e inclusive de alguna jurisprudencia, exhibe un alto grado de madurez con relación al nuevo paradigma contractual. Como se dijo, han sido superados el mero análisis retrospectivo y la mirada crítica y, en consecuencia, progresivamente el derecho de los contratos se ha ido acercando al punto en que debe formularse un nuevo concepto y desarrollarse el respectivo sistema.

Después de este rápido recorrido por algunos hitos de la historia del derecho contractual y del estado de la cuestión, paso ahora a esbozar los aspectos esenciales de esa concepción diferente del contrato, que puede servir de fundamento a una teoría general adaptada a las actuales exigencias.

1. Pero, antes, para delimitar el campo de la propuesta, deben responderse dos interrogantes fundamentales: el primero, sobre la posibilidad de formular un concepto unívoco de contrato, frente a quienes afirman que no hay un tipo “contrato”, una estructura singular que pueda así denominarse, sino muy “diferentes” modos de perfeccionar ese negocio, que deben ser regulados de manera particular, sin pretensiones de generalización; el segundo, acerca de la posibilidad y necesidad de que esa nueva noción y su sistema sinteticen el derecho contractual continental y el anglosajón.

a) Con relación a la posibilidad de formular, en el marco del sistema continental, un concepto unívoco, diré que no sólo es posible, sino necesario.

Hay que pronunciarse a este respecto porque algunos autores, como Rouhette, consideran que, es tal la diferencia entre las distintas modalidades contractuales, que no puede darse esa univocidad, sino que corresponde legislar cada una de ellas por separado. Renunciar a la sistematización de un conjunto importante de relaciones jurídicas como son las que tienen su fuente en los contratos, no parece acertado<sup>25</sup>. Quizás por esa misma razón, dicho autor formula finalmente una definición, diciendo que el contrato es un “*acto productivo de normas... bilaterales, es decir, que liga dos centros de interés*”<sup>26</sup>.

En la literatura jurídica italiana aparece, en cambio, otra postura, sostenida por Benedetti, que trata de mantener un esquema unitario abstracto, mediante una “categoría general del contrato”, que permite diversidad de disciplinas en su interior, sin comprometer la unidad del núcleo común<sup>27</sup>. En esa misma línea de pensamiento, se encuentra Sacco, para quien hay que formular “una definición de base”, que permita realizar múltiples correctivos<sup>28</sup>.

Están también quienes reconocen, sin cuestionamientos, la existencia de las diferentes modalidades, y las subsumen en el clásico concepto subjetivo, interpretando de manera muy amplia los elementos esenciales de la figura. Algunos diferencian el contrato tradicional (al que aplican los principios clásicos y en el que prima la autonomía privada), de otros fenómenos actuales, a los que no consideran contratos, como las conductas sociales típicas. Otros juristas separan, por un lado, el consentimiento tradicional, y, por otro, la oferta y la aceptación en los contratos predispuestos, entendiéndolas como actos de naturaleza diferente, que permanecen disociados y, por tanto, no forman el consentimiento<sup>29</sup>.

b) En cuanto a la segunda cuestión, relativa a la posibilidad de unificar la concepción del contrato en ambas subfamilias del derecho occidental, parece que no ha llegado todavía el momento de concretarla.

Es ampliamente conocido y elogiado el trabajo de Unidroit, con miras a la armonización del derecho contractual, así como los empeños de la Unión Europea para dictar un código de los contratos que armonice el sistema, al menos en el bloque europeo, trabajo que lleva adelante la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía.

Por su parte, el Contract code de Harvey Mc Gregor, el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos, y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, elaborados por la Comisión Lando (versión revisada en 1998), al reconocer que puede haber contratos “no concluidos por una oferta y una aceptación”, evidencian cierta propensión a ir superando el mero consensualismo y adaptando el contrato a la realidad, aun cuando finalmente apliquen a ese negocio las mismas normas que a los demás contratos, con las adaptaciones apropiadas.

No obstante los avances de los proyectos de armonización que tienden más bien a atenuar los efectos de la inadecuación de los sistemas contractuales a la realidad, incorporando a las normas principios muy interesantes como el aludido precedentemente, es difícil encontrar todavía planteos concretos con miras a zanjar las diferencias esenciales entre el modelo subjetivo y el objetivo. Quizás los mejores, por mostrar una sistematización de diferentes perfiles, sean las teorías, antes mencionadas, de Jacques Ghestin en el derecho continental y la de Ian Macneil, en el derecho norteamericano.

2. Con estas precisiones sobre el campo de la propuesta se puede intentar una aproximación a un nuevo concepto de contrato que supere las insuficiencias de las diferentes visiones unidimensionales de este tipo especial de acto o negocio jurídico.

Dichas falencias se patentizan cuando se analizan las diferentes concepciones desde la óptica de la teoría tripartita del mundo jurídico<sup>30</sup>. De acuerdo con ella, la concepción objetiva del contrato, fundada en la realidad social de los cambios, estaría asentada predominantemente en la dimensión sociológica. En la concepción subjetiva, apoyada en el acuerdo de voluntades, es decir, en la captación lógica de la adjudicación realizada por las partes, prevalece la dimensión normológica. Sin embargo, es posible elaborar un concepto que comprenda ambas perspectivas del fenómeno contractual y a la vez sume la dimensión axiológica, en tanto se conciba el contrato también como un instrumento realizador de los valores utilidad y justicia, apoyados en la buena fe.

Las tres dimensiones integrarían, entonces, el concepto actualizado del contrato que podría definirse como el acto o negocio jurídico, según el cual dos o más partes, intercambian prestaciones o acuerdan respecto a una común manifestación de voluntad destinada a reglar derechos patrimoniales, obligándose de buena fe, a fin de satisfacer intereses lícitos y útiles.

A sabiendas del riesgo que se asume pretendiendo concretar una concepción abstracta en una definición que, cuanto, más amplia sea en su extensión, resultará más insuficiente en su contenido, puede formularse un concepto general, de tendencia más subjetiva-objetiva, con los elementos que evidencien la flexibilidad del modelo y permitan subsumir cualquier modalidad contractual, sin dificultades técnicas, tanto el contrato perfeccionado por el solo intercambio de prestaciones y las relaciones contractuales de hecho, como el contrato negociado y el predispuesto<sup>31</sup>.

Los elementos esenciales para que haya contrato, serían, por lo tanto:

- la existencia de dos o más partes;
- el intercambio de prestaciones y/o el acuerdo de voluntades para reglar derechos;
- la patrimonialidad, implícita en el intercambio de prestaciones, y también necesaria en los demás derechos objeto del acuerdo;
- un comportamiento de buena fe, inicial y sostenido durante toda la vigencia del contrato;
- la finalidad lícita y útil.

El comportamiento de buena fe y la finalidad lícita y útil son los elementos que permiten mantener el contrato adaptado a sus circunstancias y constituyen la clave para dotar de flexibilidad a la relación jurídica entablada. Si varían las circunstancias y las partes no cooperan de buena fe para la adecuación del contrato a la nueva situación, no se satisface el requisito de utilidad, porque el contrato desquiciado que se cumple apegado a sus normas iniciales no resulta ni útil ni justo.

Según Ghestin, la utilidad particular que el contrato ofrece a cada una de las partes, tiene un interés relativamente limitado; en cambio, la utilidad pública, la satisfacción del interés social, del interés general, constituyen el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. El derecho objetivo sanciona la obligatoriedad del contrato no sólo, ni tanto, porque es la manifestación de voluntad de las partes, sino porque es un instrumento útil y justo, y sólo en la medida que lo sea<sup>32</sup>.

El concepto que esbozamos tiene su fuente material en las adjudicaciones humanas, tal como hoy se realizan en la realidad social. En efecto, los especialistas reconocen sin ambages que los contratantes, en la mayoría de sus relaciones jurídicas y económicas, intercambian

prestaciones con intención de obligarse, sin previo acuerdo de voluntades, aunque, por supuesto, en numerosos casos también intercambian las clásicas manifestaciones de voluntad, oferta y aceptación.

Asimismo encuentra su fuente en algunas decisiones judiciales que han superado certeramente la estrechez de la noción legal vigente <sup>33</sup> y también abreva en la justicia, pues incorpora la exigencia de que la causa fin del negocio sea lícita y útil, y se haya celebrado de buena fe, elementos todos que coadyuvan a la realización de ese valor. Como fuentes doctrinarias pueden mencionarse los aportes parciales que brindan los innumerables trabajos de doctrina nacional y extranjera publicados en las últimas dos décadas y, básicamente, los trabajos ya referidos de Ghestin y Macneil.

La definición trasunta una concepción de la que emerge un ente ideal diferente, una figura contractual que de manera embrionaria trata de aunar elementos de la concepción subjetiva (el acuerdo de voluntades) y de la objetiva (el intercambio prestacional, el equilibrio prestacional), a los que agrega elementos valorativos (fin útil, buena fe, justicia).

3. Desde la dimensión sociológica, Carbonnier apunta con precisión: *“Nuestra teoría general del contrato y, a fortiori, nuestra teoría general de las obligaciones, han producido un enmascaramiento de la diversidad de lo real y han retardado los progresos de un estudio científicamente satisfactorio de la materia”* <sup>34</sup>.

A diferencia de la noción tradicional que mereciera estas duras palabras del jurista francés, el concepto que se formula trata de captar con mayor fidelidad la realidad social del fenómeno descripto, dado que toma especialmente en cuenta:

- que, en la actualidad, no sólo se presentan las adjudicaciones de ventajas y sacrificios que los hombres realizan en mérito a la autonomía privada, sino que se observan con mayor asiduidad repartos de beneficios y cargas sin acuerdo, de manera directa, y también adjudicaciones que el Estado impone interviniendo en la autonomía;

- que los contratantes, al tiempo de intercambiar o negociar, sólo tienen posibilidades de ejercer realmente su autonomía individual en la medida en que sean libres e iguales, por lo que, cuando no lo son, la fuente de la obligatoriedad del vínculo ya no es la autonomía sino el comportamiento de buena fe, lo cual significa que habrá relación obligatoria en la medida en que no haya aprovechamiento de las desigualdades en el poder de negociación, en las aptitudes para la comprensión del negocio, ni respecto de otras tantas debilidades <sup>35</sup>;

- que el contenido y las finalidades de las adjudicaciones que las partes realizan tienen que revestir licitud, utilidad y patrimonialidad;

- que, como se da frecuentemente, esas adjudicaciones puedan ser interferidas por otras autoritarias, provenientes de la ley o de decisiones judiciales o administrativas.

A su vez, mejora la captación de la realidad en comparación con la concepción subjetiva, porque incorpora como supuesto para el perfeccionamiento de un contrato la mera adjudicación de prestaciones, y también progresa en comparación con la concepción objetiva, pues incluye el acuerdo de voluntades. Pone énfasis, además, en la conducta de las partes, aludiendo directamente a la buena fe, que permite descalificar de entrada todo aprovechamiento de las desigualdades. A diferencia de las concepciones subjetivas clásicas, refiere al objeto y las finalidades lícitas y útiles de las adjudicaciones que las personas realizan.

La figura contractual continúa siendo un acto jurídico, por lo que, implícitamente, se reconoce su base en el hecho humano voluntario, pero se relativiza la hegemonía actual de la voluntad, dado que la propia definición permite que el mero intercambio de prestaciones puede perfeccionar un contrato y que la voluntad autónoma de las partes pueda ser interferida por otra voluntad, en la medida que alguna de ellas no haya actuado de buena fe o el acto carezca de licitud o utilidad.

Además, la buena fe, como principio rector que ilumina el contrato, es la herramienta que permite respetar el acuerdo o mantener el equilibrio prestacional con la flexibilidad imprescindible para adecuarlo a sus circunstancias. Las partes deben obligarse a renegociar sus acuerdos e intercambios cuando en la realidad social se susciten modificaciones en sus bases, ya

sea que deriven de acontecimientos de la naturaleza, de influencias humanas difusas, e inclusive, de hechos no culposos de las mismas partes <sup>36</sup>.

De esta manera se reconoce que, en la realidad, el contrato no nace de una vez y para siempre, sino que debe ir adecuándose <sup>37</sup>, como sostiene la teoría del “contrato relacional” de Ian Macneil. En este sentido, la renegociación debe ser uno de los nuevos perfiles de la figura. En principio, la autocomposición de intereses, que presupone la renegociación, está a cargo de los propios contratantes, quienes deberían realizar una nueva adjudicación para reemplazar la existente, es decir, deberían lograr una nueva expresión de autonomía. Sin embargo, ante el fracaso de la renegociación, la flexibilización del contrato y su adaptación a la realidad estarán a cargo del juez.

El sistema contractual debe expresarse en torno a la ejemplaridad, al modelo-seguimiento, mediante los despliegues de la autonomía privada; sin embargo, cabe otorgar facultades al Estado para intervenir a fin de restablecer el equilibrio contractual o analizar la finalidad lícita, la utilidad y la justicia del contrato.

Esta concepción que aparece como flexible y proclive a las mutaciones, puede inducir a pensar que se propicia un desquicio de las relaciones económico jurídicas. Contrariamente a ello, la flexibilidad es una herramienta clave para mantener un orden de repartos menos anárquico en la sociedad, porque todo aquel que establezca un vínculo obligatorio sabría de antemano que los límites a la palabra empeñada son muchos, que no sólo se interpretará la fría letra del contrato sino que, finalmente, en caso de contienda, el tribunal analizará la realidad económica del vínculo y deberá determinar que el contrato se cumpla con justicia. En lugar de negar las influencias naturales y humanas que distorsionan la base del contrato, se las incorpora definitivamente a él, por cuya razón ningún contratante podría ya sorprenderse, por ejemplo, si una emergencia económica o social, impacta en su negocio, pues la ha previsto con anterioridad y se ha obligado a adaptar sus derechos y obligaciones a la nueva situación.

4. Desde la dimensión axiológica, cabe ahora analizar las adjudicaciones y las normas contractuales que se han enunciado.

La concepción del contrato que se describe permite realizar la justicia conmutativa de manera más conveniente que la noción clásica, dado que se esfuerza por lograr la paridad de las partes, no sólo al tiempo del nacimiento del vínculo contractual sino durante toda su vida. Aun así no se despreocupa de la justicia distributiva, porque impone valorar la utilidad social de las adjudicaciones y de las normas contractuales, de modo que, si se satisface ese valor se equilibra la realidad socioeconómica y se facilita la posibilidad de dar a cada uno lo suyo de acuerdo con sus necesidades y sus méritos. Podría pensarse que esta concepción afecta los valores orden, previsibilidad y seguridad; sin embargo, hay que tener en cuenta que esos valores son relativos y provisionales, porque están supeditados a que el régimen general sea justo. Si el régimen es o se vuelve injusto, aunque esos valores inferiores estén provisionalmente satisfechos, en cualquier momento se tornará necesario remover la injusticia del sistema, en cuyo caso de poco servirá el orden establecido ni las previsiones y seguridades provisionales adoptadas <sup>38</sup>.

El contrato, observado con realismo, es la herramienta jurídica que las partes emplean para superar los obstáculos que supone no conocer todo el porvenir; por eso, la doctrina moderna afirma que es un instrumento de distribución de los riesgos, por medio del cual los contratantes se esfuerzan en prever el futuro y captarlo en normas. Entonces, siendo consecuentes con ese principio realista, es necesario tener muy en cuenta que el ser humano, al menos por ahora, no tiene medios suficientes y adecuados para prever todo el porvenir, por lo que una solución realista impone la necesidad de que los propios contratantes sean quienes actualicen su contrato cuando se modifiquen sus circunstancias, mediante la cooperación de buena fe que debe regir entre ellos. Como dice Macneil, las partes tienen que mantener el contrato siempre en presente.

El proceso de deconstrucción del concepto clásico de contrato y la construcción de uno nuevo no es más que una consecuencia de un proceso similar llevado a cabo progresivamente en el seno del sistema vigente, mediante el cual se han ido sentando las bases para modificar los perfiles de sus institutos esenciales.

Esto implica reconocer que los avances realizados, por ejemplo, en materia de perfeccionamiento y efectos del contrato, en los fundamentos de su fuerza obligatoria, en las causales de su resolución, han preparado el camino para arribar a una nueva concepción del contrato, que a la vez permite delinear un sistema que reconozca en las normas lo que ocurre en la realidad.

En la teoría general del contrato se podrán superar ciertas debilidades, entre ellas:

- El caso de los “pequeños” contratos celebrados por personas con incapacidad absoluta de hecho <sup>39</sup>. Aunque se celebran cotidianamente y no son impugnados, la doctrina y la jurisprudencia los convalidan por necesidad, aunque, a veces, con fundamentos relativamente convincentes; en cambio, si se admite que el contrato puede perfeccionarse por el mero intercambio de prestaciones y se pone el eje en el equilibrio prestacional y no en el consentimiento, la validez de esos contratos es una lógica consecuencia de la realidad de los hechos.

- Puede explicarse con mayor sencillez la intervención del Estado en el contrato, pues si se acuerda mayor importancia al intercambio de prestaciones que al acuerdo de voluntades, el desequilibrio prestacional autoriza la intervención para retornar a las bases del contrato, cuando las partes no logren por autocomposición superar el conflicto derivado del desequilibrio.

- La dificultad que plantea la regla *res inter alios acta*, como dogma inquebrantable en el marco de un contrato basado exclusivamente en el consentimiento. Ante la realidad actual, que se manifiesta con harta frecuencia en conexidades negociales, se construyen complejas explicaciones a fin de extender los efectos del contrato original a terceros que no han sido partes en su formación <sup>40</sup>. Si se piensa, en cambio, que el contrato supone, en definitiva, un contacto entre patrimonios, que se expresa en el intercambio de beneficios y cargas, resulta más sencillo justificar que los efectos de un contrato se extiendan a todos los patrimonios que están en conexión.

- Las cuestiones que se suscitan al momento de fundamentar y extender la garantía de evicción y redhibición. Estos son institutos que tienen su origen en una concepción objetiva del contrato y por esa razón se despreocupan del elemento volitivo, no toman en consideración los errores u omisiones del enajenante respecto de la existencia del vicio al momento del perfeccionamiento del contrato y lo obligan de todos modos a la restitución del precio recibido. Es evidente que prevalece el equilibrio prestacional frente al acuerdo de voluntades. En la actualidad, ese desinterés por analizar el conocimiento de los vicios que impacta en la voluntad de los contratantes se ha extendido al ámbito del contrato de consumo, en el que se hace responsable al proveedor enajenante, y no sólo se obvia investigar el conocimiento que él pudiera o debiera tener, sino también el del adquirente (art. 18 inc. b) ley 24.240), quien siempre tiene las acciones derivadas de los vicios redhibitorios, aunque conociera o hubiera debido conocer el vicio, en razón de su profesión o modo de vivir.

- Habrá que diseñar, entonces, una nueva estructura para el perfeccionamiento del contrato que admita su existencia y obligatoriedad, aunque no se haya formulado oferta ni aceptación por los medios clásicos y aunque no haya acuerdo respecto a todos los puntos del futuro contrato.

Por otro lado, deberá regir el principio del arrepentimiento, según el cual, las partes pueden desistir de su contrato, si lo han pactado <sup>41</sup>. En relación con este tema la señal deberá pensarse como señal penitencial, obviando la categoría de la señal confirmatoria que resulta innecesaria, por cuanto, si ha habido una prestación, no es necesario calificarla de señal para garantizar el cumplimiento del contrato, pues la prestación, por sí sola significa comienzo de ejecución y acuerda suficiente acción para exigir la contraprestación. De este modo se trata en el Proyecto de Código Civil de 1998 (arts. 971 y 973).

Además, la excepción de incumplimiento contractual encontrará un fundamento más sólido en un sistema en el que el eje central es la correspectividad de las prestaciones, y no interesa

tanto la simultaneidad. El fundamento por el cual una parte no puede exigir cumplimiento si no cumplió u ofrece cumplir es la afectación del equilibrio prestacional que hace a la esencia del contrato y además lo torna individualmente útil y justo.

En este contexto sería posible disponer que, aun antes de concretarse el incumplimiento de una de las partes, la otra tenga derecho a retrasar o suspender su propio cumplimiento, si conociere la imposibilidad de cumplimiento de su contraparte<sup>42</sup> y, aun más, podría facultarse a suspender el cumplimiento del contrato la parte que tuviera impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad<sup>43</sup>.

La fuerza obligatoria del contrato no fincará exclusivamente en el cumplimiento de la palabra empeñada, porque su obligatoriedad deriva de la confianza que cada uno de los contratantes suscitó en el otro<sup>44</sup>, ya sea porque hubo una prestación y se espera la contraprestación, o porque hubo acuerdo.

No obstante la obligatoriedad del vínculo, ella sólo regirá mientras se mantengan las condiciones existentes al tiempo de su perfeccionamiento, dado que el negocio debe estar presidido por la buena fe y ser útil y justo, Por tanto, la obligación de renegociarlo deberá ser también un principio liminar que se incorporará al sistema, ampliando las fronteras de la cláusula *rebus sic stantibus*.

#### IV

Para concluir, sólo me resta reiterar mi agradecimiento y comprometerme a desarrollar el pensamiento aquí esbozado, sin cejar en el empeño de contribuir para la construcción de un derecho de las obligaciones más humanista, que finalmente acoja un diseño del contrato eficiente, pero a la vez, y sobre todo más justo.

#### Notas:

\* Discurso de recepción como académica correspondiente en Rosario, pronunciado el 18 de septiembre de 2007.

<sup>1</sup> Texto según versión de las *Obras completas* de William Shakespeare, traducción de Luis Astrana Marín, primera versión íntegra del inglés, 16ª ed., Aguilar, 1974, t. I, pág. 1192.

<sup>2</sup> Jean CARBONNIER, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, trad. Luis Diez Picazo, Madrid, Tecnos, 1974, pág. 115.

<sup>3</sup> P.v. Noemí L. NICOLAU, "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato", en *Tratado de la buena fe en el derecho*, Marcos Córdoba (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, pág. 321; "El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización", en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani*, Atilio Alterini y Noemí Nicolau (dir.); Carlos Hernández (coord.), Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 423; "El concepto de contrato", en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana (dir.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 577; "Una solución adecuada a una complicada cuestión: el momento perfectivo del contrato en el proceso de su formación progresiva, comentario a laudo arbitral", L.L. 2005-A-479.

<sup>4</sup> Gino GORLA, *El contrato*, Barcelona, Bosch, 1959, t. I, pág. 94 y ss..

<sup>5</sup> Al respecto p.v. Lucian KERN, y Hans Peter MÜLLER, *La justicia: ¿discurso o mercado?*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Barcelona, Gedisa, 2000.

<sup>6</sup> Gioele SOLARI, *Filosofía del derecho privado*, trad. Oberdan Caletti, Buenos Aires, Depalma, 1950, t. II, pág. 8. Esa es la preocupación que se observa actualmente en algunos juristas con relación a la armonización del derecho contractual europeo, v. GROUPE D'étude sur la justice sociale en droit privé européen. Manifeste pour una justice sociale en droit européen des contrats", en RTDCiv., octubre/diciembre 2005, pág. 713.

<sup>7</sup> René DAVID, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, 1953; Giovanni CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padua, Cedam, 1990, pág. 4; Basil Sir MARKESINIS, "Constructions de systemes et resolutions de problèmes concrets", RTDCiv., 2005-1, 47.

<sup>8</sup> Pietro BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Turin, G. Giappichelli, 1946, pág. 403; Gino GORLA, op. cit., pág. 29.

<sup>9</sup> Michel VILLEY, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, trad. C.R.S., Buenos Aires, Ghersi Editor, 1980, pág. 21.



<sup>10</sup> Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Madrid, Tecnos, 1970, pág. 87. En el mismo sentido: p.v. Gerhard WESENBERG y Gunter WESENBERG, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. José Javier De los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1986, pág. 53.

<sup>11</sup> Gino GORLA, op. cit., pág. 63.

<sup>12</sup> V. Teresa ESTÉVEZ BRASA, “El contrato en el idealismo alemán: Hegel y el contrato”, en L.L. 1984-B-1023.

<sup>13</sup> Giovanni CRISCUOLI, op. cit., pág. 52; Julio CUETO RÚA, “Una concepción objetiva del contrato. El caso del *common law*”, en *Contratos*, Trigo Represas - Stiglitz (directores), Buenos Aires, 1989, pág. 31.

<sup>14</sup> Guido ALPA, “L’avenir du contrat: aperçu d’une recherche bibliographique”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1985-1, 7.

<sup>15</sup> Luigi MOCCIA, “Promessa e contratto (*spunti storico-comparativi*)”, en *Revista di Diritto Civile*, 1994-I, pág. 819.

<sup>16</sup> Harvey Mc GREGOR, *Contract Code*, trad. José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, Barcelona, Bosch, 1996. Esa simbiosis puede apreciarse en los trabajos de Unidroit, por ejemplo, en los “Principes d’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2004” y también en los trabajos de la Academia de Iusprivatistas Europeos, de Pavia, reflejados en *Code Europeen des contrats*, Giuseppe Gandolfi (coord.), Milán, Giuffrè, 2004.

<sup>17</sup> Jaime SANTOS BRIZ, *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, Montecorvo, 1966, pág. 70.

<sup>18</sup> En la actualidad se trabaja el derecho contractual en estrecha relación con las garantías constitucionales, se vincula la libertad contractual y la libertad respecto de las garantías constitucionales, ética y autonomía de la voluntad, p.v.: Pierre-Gabriel JOBIN, “L’application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats: toute une aventure”, *RTDCiv* 2007,1, pág. 33.

<sup>19</sup> Acerca del *dogma* de la autonomía de la voluntad y la crisis del contrato en la doctrina argentina, v. Luis M. REZZÓNICO, *La autonomía de la voluntad en la compraventa. Intervención del Estado en este contrato*, Buenos Aires, 1949; Marco Aurelio RISOLIA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, 1958; Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pág. 20 y ss.; Atilio ALTERINI, *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 66; Jorge MOSSET ITURRASPE y Alberto SOTO COAGUILA, *El contrato en una economía de mercado*, Trujillo, Perú, *Normas legales*, 2004, pág. 35; Juan Manuel APARICIO, *Contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 1, pág. 70.

<sup>20</sup> G. RIPERT y J. BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, trad. D. García Daireaux, Buenos Aires, 1964, t. IV, vol. 1.

<sup>21</sup> Gérard CORNU, “L’evolution du droit des contrats en France”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1979, vol.1 (especial), pág. 447.

<sup>22</sup> Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, 2ª ed., París, L.G.D.J., 1988. Esta perspectiva del contrato se plantea también en la sociología y la política; Jean Fabien SPITZ, “Qui dit contractuel dit juste”: quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée, en *RTDCiv.*, 2007-2-281.

<sup>23</sup> Ian R. MACNEIL, *Cases and materials on contracts: exchange transactions and relationships*, 1971, Mineola, N.Y.: Foundation Press; p.v. también Robert HILLMAN, “The crisis in modern contract theory”, *Texas Law Review*, 1988, vol. 67-1, 103; Youssef GUENZOU, “Entente et contrat : le trouble notionnel”, *RTDCom.*, abril/junio 2006, pág. 273.

<sup>24</sup> Louise ROLLAND, “Les figures contemporaines du contrat et le Code Civil du Québec”, *Mcgill Law Journal/Revue de Droit de Mc Gill*, vol. 44, pág. 904.

<sup>25</sup> Acerca de las dificultades para definir el contrato, Guido ALPA, op. cit., pág. 25.

<sup>26</sup> M. ROUHETTE, *Contribution a l’étude critique de la notion de contrat*, th. París, 1965

<sup>27</sup> Giuseppe BENEDETTI, “La categoría generale del contratto”, en *Rivista di Diritto Civile*, Padova, 1991, N° 6, pág. 649.

<sup>28</sup> SACCO, *Il contratto*, en *Trattato di dir.civ.*, Vassalli (dir.), Turín, vol. VI, 2, 1975, pág. 5.

<sup>29</sup> Gérard CORNU, op. cit..

<sup>30</sup> P.v. Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980.

<sup>31</sup> V. Guido ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, Milán, Seam, 1998, especialmente, pág. 74.

<sup>32</sup> Jacques GHESTIN, op. cit., pág. 181 y ss..

<sup>33</sup> P.v., por ejemplo, el fallo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, “B c/ T”, 28/11/02, y nuestro comentario: “Una solución adecuada a una complicada cuestión: el momento perfectivo del contrato en el proceso de su formación progresiva”, L.L.2005-A-479.

<sup>34</sup> Jean CARBONNIER, op. cit., pág. 249.

<sup>35</sup> Una perspectiva interesante p.v. en Marc FAVERO, “La standardization contractuelle, enjeu de pourvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques”, en *RTDCom.* 2003-3-429 ; Judith MARTINS COSTA, “Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro”, en *Direito do consumidor*, 3, pág. 127.

<sup>36</sup> Francesco MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, 1996; Eiichi HOSHINO, “L’evolution du droit des contrats au Japon”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1979, vol. 1

(especial), pág. 425; Noemí L. NICOLAU, “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, en Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, 2002-IV-1058.

<sup>37</sup> Catherine THIBERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, en RTDCiv., abril-junio 1997, 357.

<sup>38</sup> Werner GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 380.

<sup>39</sup> V. el interesante planteo de Federico DE LORENZO, “Autoría e imputación en el ámbito contractual (a propósito del artículo 473 del Código civil)”, L.L. 1998-C-1215.

<sup>40</sup> Ana LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994; Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I, pág. 42; Noemí L. NICOLAU, “Los negocios jurídicos conexos”, en *Trabajos del Centro*, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, U.N.R., 1997, N° 2, pág. 9.

<sup>41</sup> Una visión realista y económica de las dificultades que supone mantener vigente un contrato cuando a las partes no les resulta útil ni justo, p.v.: en Sophie LE GAC-PECH, “Rompre son contrat”, RTDCiv., 2005-2-223.

<sup>42</sup> Como lo prevé el art. 992 del Proyecto de 1998 del Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, cuyas fuentes son las siguientes: Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 - Ley 22.765 (arts. 71 y 73.2), Código Civil brasileño (art. 1092), Código Civil alemán (§ 321), Código suizo de las obligaciones (art. 83), Código Civil de Louisiana de 1984 (art. 2023), Código Civil holandés de 1992 (art. 6263), *Restatement of contracts 2nd.* (§ 251), *Uniform Commercial Code* (secs. 2-609 y 2-610), Principios de Unidroit (arts. 7.3.3 y 7.3.4), *Contract Code* (arts. 303 y 304), Anteproyecto de Biliboni (art. 1330), Proyecto de 1936 (art. 827), Anteproyecto de 1954 (art. 1023), Proyecto de Código Unico de 1987 (art. 1201), Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 901).

<sup>43</sup> *Restatement of Contracts 2nd.* (§ 269).

<sup>44</sup> Noemí L. NICOLAU, “El principio de confianza en el derecho civil actual”, en J.A. - Lexis Nexis, 2001-III-pág. 1144.

## RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN URUGUAY, DR. ARTURO CAUMONT

*La presentación estuvo a cargo del académico de número Dr. Luis Moisset de Espanés*

### **DERECHO CIVIL Y TEORÍA DEL LENGUAJE \***

Señor presidente de la Ilustre Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés; señores académicos de número; señores académicos correspondientes; señores profesores universitarios argentinos de derecho; señores estudiantes universitarios argentinos de derecho; amigos; señoras y señores:

Agradezco profundamente al señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Dr. Luis Moisset de Espanés, las emotivas palabras de presentación que ha expresado a mi respecto y que por cierto obedecen a la amistad que recíprocamente profesamos desde hace años, fruto del trajín común por las tribunas académicas y científicas que el estudio del derecho nos ha impuesto ocupar.

Asimismo agradezco vivamente a los señores firmantes de la petición que para mi incorporación dirigieran a la Academia porque su gestión ha conducido a permitirme formar parte de ella.

La distinción que se me confiere en este acto de incorporación a la Honorable Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba la Docta, y que agradezco con el corazón desbordado de emoción y de afecto, constituye un compromiso intelectual para continuar con renovados bríos el trabajo por el enaltecimiento de la ciencia jurídica y por el cultivo del pensamiento crítico, reflexivo, libre e incondicionado, doctrinal, que es la manera de abordaje con la cual el derecho ha sido históricamente internalizado y enseñado desde Córdoba y sus juristas, siempre preocupados por el *docere*, vale decir, por el arte de ilustrar y por la ciencia de ilustrar.

Con la incorporación a esta institución de derecho, se me confiere el honor de igualarme a los académicos que han sido destinatarios de mi silenciosa admiración precisamente por la calidad del *docere* que los ha constituido en señeros portadores de aquellas condiciones a través del contenido de significación que se transfiere a la *docencia*, a la *doctrina* y al *doctorado*, todas unidades lingüísticas que poseen, en su galano interior, la raíz *doc* proveniente de aquel manantial del cual emerge el austero pero sublime acto de enseñar, de esclarecer, de colocar sobre el oscuro nada menos que el claro, el de Vallejo.

Y en esa línea de pensamiento reflexivo se instalan como íconos de insoslayable tributo juristas de la Docta que resulta grato al espíritu pasar dos veces por el corazón, esto es, recordar, puesto que todo acto de memoria radica precisamente en re (dos veces) y cordar (*cordis*, corazón) tal como lo indica Galeano en su Libro de los Abrazos: Dalmacio Vélez Sársfield, sapiente y lúcido reservorio de señorío cognoscente y Tristán Narvaja, inteligente hacedor al cual mi Patria, mi infungible República Oriental del Uruguay, le debe la más preciosa obra normativa legal que jamás se haya realizado en ella, es decir, el augusto Código Civil uruguayo, resultado, como el de Vélez, de pluma galana portada con mano resuelta, propia de quien fuera tantas veces sufriente receptor de los crueles designios del destino, como por ejemplo, haber perdido el habla a los nueve años cuando se enteró de la muerte de su padre por quien fuera con los años, a su vez, asesinado y cuyo justiciero recibiera la libertad por obra del propio Tristán que asumió la defensa como primera faena de recién graduado.

Vaya, pues, el recuerdo para dos pensadores y hacedores de estirpe con que Córdoba ha honrado a la comunidad jurídica americana, en momentos en que esta Academia le abre sus puertas a quien siempre sintió un mágico vínculo de pertenencia a esta serrana provincia a mérito de la ineludible brega del primero de los orientales, José Artigas, por la auténtica integración de nuestros pueblos no en un mercado sino en una Liga Federal, gobernada por la Constitución y por la ley y no por el subalterno interés económico marginado de juridicidad.

Mi expresión académica para este acto de incorporación es atingente al insoslayable vínculo que une de manera indivisible e indisoluble al derecho civil con la teoría del lenguaje. Siempre observé reverencial respeto por el lenguaje como estadio superior de la inteligencia que coloca al ser humano en el primer nivel de la escala del género que integra con los seres vivos. El lenguaje y su semiótica, esto es, la teoría del lenguaje como organización sistemática y armónica de las unidades de significación, son instrumento de cognición conceptual. Nada puede internalizarse sin lenguaje. Nada puede ser objeto de conocimiento si no se posee el lenguaje como medio de transporte, único transporte existente y a existir, que transfiere al hombre desde el desconocimiento al conocimiento. Y le habilita a ingresar al más sublime de los estados espirituales, vale decir, al del señorío cognoscente derivado del ejercicio del poder de aprehensión que sólo el lenguaje y su teoría confieren. Así, el lenguaje y su sistemática son poderdantes. Y el hombre es el destinatario del poder: el apoderado. Un apoderado que, a pesar de las amplias facultades que le ha otorgado el poderdante, ha relegado el lenguaje desinstalándolo de su preocupación y no cultivando sus atributos. Así es que se hace hoy imprescindible reivindicar la semiología como el sustento de toda conducta investigativa y creativa en el sensible territorio del derecho en general y en el delicado segmento del derecho civil en particular.

En el plano sintáctico, esto es, en el del ámbito de vinculación de los signos entre sí, según la definición originada en el lúcido pensamiento del insigne semiólogo Charles Morris en su preclara obra *Fundamentos de la teoría de los signos* escrita en 1937, el derecho civil encontrará un camino cierto para satisfacer y colmar su imperiosa necesidad de precisión terminológica porque es la correcta ubicación de los signos en el orden secuencial, la herramienta que asegura certeza en el sentido: tanto en el sentido del imperativo normativo desde el cual el legislador regula la vida en civilidad cuanto en el del imperativo contractual por el cual las partes proyectan lingüísticamente su vinculación jurídica. En el trascendente ámbito de la sintaxis, el orden de los factores altera el producto pues la ubicación de los signos en una oración es infungible y, por ende, no intercambiable, para la obtención del resultado específicamente perseguido. En lingüística general y en lingüística jurídica en particular no es lo mismo enunciar “encontraron en Córdoba el Código Civil perdido” que enunciar “encontraron el Código Civil perdido en Córdoba” pues mientras en la primera afirmación el Código pudo haberse perdido en cualquier lugar, incluso en Córdoba que es asimismo el lugar cierto de su hallazgo, en la segunda oración, el Código sólo se perdió en la Docta pudiendo ser su sitio de hallazgo cualquier lugar, incluyendo a la misma Córdoba. La misma cantidad de iguales vocablos pero posicionados en una secuencia diferente no conmueve el valor de significación intrínseca de cada palabra pero altera el significado discursivo de la oración como un todo.

Esta es la base de los espectaculares desarrollos que ha tenido, tanto en la teoría del lenguaje como en la teoría hermenéutica del derecho civil, la denominada interpretación discursiva, que evoluciona de la comprensión del signo a la comprensión del discurso que comporta una dirección de significación que se independiza de los elementos individuales que lo constituyen.

Esta es, también, la base explicatoria del fenómeno configurado a partir de la irrupción que en nuestras comarcas ha hecho la tipología contractual social proveniente de culturas no vernáculas como la anglosajona, desembarco que proviene de la tendencia globalizadora en la que se pretende que nuestras comunidades coexistan con pérdida severa de su identidad y con una disvaliosa propensión a la uniformización generalizada e irreflexiva, no crítica, incluso, con relación a los tipos convencionales.

En esta línea de pensamiento, los negocios jurídicos componentes de la denominada contratación moderna pueden ser perfectamente aprehendidos como instancias convencionales resultantes del reordenamiento sintáctico de elementos o eslabones de una cadena secuencial que, sin perder su significado individual intrínseco, componen operativamente con otros elementos o eslabones otro estado de situación precisamente derivado de su posición sintáctica. El *leasing*, por ejemplo, en su versión más básica, puede ser comprendido más allá de su aparente carácter innovativo respecto de los contratos clásicos de corte tipológico continental y codificado, como una sintaxis negocial que posiciona en determinado orden secuencial a

elementos conocidos y regulados por el orden positivo de los países que no integran la comunidad jurídica desde la cual se ha exportado a la aldea global los contratos integrantes del elenco conocido en su conjunto como contratación moderna. Obsérvese con especial énfasis que la detección empírica del funcionamiento básico del *leasing* provee la imagen de tres segmentos estructurales preordenados al cumplimiento de la función del contrato: por un lado, el desplazamiento oneroso de la mera tenencia de un objeto de un patrimonio a otro; por otra parte, la inserción de una variable de atribución de un derecho potestativo y, por último, la resultante eventual del ejercicio de la potestad atribuida, consistente en la transferencia de la propiedad de aquel objeto hasta ahora trasladado a nivel de mera tenencia del primer acervo al segundo acervo.

El mismo rédito intelectual puede obtenerse en beneficio científico del derecho civil desde las dos restantes áreas de la teoría general del lenguaje, también históricamente conceptualizadas por Charles Morris en su precitado *Estudio*, vale decir, en el campo vinculatorio del signo con sus significados, denominado semántica, y en el ámbito relacional del signo con los usuarios del lenguaje, designado terminológicamente como pragmática.

La semántica aporta al derecho civil las destrezas para dominar las escabrosas posesiones territoriales de la ambigüedad y de la vaguedad que comportan verdaderos obstáculos cuya omnipresencia dificulta de manera casi insobrelleable la comprensión intelectual constituyente óptica de la interpretación de los textos jurídicos. Desde este particular ámbito de la vinculación de los signos con los significados que se conducen por los significantes, la semántica suministra los elementos técnicos para dilucidar con precisión los problemas inherentes a toda búsqueda de sentidos mediante la facilitación que deriva del ejercicio del señorío cognitivo sobre textualidad, intratextualidad y contextualidad siendo extraordinario logro de anticipación temporal el fino pensamiento de los codificadores del siglo XIX, y de Narvaja para Uruguay, la consagración de una regla de oro en la moderna semiótica discursiva del prestigioso semiólogo holandés Van Dijk y por la cual para la semiosis de una pieza lingüística debe el intérprete recurrir no sólo a la literalidad de superficie sino asimismo a las referencias y apoyos contextuales e intratextuales para ser comprendida a cabalidad. En esta dirección de pensamiento y de acción codificadora, el Codificador cordobés de Uruguay impuso el Principio de la Intratextualidad para enervar los efectos perniciosos de la anfibología al establecer que cuando el texto es predicable de ambiguo deberá ser interpretado mediante otras partes del mismo escrito.

Y, por último, desde el ámbito vincular de los signos con sus usuarios, vale decir, desde el campo de la pragmática, el derecho privado será receptor de los avances de la teoría del lenguaje en materia de modalidades del habla y de la escritura. En tal singular área debe sobremanera el derecho civil abreviar y nutrirse de las investigaciones atinentes a los modos lingüísticos y, en especial, formando filas con un elenco manifiestamente mayor en cantidad, los tres que de seguido se refieren y que a juicio de quien expone son los más relevantes en el área jurídica: la modalidad declarativa, la modalidad imperativa y la modalidad preformativa.

La primera de ellas se refiere a todo enunciado cuya existencia es ópticamente dirigida a una situación precedente en el tiempo y a la cual involucra excluyentemente de cualquier otra. El carácter esencial de esta modalidad es su referencia a la anterioridad y, en consecuencia, sus efectos tienden a ser repristinantes por retroacción al tiempo en el que lo declarado acaeció. Es tal propiedad regresiva la que se ajusta lingüísticamente a los denominados negocios jurídicos de fijación dentro de cuyo elenco resulta ser la más conocida la partición. Este exponente negocial se configura mediante el uso declarativo del lenguaje de manera necesaria puesto que a través del mismo se adjudican porciones del patrimonio existente al preciso momento de originación de la indivisión que por partición finaliza y cuya génesis se remonta al pasado pero se reconstituye con retroacción jurídica dado que la adjudicación acaece, también de modo necesario, en momento actual pero futuro con relación al instante de génesis de la comunidad pro indiviso. También es el uso lingüístico adecuado a los convenios pensionarios, de visita y de tenencia de menores en el derecho de familia, por cuyo mérito y virtud las partes involucradas fijan los límites del alcance de una situación obligacional que emana de otra fuente, no volitiva, como lo es la ley.

La segunda de ellas tiene por contenido y dirección un mandato a cuya transgresión sigue un efecto consecuencial sancionatorio. Es la modalidad típica de la mayor parte de las reglas de derecho a nivel normativo y es asimismo el uso mayoritario en las instancias jurisdiccionales decisorias en general y de sentencias en particular. Mediante esta modalidad del lenguaje, un emisor dicta una orden a un receptor que debe por ello comportar una conducta de obediencia al mandato para evitar con ello la aplicación de una pena en sentido amplio. La coercibilidad del derecho en general y de ciertos segmentos específicos del derecho privado en particular, reconocen por base y fundamento la imperatividad de la mayoría de las reglas sobre las que se estructura el sistema de derecho, imperatividad que tiene correspondencia plena y cabal con el uso ordenativo del lenguaje con el cual se expresa el mandato y que tiene señorío no sólo en ámbitos de derecho público sino asimismo de derecho civil como sucede, a guisa de ejemplo, paradigmático, al respecto, con las reglas contractuales que los individuos generan para autocomponer normativamente su conflicto de intereses.

La tercera, finalmente, resulta ser aquella por la cual con el lenguaje se transforma la realidad. La escritura y el acto de habla poseen cualidades performativas desde que generan un cambio en el mundo dentro del cual se instalan. Cuando un sujeto escribe que le vende un objeto a otro individuo y traspa el bien al patrimonio de éste, se opera una mutación en el mundo real como consecuencia del uso operativo del lenguaje, mutación que no se hubiera producido si la expresión no hubiese sido ni escrita ni referida verbalmente. El milagroso poder de la escritura o del habla en ciertas condiciones de tiempo y de lugar reside en su poder transformativo de la realidad en cuyo contexto se practica.

Desde el lenguaje y su teoría, también, el derecho en general y el derecho civil en especial se tornan asimismo aportadores de contenidos al derecho constitucional. En efecto, se percibe en la actualidad doctrinaria jusprivatista la progresiva consolidación de la tendencia que reflexiona acerca de la constitucionalización del derecho privado por cuanto muchos de sus enunciados normativos deben ser mejorados de nivel de relevancia y vinculación *erga omnes* mediante su inclusión en la Constitución del país. Pero a juicio de este disertante el fenómeno que se detecta por la preindicada tendencia doctrinaria es inverso: lo que ocurre en la actualidad es una fuerte civilización del derecho constitucional a mérito de que los contenidos de significación que en el plano semántico se verifican en las innovadoras reglas constitucionales resultan ser enunciados de clara incumbencia civilista por lo que la Constitución debe ser apreciada en términos de significante que porta en su intramuros un significado ontológicamente civil: por ello no es susceptible de compartirse una descripción crítica del fenómeno de marras que valore el significante por sobre el significado, es decir, por sobre el contenido de significación que no es sino materia propiamente civilística.

Pienso que la teoría del lenguaje y el derecho civil tienen otro punto de medular encuentro. En esta dirección del razonamiento, la vida de relación se construye con signos como unidades de significación portadas por significantes. Y el derecho, como parte esencial de la vida, se nutre de los manantiales desde los que ellas surgen. pero también la teoría del lenguaje y el derecho se construyen con una de las fuentes más poderosas para el avance hacia la inasible verdad, esto es, el silencio. Ese que nos dice sin decir, que invita a escuchar al otro, que nos prepara para meditar y ese que nos enseña a saber qué somos cuando a él recurrimos para pensarnos. En este sentido, como ilustra Romano Guardini, *“el silencio es la fuente de la palabra. Se nota enseguida si ésta proviene del silencio o no. Lo que viene del silencio es profundo y lleno de contenido. Sólo quien sabe callar sabe hablar bien. La palabra será completa y clara si proviene de la reflexión”*.

Agradezco ahora vuestro silencio. Me uno a él en agradecimiento por vuestra atención y porque las palabras no lo superan como voz del sentimiento cuando el corazón está ocupado por la emoción.

Notas:

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay, pronunciado el 2 de octubre de 2007.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN URUGUAY, PROF. DR.  
GUSTAVO ORDOQUÍ CASTILLA

*Palabras de presentación, a cargo del académico de número Dr. Ramón Daniel Pizarro*

Es un alto honor para mí, presentar en esta oportunidad como miembro correspondiente de esta Academia al Dr. Gustavo Ordoquí Castilla. El mismo es un eminente jurista de la hermana República Oriental de Uruguay. El Dr. Ordoquí Castilla registra una muy aquilatada trayectoria en la docencia universitaria y también en el ejercicio profesional, lo cual ha permitido que desde las distintas cosmovisiones de cada una de esas disciplinas haya aportado una rica personalidad que se plasma en sus cuantiosas obras, todas de excelente calidad. El Dr. Ordoquí Castilla es un hombre comprometido con sus principios, es un hombre que ha colaborado permanentemente en proyectos de leyes, proyectos de investigación de entidades públicas y privadas y sin duda alguna es un referente valiosísimo de la República Oriental del Uruguay. Yo celebro que la recepción de Gustavo Ordoquí Castilla se produzca en este momento tan particular de las relaciones entre los gobiernos de Argentina y Uruguay. Y digo los gobiernos, porque las disputas sólo son entre gobiernos, aunque crean un aparente distanciamiento, que no existe por cierto, entre dos pueblos que son entrañablemente hermanos, dos pueblos que son dos naciones distintas por un capricho de la historia, porque podríamos ser perfectamente una sola nación en cuanto a los valores compartidos, a su idiosincrasia, y a todo lo mucho que nos acerca. Creo que como comentábamos hace poco con otro querido académico uruguayo, el Dr. Arturo Caumont, con el Uruguay todo nos une, sólo pueden procurar separarnos, en momentos muy particulares, estos desentendimientos ahora vividos. Más allá de eso, no hay diferencias, por eso es que quizás, nos duele tanto a todos ver este aparente enfrentamiento y que esperamos se solucione pronto. Justamente, frente a esta situación, quizás lo mejor que podemos hacer es integrarnos más todavía y por eso creo que por nuestra Academia podrá unir sus raíces más con nuestra hermana y querida República del Uruguay con la presencia de un nuevo académico correspondiente y que seguramente nos va a representar adecuadamente a todos.

# REFLEXIONES SOBRE LA BUENA FE CONTRACTUAL \*

por GUSTAVO ORDOQUÍ CASTILLA

**SUMARIO:** 1. Presentación del tema. 2. Concepto. 3. Importancia de la buena fe. 4. Formas de la buena fe. 5. Revalorización del principio general de la buena fe. 6. Buena fe y la creación judicial del derecho. 7. Funciones del principio general y superior de la buena fe. 8. Principios generales “derivados” del principio general de la buena fe. 9. Principio del equilibrio prestacional o de la conmutatividad. 10. Principio de igualdad jurídica. 11. Principio de la equivalencia económica. 12. Principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima. 13. Principio de la transparencia. 14. Principio de la razonabilidad. 15. Principio protectorio. 16. Principio de cooperación. 17. Principio *favor contractus*. 18. Principio de la congruencia o ponderación de la realidad. 19. Consecuencias de transgredir el principio de buena fe. 20. Autonomía privada negocial y la buena fe. 21. Conclusiones.

## 1. Presentación del tema

1. Pasados los años y luego de muchos cursos dictados y lectura de derecho civil contractual llegamos a la conclusión de que todo el derecho contractual ha mantenido una dinámica y orientación hacia el logro de la justicia contractual en mérito de que ha estado permanentemente orientado por la vigencia plena del principio general de la buena fe.

Si se nos preguntara por qué entendimos conveniente a la altura de nuestra vida como docentes hacer “algunas reflexiones sobre la buena fe contractual”, diremos que ello es respuesta a nuestra preocupación por la deshumanización o despersonalización del derecho contractual donde es cada vez más frecuente “*contratar sin consentir*” o, como diría Irti, realizar “*intercambios sin acuerdos*”<sup>1</sup>.

Ello hace que necesariamente la protección de la confianza y la buena fe en el contrato y su contenido sea realmente fundamental.

Nuestra exposición se orientará a realizar unas breves reflexiones sobre cómo se ha desarrollado en la época presente el principio de la buena fe contractual a través de sus nuevas funciones y cómo se ha proyectado a través de nuevos principios que se derivan del principio general de la buena fe.

2. En ocasiones, en forma abierta aparece mostrándose en todo su esplendor invocándose directamente como principio general y fundamental del derecho contractual y en otras oportunidades aparece actuando más disimuladamente desde los fundamentos de otras instituciones dándole sustento a instituciones importantes como son la teoría de la apariencia, la teoría del acto propio, el abuso de derecho.

No dudamos en sostener que se está ante uno de los temas más importantes del derecho civil y que además no sólo ha permitido la pervivencia del derecho contractual sino que asegura su adaptabilidad permanente a las nuevas necesidades por cierto con más agilidad que los mismos códigos respaldando el futuro del contrato como instrumento válido de interrelación de interés preservando el debido cuidado del bien común.

3. No obstante esta importancia que consideramos indiscutida en nuestro país todavía existe algún *exégeta, retrógrado y conservador* que aun hoy no se ha dado cuenta que el derecho es mucho más que la ley y a la buena fe la convierten en un artículo de decoración que lo sacan a relucir sólo en casos de emergencia con ***gran temor por la inseguridad jurídica que para ellos puede causar.***

4. En nuestro país, la vigencia real de este principio ha sido particularmente polémica y ha enfrentado a aquellos que reducen el derecho a lo que dice la ley y quienes entendemos que el



derecho es algo más que la ley debiendo ésta en su coexistencia con la realidad socioeconómica y los valores a que responde dar por resultado el *derecho vivo* o el que rige en los tribunales que por cierto es mucho más extenso, claro, real, rico y justo que el que se encuentra en los códigos.

5. Parte de esta polémica está en la *resistencia que se tiene a reconocer la importancia de la labor jurisprudencial* enfrentándose los que piensan que lo único que puede hacer un juez es aplicar la ley y los que entendemos que su misión es marcar la justicia del caso concreto dentro de la legalidad aprovechando de la delegación de atribuciones que la ley hace cuando utiliza normas abiertas o estándares jurídicos como es precisamente el de la buena fe entre otros.

6. Constituye un principio universalmente reconocido en todas las materias del derecho, públicas o privadas. La buena fe, como valor indiscutido, consagrado expresa o tácitamente por la norma, y utilizado por la doctrina y jurisprudencia, es quizás, como ya se dijera, *la herramienta más importante para sostener que el contrato se adapta a las nuevas exigencias, permitiendo la vigencia plena de la autonomía de la voluntad y del equilibrio prestacional dentro del orden jurídico vigente*. Opera como un verdadero “*amortiguador*” entre la norma y la moral; entre el contrato y la realidad socioeconómica y entre el contrato y la norma.

Podríamos decir que una de las funciones más importantes de la buena fe en el derecho y en particular en el derecho contractual es la de permitir comprender la esencia de un “*enfoque tridimensional*” en el que la norma o el contrato se deben interrelacionar necesariamente con la moral, los valores. y la realidad socioeconómica a la que pertenecen.

La adaptabilidad del contrato a la norma, a la moral, a la realidad económica y social se logra a través de la buena fe.

La superación de viejos y falsos paradigmas que distorsionaron al contrato como el de presuponer que todos somos iguales que todos somos libres y que todo contrato es justo y que en principio llevaron al contrato a una crisis fueron superados con proyecciones de la aplicación del principio de la buena fe.

Su plena vigencia *brinda confianza* y esperanza en el futuro del contrato como instrumento justo de interrelación de intereses, en miras al bien común.

7. Quien marcó a fuego la importancia de la buena fe en el derecho fue Betti <sup>2</sup> cuando sostuvo que toda comunidad se sustenta en una exigencia ético social en un valor insoslayable que es el necesario respeto de la personalidad ajena y el deber de colaborar con los demás; ello es una exigencia moral juridizada en el principio de la buena fe que se concreta en la máxima de Kant: “*Compórtate de tal manera que la norma de tu actuar pueda llegar a formar parte integrante de la legislación universal*”.

8. El tema adquiere singular trascendencia cuando advertimos que, en realidad, todos los principios básicos del derecho contractual “*hacen vértice*” en el principio general y superior de la buena fe. Así, el principio de la autonomía privada, el principio de la fuerza vinculante, el principio del relativismo, el principio de la equivalencia de las prestaciones, el principio del consensualismo... coexisten e interaccionan con el principio general de la buena fe.

9. Alguien ha dicho que se debe tener cuidado con el principio de la buena fe pues es como “*una fiera dentro de la jaula*”. Si se escapa, puede dar lugar a figuras invasoras como la justificación del abuso del derecho, el fraude a la ley, la imprevisión, la teoría de los actos propios...

Cierto es que el miedo o el terror a las normas flexibles y la desconfianza en el alcance de los principios generales del derecho están en que, en realidad, *de lo que se desconfía es de los mismos jueces*, que se prefieren ver como entes inertes, inanimados, que no hacen otra cosa que aplicar la ley, lo que, como veremos, es un grave error pues no operan como “*máquinas de*

calcular” sino como personas razonables que en conocimiento de la norma y la realidad priorizan en su aplicación el logro de valores sustanciales como el de la justicia.

Pues bien, en esta oportunidad *“vamos a sacar a pasear a esta fiera”* y veremos que “no muerde” y que, por el contrario, es el camino acertado para destruir ciertos paradigmas que tanto daño le han causado al derecho contractual. El pensar que todos somos iguales, todos somos libres, y por tanto lo que se negocia es justo parece un “chiste de mal gusto”. La buena fe es el camino apropiado para desactivar estos mitos perimidos y transmitirle más realidad al derecho contractual pues como dijera Josserrand *“o el derecho se adapta a la realidad o ésta vive sin el derecho”*.

Para tranquilidad de todos diremos que en nuestro derecho no vimos nunca a nadie que se quejara de abusos o inseguridades cometidos en nombre de la buena fe.

10. La aplicación correcta de este principio ha determinado la entrada en crisis de la denominada *“crisis del contrato”* permitiendo que éste se ajustara a las nuevas necesidades de la época presente tanto desde el punto de vista tecnológico social, económico o aun político.

11. Corresponde sí tener en cuenta que del alcance e interpretación que se dé a la vigencia de este principio dependerá nuestra forma de encarar el derecho y la forma de obtener soluciones dentro del ámbito jurídico.

Alcanza con que se piense que la buena fe es algo metajurídico; o que es algo fuera de la norma, para no haber advertido que es la norma la que se remite a ella en forma directa o a través de los principios generales, arts. 16 C.C. o 332 de la misma Constitución, jurisdizando su vigencia y convirtiéndola en un instrumento vital para la interrelación de intereses.

Además, *no es algo subsidiario, secundario*, a lo que se debe recurrir sólo cuando la norma contractual no prevé, sino que, por el contrario, *es algo que coexiste, convive e interacciona con lo previsto por las partes en todos los casos*.

12. A la ponderación de la buena fe contractual se debe acudir en todo caso, aun cuando exista claridad en la expresión de los términos utilizados por las partes al contratar sea para legitimar lo actuado o para advertir de posibles excesos o abusos en que se haya podido incurrir.

13. La buena fe ha tenido particular destaque al operar como el verdadero fundamento o columna vertebral de los institutos que identifican en la actualidad al denominado *“derecho del consumo”*.

El deber de informar, la regulación de las ofertas al público, la integración de la publicidad al contrato, la regulación de cláusulas abusivas, de prácticas abusivas, del contrato por adhesión son todos instrumentos fundados en la necesaria buena fe con la que se debe actuar en la interrelación de interés.

14. Lo que importa destacar es que todo lo que ha progresado el derecho contractual moderno en sus proyecciones a través del derecho del consumo y lo proyectado en las reformas que se introducen en los códigos civiles modernos encuentran en la buena fe el fundamento básico de todas sus innovaciones.

En las modificaciones introducidas en el BGB alemán del 2002, en el Código Civil brasileño del mismo año, en la totalidad de los documentos contractuales que se han propuesto para la regulación del contrato en la Comunidad Europea: Principios generales europeos de la contratación; Principios Lando; el Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista de Pavía; los Principios generales Unidroit de la contratación.

15. Cuando lo que se busca es evitar abusos, proteger la confianza; tutelar los equilibrios necesarios en las prestaciones; lograr la imposición de conductas transparentes, leales. Cuando nos preocupa la seguridad debida nos acordamos rápidamente de la buena fe.

16. Hemos considerado oportuno presentar en esta ocasión luego de unos temas introductorios algunas reflexiones sobre los aspectos básicos de la buena fe contractual que aparecen en el enunciado de sus *10 funciones* y de sus *10 principios* básicos derivados en la actualidad del principio general de la buena fe.

## 2. Concepto

### A. Presentación del tema

La buena fe se integra en un ideal de comportamiento en la vida social que está incorporado al orden jurídico desde la época del derecho romano, constituyendo un principio universalmente reconocido y aceptado y de muy rica y variada trascendencia. *Tiene un contenido ético y social indiscutido que moraliza al derecho y al mismo contrato.*

Planiol-Ripert <sup>3</sup> concluyen su estudio diciendo que *la buena fe no apunta sólo a la justicia sino considera la protección del interés de ambas partes las que con su acatamiento se benefician. La misma vida en sociedad es posible con su vigencia. En definitiva es la obligación de comportarse como un hombre honesto escrupuloso no sólo en la formación sino en la ejecución del contrato y de no limitarse sólo a lo que surge de la letra de éste.*

Martins Costa <sup>4</sup> presenta a la buena fe como un concepto *multisignificativo y proteiforme*, pues entiende que el significado varía según el ángulo de análisis buena fe objetiva y subjetiva. y su contenido también varía para el caso concreto.

La complejidad de su significación está, además, condicionada a las posturas que se asuman respecto a la metodología del derecho y, en particular, a las fuentes de producción jurídica. Este principio o cláusula general permite por su intermedio, según esta autora, el ingreso al orden jurídico de principios valorativos, de máximas de conducta establecidas en la Constitución; de directivas económicas, políticas y sociales... viabilizando su sistematización en el orden jurídico y permitiendo que éste opere como un todo en beneficio del bien común.

González Pérez <sup>5</sup> entiende que *la buena fe es el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos.*

Los derechos deben ejercitarse de buena fe, y las obligaciones deben cumplirse de buena fe. Así, buena fe significa confianza, seguridad, lealtad, probidad, honorabilidad que parte del *cumplimiento de la palabra dada.*

La palabra fe, fidelidad, supone decir que una de las partes se entrega confiada a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, confiándose en que ésta no la engañará.

La buena fe incorpora como valor ético la tutela de la confianza y comporta una regla de conducta normal recta y honesta, o sea, la conducta debida del hombre medio. No se refiere a la conducta aislada de la persona sino en su relación con otra al asumir un vínculo jurídico.

Trazegnies <sup>6</sup> gráficamente ha dicho que en definitiva el concepto de buena fe se convierte en un “cajón de sastre” donde se echan las cosas difíciles de determinar.

Identificar conceptos esencialmente morales dentro del derecho de la forma más desapercibida posible que para los positivistas no es derecho, haciendo “malabarismos lingüísticos”.

En realidad estamos ante un instrumento jurídico ideado para la penetración ética dentro del sistema porque tarde o temprano debemos reconocer que el derecho cumple su función sólo y en cuanto no se aparte de las exigencias éticas.

Se trata de un módulo necesitado de concreción que sólo marca la dirección en la que hemos de buscar la contestación de la cuestión planteada. No nos marca una norma sino que exige buscar la solución para el caso concreto. La labor de concreción debe hacerla el juez no porque él lo decida sino porque así lo establece la normal remisión a la vigencia de este principio.

Está *indeterminación originaria* del concepto de buena fe ha llevado que en la actualidad se tienda a precisar criterios concretos de aplicación a través de *nuevos principios* que se entienden derivados de la buena fe que comienzan individualmente a concretar un poco más su alcance *haciéndolo más operativo* y práctico y no tan abstracto. Veremos en nuestro caso, los principios de equilibrio prestacional, de igualdad jurídica; de la confianza, de transparencia, de razonabilidad, de colaboración, de congruencia.

La diversidad de ámbitos en que opera la buena fe también hace difícil presentar un concepto unitario. Si se piensa en *la buena fe subjetiva*, aquí aparece como justificación de quien actúa ignorando su error de hecho o de derecho, actuando sin conciencia de dañar el interés del tercero. Se cree que se actuó correctamente habiendo procedido con la diligencia debida.

*Desde el punto de vista objetivo* la buena fe aparece como un deber de conducta exigido en parámetros de moralidad social, aludiendo a la existencia de un deber de lealtad, probidad, honestidad, coherencia, transparencia... estos deberes colaboran a flexibilizar la integración e interpretación del contrato al orden jurídico vigente

## B. Necesaria concreción

Desde nuestro punto de vista, definir en forma concreta la buena fe, particularmente desde el punto de vista objetivo, es una tarea un tanto ilusoria pues supondría dar un contenido a lo que en esencia es *una norma en blanco*, un estándar jurídico, como ya se refiriera.

No es un camino acertado definir y cambiar términos aludiendo a que actuar de buena fe supone proceder con probidad, lealtad, honestidad. En realidad se está ante una técnica legislativa por la cual se delegan facultades al juez para que con autonomía y discrecionalidad disponga en el caso concreto una legitimación de proceder ante una conducta errónea de buena fe subjetiva. o establezca cuál es la conducta exigible a las partes de buena fe objetiva. Por esta vía se logra mayor flexibilidad y ductilidad en el ajuste del contrato a la norma.

De la buena fe, como vimos, se pueden dar distintos conceptos pero lo importante a señalar es que se trata de un concepto general que necesita en cada caso de concreción y fue pensado con esta finalidad pues ello precisamente es lo que le permite actuar como instrumento de ajuste o flexibilización de la norma a la realidad y al respeto de los valores esenciales.

La concreción de este concepto al caso concreto depende de la naturaleza del vínculo; de la situación de las partes en lo que a su poder económico o de negociación se refiere; en fin, depende de la ponderación de las circunstancias del caso concreto conforme con lo que es la experiencia jurídica y lo razonable para el caso.

*La buena fe orienta el contrato y las conductas debidas a lo razonable.* Ello es tan así que en los Principios Lando se la define expresamente como veremos qué se entiende por razonable

En los contratos bilaterales y onerosos, esta buena fe se concreta en el deber de informar, de asesorar, de custodiar, de mantener confidencialidad, en un deber de seguridad, deber de protección, en un deber de cooperación, el deber de renegociar... siempre, claro está, según el caso concreto.

La relación obligacional no debe enfocarse sólo estructuralmente como consentimiento, objeto, causa o capacidad del deudor en su relación con el acreedor, relacionados jurídicamente sino que en la relación obligacional más allá de la estructura aparece integrada la buena fe exigiendo esa relación de cooperación entre acreedor y deudor con el fin de preservar las

recíprocas utilidades esperadas propias, por ejemplo, de un contrato oneroso. Así, el deudor o el acreedor no sólo deben cumplir sino que deben colaborar para que el otro cumpla.

Desde otro ángulo, se pondera la entidad del incumplimiento, exigiendo que éste para tener relevancia resolutoria tenga gravedad o no supere el sacrificio razonable que se puede exigir al deudor.

Dentro de las formas de concreción, la que nos interesa a los efectos del tema en análisis, es el que aplica la buena fe como medida del esfuerzo exigible.

### C. Síntesis

Luego del proceso de concreción en su aplicación al caso, la buena fe opera como un instrumento moralizador del derecho y del contrato que surge como principio general informador de la juridicidad y la exigibilidad de conductas tendientes al respeto de la fidelidad en la palabra dada, la corrección, lealtad, cooperación y confianza mutuas en toda relación jurídica y, en particular, en el contrato.

No se trata de un concepto inventado o forjado por el derecho sino tomado de la naturaleza de las cosas y de la realidad humana y social que se encuentra en el sentido común y lo razonable.

## 3. Importancia de la buena fe

### A. Presentación del tema

Después de lo dicho parece un tema casi innecesario de plantear. La vigencia plena de este principio general es tuitiva no sólo de la vigencia y alcance del contrato sino de la utilidad de éste como medio de interrelación justa de intereses de quienes conviven en sociedad, posibilitando esta coexistencia en torno del bien común.

Su imposición por encima y como complemento de voluntades permite marcar lo no admisible abusivo; exigir lo no previsto en el respeto concurrente de lo acordado por las partes; exigir la coherencia de conductas asumidas, marcar los límites del sacrificio del deudor en caso de no cumplimiento...

Este planteo no es sólo doctrinario sino legal pues ha sido el propio codificador el que por ley impuso la vigencia de este principio llegando a sostener que *todo* contrato debe cumplirse de buena fe lo hayan acordado o no así las partes y, por tanto, el contrato *obliga no sólo a lo que en él se expresa* lo que supone que fundados en la buena fe pueden surgir obligaciones no previstas por las partes. sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean acordes a la equidad, al uso o a la ley.

Queda claro que la buena fe opera como “*llave de paso*” para la integración de la equidad, los usos y la ley al contrato.

Queda claro que la fuerza vinculante no depende sólo de la voluntad de las partes sino de la norma y que ésta impone el deber de actuar de buena fe en forma no dispositiva sino imperativa, o sea se impone a la voluntad de las partes excluyendo el pacto en contrario. La referencia en el art. 1291 C.C., al término “deben” ejecutarse de buena fe. está marcando el perfil imperativo de este principio que involucra al orden público.

Permite que valores esenciales imperen en el orden jurídico permitiendo, por ejemplo, que *la razonabilidad, la solidaridad, el equilibrio* se prioricen en la relación contractual.

La buena fe circula por los espacios de indefinición dejados por la norma y le permite al juez transitar por ellos y por su intermedio compatibilizar lo previsto por las partes con lo exigido por el orden jurídico y los principios generales.

La conformidad que debe existir entre la conducta de las partes a la hora del cumplimiento contractual, contemplando la norma y el contenido contractual, se viabiliza a través de la buena fe.

Ante quienes prefieren ignorar la buena fe por temor a las facultades que confiere al juez; ante quienes la cuestionan por generar inseguridad jurídica; ante quienes la presentan como un deber de segunda o una realidad metajurídica decimos que respetando lo que el propio codificador indicó, art. 1291 inc. 2 C.C., nos guste o no, estamos ante el elemento más importante del sistema que permite moralizar y humanizar el derecho todo y, en particular, al derecho contractual, brindando incluso una mayor protección a la misma persona de los contratantes dando forma, por ejemplo, a la obligación de seguridad; posibilitando la tutela del débil ante excesos causados por explotación o desigualdades operando, en definitiva, como un verdadero “*policía de la contratación*”.

#### B. ¿Es posible invocar la buena fe para dejar de lado la letra del contrato?

Cuidado con pasarnos de rosca. Están quienes han destacado la importancia de la buena fe como elemento catalizador o corrector del contrato que lo conduce a una mayor justicia distributiva pudiéndose llegar a ajustar lo querido por las partes dentro de la legalidad. Entendemos que este camino no es correcto pues los principios generales no pueden invocarse para dejar de lado lo acordado sino para respaldar una interpretación o integrar donde no hay previsión

No se puede interpretar *contra legem* o contra la norma privada que surge con claridad en el contrato.

Cuidado con las novelorías o con los abusos de este noble instrumento. “El cuchillo es muy bueno para comer pero malo para matar”.

Cuando estudiemos las funciones de la buena fe volveremos al tema.

#### C. Importancia mundial

En todos los sistemas normativos privados del mundo presente se alude a la buena fe como principio central. Así, a modo de ejemplo tenemos que en:

1. Los Principios Contractuales de Unidroit aparece referido en los arts. 2.15, 3.5, 3.10, 3.8, 3.9;

2. En el Convenio de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías aparece regulado en el art. 1.7.

3. En los Principios de Derecho Europeo de los Contratos del profesor Lando, aparece regulado en los arts. 1. 201 y 1. 202. Corresponde señalar que en este último caso se establece: “cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”. “Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos”.

4. En el Código de los Contratos de la Academia de Pavía con participación activa de José Luis de los Mozos, el maestro de la buena fe en el derecho contractual, en el art. 1º al definir el contrato se dispuso...: “el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes positivos u omisivos siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe”.

#### *D. Tensión entre a la autonomía privada y la buena fe*

Uno de los aspectos más trascendentes a tener en cuenta en la evolución del derecho contractual moderno encuentra su origen en la tensión o interacción que tiene con el alcance de la autonomía privada. Si nos preguntamos a qué obligan los contratos, la respuesta sería incompleta si aludiéramos sólo a lo que surge del acuerdo de partes pues estaríamos omitiendo no sólo el efecto de la norma sino los efectos sustanciales que se proyectan al contrato por la aplicación del principio de la buena fe en cualquiera de sus manifestaciones.

La buena fe no está arriba o abajo del contrato y no es algo extrajurídico sino que conforma su propia estructura operando como límite de abusos, integrando aspectos omitidos por las partes, colaborando en desentrañar el significado de lo realmente querido por ellas, actuando como control de conductas coherentes, entre otros aspectos.

Es notorio que la voluntad no juega un rol exclusivo ni excluyente en la determinación de los efectos del contrato. La autonomía de la voluntad está legítimamente limitada o sometida a la norma y a la buena fe.

#### **4. Formas de la buena fe**

En términos, la doctrina es unánime en sostener que la buena fe debe ser enfocada desde el punto de vista subjetivo y objetivo.

En realidad, no existen dos clases de buena fe sino que ésta es, en el decir de José Luis de los Mozos <sup>7</sup>, *bifronte*, o sea, la buena fe subjetiva creencia. y la objetiva confianza. son dos aspectos del mismo concepto. Cuando se protege o se exige actuar con buena fe, está en juego una creencia, una confianza de la persona con un evidente carácter ético. Responde a las exigencias morales de la conciencia social y marca el punto de unión entre la moral y el derecho.

La *buena fe subjetiva* contribuye a atribuir una legitimación y provoca en el sujeto la adquisición de una cualidad en reconocimiento de una creencia razonable. Se protege a la persona como si tuviera derecho a la titularidad que ostenta aunque no la tenga.

La persona procede como si fuera titular y no lo es por ignorancia o desconocimiento. No sabe que está dañando a un tercero ajeno. Confía en una apariencia. Si no hubiera buena fe el proceder sería antijurídico. Esta forma de razonar se explica normalmente con relación a la titularidad de ciertos derechos reales.

La buena fe subjetiva facilita la adquisición de un derecho o evita su pérdida y opera en favor del que actuó sin culpa.

La *buena fe subjetiva tiene dos áreas* claramente diferenciadas: a. la creencia en la apariencia de titularidad de derecho generada por un tercero; b. la creencia de titularidad de derecho propio que realmente no se tiene

En nuestra opinión, la buena fe subjetiva se refiere al estado de conciencia o convencimiento del individuo de estar actuando conforme a derecho. Es subjetiva pues depende de la intención o íntima convicción del sujeto. Se sustenta en la ignorancia o creencia errónea y, por tanto, excusable, acerca de la situación real del bien o de la situación jurídica propia de cierta persona.

A la buena fe subjetiva en términos concretos aluden diversas disposiciones del Código Civil uruguayo. En este sentido podemos tener presente los arts. 693, 691, 694, 1207, 1312, 2101, entre otros.

La *buena fe objetiva* opera como modelo o regla de conducta social al cual se debe adaptar el comportamiento de la persona que integra la relación jurídica. La buena fe se concreta en la generación de normas de conducta, función normativa, que comienzan siendo concretas para el caso concreto en cuestión y luego según los casos pueden derivar en normas de aceptación

jurisprudencial generalizada. Es una norma de conducta que impone un deber de fidelidad, de lealtad, de honestidad, de probidad y de cooperación.

El contrato no debe verse en forma estática sino dinámica, como un proceso por el que nace, se desarrolla y muere una relación jurídica. En todo este proceso, la buena fe objetiva irradia efectos: antes, durante y aun después del contrato como lo veremos oportunamente.

En concreto, el rol principal de la buena fe subjetiva es otorgar un derecho a aquél que actúa con determinada situación de conciencia, y el rol principal de la buena fe objetiva es imponer deberes para establecer o clarificar en el caso la conducta debida.

*El centro y coronación de la buena fe objetiva* lo tenemos en el art. 1291 inc. 2 C.C., cuando con toda claridad establece que el contrato “obliga no sólo a lo que en él se expresa”.

De la vigencia del principio general de la buena fe se deducen obligaciones esenciales al vínculo contractual, como ser: la obligación de informar, la obligación de consejo; la obligación de seguridad; la obligación de colaborar.

La buena fe es el alma de la autonomía privada negocial, le da vida, la legitima y la protege de abusos e ilegalidades. Justifica, como dijimos, la presencia en el contrato de cláusulas fundadas en la equidad que se consideran no una intromisión en la voluntad de las partes sino una explicitación de ésta.

Adviértase que dentro de estos deberes propios del actuar de buena fe está el de actuar con lealtad y respeto a la palabra dada lo que supone poder señalar que la buena fe de lo primero que se preocupa es de la seguridad jurídica en las contrataciones. La buena fe no es como pueden pensar algunos un instrumento de inseguridad sino por el contrario de afirmación de la necesaria seguridad jurídica contractual.

Dentro de los deberes propios de lo que supone actuar de buena fe no sólo estamos ante deberes pasivos de no hacer: no actuar con deslealtad, con deshonestidad, con falta de probidad... sino que están también los *deberes activos* como ser: el deber de colaboración de solidaridad...

En nuestra opinión, la buena fe no es un invento conceptual de un académico despabilado sino que es un dato de la realidad. Como bien decía Hernández Gil,<sup>8</sup> “*la buena fe no es una creación jurídica sino un presupuesto*”. Como hecho o realidad es tomada o declarada por el orden jurídico e ingresa al sistema. La buena fe es el instrumento de penetración de la moral en el contrato o en el derecho positivo todo. Opera como punto de convergencia entre el derecho y la moral o, dicho de otra forma, el derecho se nutre de la moralidad y de la humanidad a través de la vigencia plena de este principio.

En definitiva, la buena fe es un arquetipo o modelo de conducta debida y exigible tanto al ejercer un derecho como al cumplir una obligación que se concreta en el deber de lealtad y respeto de lo acordado seguridad jurídica, en asumir un proceder honesto, diligente y en no defraudar la confianza de los demás y no abusar de ella.

Cuando la evolución tecnológica, económica y social por momentos nos hace pensar que el contrato o la misma autonomía de la voluntad se pudieron haber convertido en una “antigualla histórica”, lo que mantiene firme la estabilidad y vigencia siempre plena y permanente del contrato es su fidelidad al principio de la buena fe.

## **5. Revalorización del principio general de la buena fe**

Comenzamos teniendo presentes ciertas puntualizaciones de Díez Picazo en el prólogo a la obra de Wieacker<sup>9</sup> cuando advertía que una cosa es la buena fe y otra diferente es el principio general de la buena fe. La buena fe opera como supuesto de hecho de algunas disposiciones cuando por ejemplo, se regula la posesión de buena fe, el matrimonio de buena fe... otra cosa es cuando nos referimos a la buena fe como principio general de derecho en su fuerza jurídica como norma jurídica a contemplar y a exigir o como regla de derecho con la que se controla la legalidad de los procederes incluso los de la propia Administración Pública.



En nuestro Código Civil más de 50 artículos se refieren a la buena fe; pero referida como principio general la tenemos implícitamente en los arts. 16, 1260 y 1291 C.C. En el primer caso se alude a ella al referirse a los principios generales como medio de interpretación del derecho; en el segundo se alude a los contratos innominados y su regulación por los principios generales del derecho contractual y, por último, en el art. 1291 inc. 2 se establece como principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a los usos, la equidad o la ley.

La buena fe puede presentarse directamente con su denominación o a través de otros institutos a los que le ha dado fundamento como ser la “teoría del abuso del derecho”; “la teoría de los actos propios”, etc..

También la vamos a ver aparecer a través de otros principios generales que se derivaron de ella como ser el principio del equilibrio prestacional; el principio de la igualdad jurídica; el principio de la transparencia, entre otros.

La afirmación de que todos los derechos se deben ejercer y todas las obligaciones se deben cumplir de buena fe alcanza para tener una idea de la dimensión de este principio que hoy habiendo surgido del derecho privado no es ajeno a ninguna rama del derecho.

Como un principio general y superior del derecho, y dentro del derecho contractual, es el principio general de mayor importancia inspiradora y complemento ineludible de todo el sistema contractual, sin necesidad de reconocimiento expreso aunque lo tenga.

Comenzamos señalando que la buena fe no opera como valoración de segundo grado, opinión ésta que fue vertida en nuestro derecho por Gamarra <sup>10</sup>.

La buena fe, como estándar jurídico que es, asume la función de determinación y delimitación del comportamiento debido por las partes. No sustituye sino que complementa a la norma y supone en esencia la delegación de facultades en quien tiene que aplicar la norma. Con la utilización de estándares jurídicos, el legislador, en realidad, deposita su poder normativo en manos del intérprete cuando éste debe aplicar a determinadas situaciones estos estándares, como el de la buena fe, la diligencia debida o la justa causa.

Durante mucho tiempo se le tuvo miedo a la buena fe, como ya lo dijéramos en la introducción de este tema, pero lo cierto es que en los siglos XX y XXI la corriente personalista del derecho contractual ha encontrado en ella el *origen de la revitalización, no solamente de la tutela del contrato sino de “la persona” en él involucrada*. Hoy, el principio general de la buena fe tiende a dominar por entero el derecho de los contratos y de las obligaciones.

Con acierto, Larenz <sup>11</sup> lo califica como el *principio “supremo”*; de carácter irrenunciable y representativo del precepto fundamental de la juridicidad cuyo respeto en ocasiones involucra el orden publico.

En la actualidad muchos doctrinarios pretendieron encontrar en la Constitución lo que el derecho privado no les brindaba, pues no supieron interpretar el verdadero alcance del principio de la buena fe.

Si bien propiciamos la existencia de un verdadero derecho civil constitucional, sosteniendo que en la propia Carta Magna está el fundamento de instituciones básicas como la familia, la propiedad y el contrato, lo cierto es que a la hora de la verdad la respuesta a muchos dilemas que se plantean en el ámbito contractual puede y debe buscarse dentro de su propio ámbito con la vigencia plena del principio de la buena fe.

No somos muy proclives a recurrir a la Constitución para dejar sin efecto el alcance de normas contractuales con la excusa de aplicar principios generales que están en la Constitución.

Ello sin perjuicio de considerar que el principio general de la buena fe está en las mismas raíces de la Constitución y a él se refiere en el art. 332 cuando la Carta Magna alude expresamente a los principios generales del derecho.

No faltan quienes -como ya lo dijéramos- piensan que la aplicación de principios generales como el de la buena fe genera inseguridad, imprecisión e incertidumbre pues estamos en el ámbito de lo que gráficamente Ihering denominaba “cielo de los conceptos jurídicos”.

Ocurre que esta exigencia de proceder en parámetros de buena fe no es algo creado por el legislador sino que es propio de la naturaleza humana. El derecho reconoce una exigencia de conducta propia de la naturaleza humana y la presenta dándole forma con la denominación de buena fe.

Su contenido, más que impreciso es amplio: honestidad, lealtad, veracidad cooperación, colaboración, son su esencia.

Creemos que la inseguridad puede venir no de aplicar este principio sino de ignorarlo.

Su aplicación no supone dejar la puerta abierta para la arbitrariedad o para legitimar por su intermedio que se dejen de lado las leyes o las cláusulas contractuales.

La buena fe, lejos de debilitar el sistema jurídico por el amplio espectro de normas de conducta ética a que se refiere, lo consolida pues permite la adaptación a las nuevas exigencias ético sociales.

## 6. Buena fe y la creación judicial del derecho

Wieacker <sup>12</sup> ubica el alcance de la buena fe en sus justos términos, advirtiendo que aquellos enfoques que parten de la vigencia de este principio llegan a justificar un verdadero derecho libre. No podemos olvidar que *esta discrecionalidad* que da el legislador al juez está vinculada al respeto de datos lógicos, materiales y normas éticas en ponderación de la realidad y, sobre todo, la razonabilidad.

Cuando se ejerce *debe utilizarse en forma motivada* o sea dando los elementos de hecho y de derecho utilizados como referencia en la decisión.

No se puede apartar de la norma, ni de la realidad de valores que debe contemplar.

Quienes ven en la buena fe sólo una válvula de adaptación a las exigencias sociales deben manejarse con cuidado y precaución pues esta noble tendencia, en algunos casos, mal aplicada, puede llevar al caos. *No es patente para todo o un vale todo.*

El otro extremo, está en ver como preconcepto a la buena fe e identificarla con arbitrariedad sosteniendo que, en definitiva, es utilizada para el apartamiento de la norma y del contrato. No menos errados están los que desprecian la buena fe siguiendo un positivismo irreal donde el derecho se concreta sólo en la ley, ignorando la realidad y los valores.

La grandeza del art. 1291 inc. 2 C.C., al remitirse a la buena fe en la ejecución de los contratos, está en que a partir de la norma y porque ésta lo permite, se accede a la necesaria ponderación de la equidad y la buena fe para el caso concreto a partir de lo que supone considerar la naturaleza del vínculo y de las circunstancias sociales, económicas y éticas que la caracterizan.

El ciego positivismo escéptico e individualista propiciado por algunos, lleva a que no les interese lo ético, o lo justo, o la realidad y aquí está el error, pues el derecho no es sólo leyes, también exige la contemplación de la realidad socioeconómica y los valores, en una dinámica tridimensional.

Es hora de que se asuma que interpretar la norma no es siempre una figura lógica acabada, esto es, un juicio analítico, sino que siempre la interpretación, es algo más que una relación entre presupuestos de hecho, norma y conclusiones. Rara vez la configuración necesariamente general de la norma jurídica permite, ante las inagotables posibilidades de los concretos conflictos, aquella concreción que hace que sean suficientes los simples juicios analíticos. La aplicación judicial del derecho es, como toda interpretación realización de un valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios ella se orienta.

En la medida que la aplicación de la norma se hace en la decisión judicial, contiene elementos volitivos, valorativos, y junto al acto lógico, cada decisión constituye elementos de una nueva creación de derecho. Esto es tanto o más así cuanto mayor sea la indeterminación de la prescripción del legislador.

Cuando se dice que se actuó de buena fe se consideran experiencias realizadas, valores no descritos en la norma.

No se debe temer a la buena fe. No es remisión a valores individuales u opiniones personales arbitrarias lo que se busca con ello sino que supone vincularse por criterios razonables, o sea, posturas que había adoptado otro juez en igual situación en consideración de la realidad social y los valores imperantes en el momento.

La jurisprudencia es un verdadero “arte” de la profesión jurídica y de la aplicación del derecho es objeto de una teoría ético-jurídica de este arte. El arte judicial es ética jurídica y también teoría de la justicia.

Lógica jurídica, naturaleza de las cosas, razonabilidad, sana crítica, máxima de la experiencia, se unen y consolidan en la decisión judicial que, de ser relevante y justa puede llegar a tener la fuerza del precedente como máxima consolidada y operar como fuente del derecho en sentido material.

Cuando el legislador se remite a los principios generales del derecho, utiliza estándares jurídicos o cláusulas abiertas como la que se refiere a la buena fe, a la diligencia debida, entre otras, y cuando reconoce, como ocurre en los arts. 15 C.C. y 25 del C.G.P. que el juez no puede dejar de fallar cuando no hay ley expresa que resuelva en el caso; la conclusión lógica es que el magistrado deberá resolver en ausencia de ley, y sus decisiones; en la medida de que sean justas, naturalmente adquirirán la fuerza del precedente y en cuanto tal se convertirán en derecho desde el punto de vista sustancial.

La creatividad del juez no le convierte en legislador pero, si bien no legisla formalmente, *crea la norma para el caso concreto* y de reiterarse esta norma adquiere la fuerza de, en términos de Calamandrei, “*máxima consolidada*”. o sea criterios jurisprudenciales de conducta debida que se imponen con la fuerza del precedente conformando una verdadera creación de derecho en sentido material.

*La buena fe tiene poder normativo* y opera en algunos casos como fuente de obligaciones.

Recordemos que es el propio Código Civil el que nos dice que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa: art. 1291 inc. 2 C.C. que sigue al art. 1546 C.C. de Chile redactado por Bello... sino también a lo que surge de la vigencia del principio de la buena fe.

A modo de ejemplo se puede tener presente lo que ha sucedido con la creación de la obligación de seguridad en los contratos de transporte de pasajeros.

El deber de informar en la instancia de las tratativas contractuales fue en su origen jurisprudencial. En ocasiones, la labor del legislador es posterior a la existencia de estas máximas consolidadas tendiendo de alguna manera a dar forma a lo que ya regía en el ámbito jurisprudencial. El deber de informar luego de tener plena vigencia doctrino jurisprudencial fue regulado por el art. 32 de la ley 17250 de relaciones de consumo.

Hoy todos sabemos que el precedente judicial es imprescindible a la hora de presentar nuestros escritos judiciales, para determinar cuál podrá ser el derecho aplicable al caso.

La jurisprudencia no es un conjunto más o menos completo de sentencias sino la norma que de ella surge como de aplicación constante.

El juez, cuando concreta un estándar jurídico, como es el de la buena fe, lo hace no por libre arbitrio sino aplicando principios generales y porque el legislador así lo autoriza, orientado a respetar valores inherentes a la persona, la realidad de los hechos y la justicia del caso concreto, guiado por las máximas de la experiencia y la sana crítica.

En la jurisprudencia, la aplicación de principios generales, como *el de la buena fe, crea derecho porque*:

a. Si bien no se dictan normas generales, no puede negarse en los hechos y en la práctica el fuerte valor persuasivo del precedente de las sentencias;

b. No es cierto que aplica sólo el derecho vigente: i. hay casos no previstos en la ley en los que el juez no puede dejar de fallar; ii. la ley delega facultades al juez para que dicte una solución fundada en principios generales, en la equidad y en la buena fe.

## 7. Funciones del principio general y superior de la buena fe

Como ya lo viéramos, una de las más importantes funciones que cumple la buena fe desde nuestro punto de vista en el derecho y particularmente en los contratos es de haberse convertido en *el instrumento de adaptabilidad o flexibilización* que permite:

a. *en el derecho*: su relacionamiento con la moral, los valores. o con la realidad socioeconómica en una interacción e interdependencia recíproca enfoque tridimensional del derecho. permitiendo lo que se ha dado en denominar una visión tridimensional del derecho.

b. *en el contrato*: posibilita su interrelación con la norma, la moral, los valores. y la realidad económica social permitiendo una visión del contrato en el que se interaccionan la autonomía privada, la norma, la moral, los valores, y la realidad económica y social.

Junto a ello las funciones más trascendentes del principio general de la buena fe son:

1. La función informadora o legitimante;
2. La función interpretadora;
3. La función integradora; como veremos de esta función se deriva
4. La función creadora de normas de conducta;
5. La función de adecuación;
6. La función supletoria.
7. La función controladora de la coherencia de conductas;
8. La función controladora del límite del sacrificio exigible;
9. La función calificadora de la gravedad del no cumplimiento;
10. La función convalidadora.

### *I. La función informadora o legitimante*

Varias normas del Código Civil están inspiradas y fundadas en este principio, que orienta no sólo la aplicación del derecho contractual sino la misma creación y ejecución del contrato. Como ya lo destacáramos en otra oportunidad <sup>13</sup>, la buena fe permite apoyar y dar sentido, significación y coherencia al orden jurídico a través de la puesta en vigencia de valores que legitiman la exigibilidad de la conducta debida.

La buena fe no sólo da sentido al orden jurídico sino que *respalda su exigibilidad* en el hecho de que responde a valores esenciales, operando en ocasiones como fuente directa de derechos y obligaciones. En su aplicación se encuentra el punto de inflexión entre el derecho y la moral y entre el respeto de lo acordado por las partes y la moral.

En su *función legitimante* se destaca su presencia como buena fe subjetiva llegando a proteger incluso situaciones ilegítimas basadas en la existencia de una ignorancia justificada de la realidad presentándose como titular de derechos quien realmente no lo es, ej., poseedor de buena fe que no es titular de lo que representa...

### *II. La función interpretadora*

*A. Presentación del tema*: La interpretación por regla busca desentrañar el significado de los términos utilizados en el contrato y con ello la intención común de los contratantes y de las normas que regulan lo acordado por las partes. Esta faz subjetiva se integra con elementos objetivos en la medida en que exista: impotencia de los elementos subjetivos para desentrañar el significado de lo acordado: ambigüedad, arts. 1298 y 1302 C.C.; equivocidad, art. 1299 C.C.; cláusulas susceptibles de interpretación en dos sentidos, art. 1300 C.C..

Corresponde señalar que en las normas del Código Civil que se refieren a la interpretación de los contratos no se alude expresamente a la buena fe como ocurre con códigos más modernos como el italiano o el peruano. Nos preguntamos: ¿rige ello no obstante la buena fe en la interpretación de los contratos?

Así como cuando en el art. 1291 inc. 2 C.C., al regular el alcance de la buena fe en la integración del contrato, la norma se remite a la equidad de igual forma en las normas de interpretación cuando se remiten a la equidad, a la buena fe y por ello aunque no exista norma que al regular la interpretación de los contratos aluda a la buena fe está implícita en las normas que en tal ámbito se remiten a la equidad, art. 1300 C.C..

Además la buena fe forma parte ineludible del contrato estando en su misma estructura en su contenido. Siendo así lo que se interpreta en todo caso es la voluntad de las partes, la norma que se refiere a lo previsto por las partes y lo que en el caso implica actuar de buena fe.

*Aun cuando los textos del Código Civil al regular la interpretación del contrato no se remiten expresamente a la buena fe*, lo cierto es que está presente como principio general del derecho, art. 16 C.C.. Además, está implícita en las normas que establecen por ejemplo, que las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otra forma protegiendo la confianza legítima en el significado real de los términos empleados. También está implícito este principio al regular el principio *in dubio contra stipulatorem*, art. 1304 C.C..

No podemos dejar de lado el art. 32 de la ley de relaciones de consumo 17.250 que con carácter general impuso “la obligación de actuar de buena fe”, ya no sólo en la ejecución del contrato sino en todo el proceso contractual: antes, durante y después del contrato.

*B. Función de amortiguación:* Decimos en términos gráficos que la buena fe cumple una función de amortiguación y coordinación a diferentes niveles:

a. En la interpretación del contrato se tiene en cuenta no sólo la intención común que no es la intención de cada uno sino la de los dos; sino la intención declarada de las partes: art. 1298 C.C., o sea, una intención conocida.

*Entre lo declarado y las intenciones* puede no existir coincidencia y, en este ámbito, ya comienza a tener incidencia la buena fe coordinando.

b. Respecto al *significado a dar a los términos* utilizados en la declaración no puede distorsionarse según el interés de la parte.

c. A su vez lo que se interpreta no son sólo declaraciones sino declaraciones en un contexto económico social. La buena fe amortigua entre la forma y la realidad económica, social y los valores que subyacen al contrato.

*C. Incidencia de elementos extratextuales:* existiendo ambigüedad inciden también elementos extratextuales como ser:

a. la consideración de *naturaleza del negocio* o su causa, art. 1302 C.C. De aquí parte lo que la doctrina moderna denomina “interpretación funcional” del contrato orientada en la consideración de su causa o su función o finalidad

b. las reglas de *la equidad*, art. 1302 inc. 2 C.C..

c. *hechos de los contrayentes posteriores* al contrato, art. 1301 C.C..

d. *los usos y las costumbres*. Se debe considerar el sentido dado comúnmente a los términos en las circunstancias de tiempo y lugar consideradas.

Con acierto Dans <sup>14</sup> ve dentro de estos usos sociales contractuales el deber de actuar de buena fe.

e. *También la buena fe* en nuestro derecho cumple una función importante a la hora de interpretar el contrato determinando no sólo el proceder del intérprete sino la buena fe debida en los que manifestaron sus declaraciones de voluntad al vincularse.

*La exigencia de interpretar en parámetros de buena fe* supone considerar como interpretación correcta la que en el caso pudieron querer decir ambas partes actuando de buena fe, o sea, la declaración de voluntad debe ser entendida según el criterio de la recíproca lealtad de conducta entre las partes.

*D. La buena fe brinda al contrato respeto de la confianza y seguridad jurídica:* Interpretar de buena fe es considerar el significado que una parte legítimamente le dio a lo acordado por haber confiado en lo que se escribió, se dijo o se actuó. Se debe proteger aquello en lo que legítimamente se confió a la hora de contratar. La buena fe se integra así con la intención común de las partes como una sola cosa. Tutela la confianza y brinda estabilidad y seguridad en la contratación.

La buena fe le da relevancia a la autonomía privada como fuente del vínculo obligacional integrándose a ella y formando una realidad integral.

A la hora de contratar cada una de las partes inspira en la otra la expectativa de que está actuando lealmente y en ello confía la otra parte y así recíprocamente.

Betti <sup>15</sup> considera que la buena fe en la interpretación opera como un *medio para desentrañar o discernir el sentido con que se utilizaron los vocablos* y entender el sentido de los contratos en su contexto.

Interpretar de buena fe no necesariamente significa salir del ámbito subjetivo de interpretación pues como destaca Scognamiglio <sup>16</sup>, la buena fe lleva a que se respete el significado objetivo de los términos sobre el cual las partes razonablemente confiaron, art. 1297 C.C..

*En términos negativos* la buena fe prohíbe interpretaciones capciosas o distorsionadas generando deliberadamente confusiones u oscuridades que realmente no existen o tratando de ir contra los términos o actos ya consensuados.

En la interpretación de lo declarado pesa no sólo el significado de las palabras sino la forma como lo declarado o aun lo actuado, por ejemplo, en la etapa precontractual, podía y debía ser interpretado en parámetros de razonabilidad según la regla de la buena fe.

*E. Buena fe, interpretación y razonabilidad:* Resulta interesante destacar que las normas contractuales más modernas que para nosotros son los Principios Lando, las Normas Unidroit o el Código de los Contratos de la Academia de Pavía marcan un rumbo muy claro en la relevancia que le dan a la buena fe en la interpretación de los contratos.

Así en el art. 1. 102 Lando se señala que las partes son libres de celebrar un contrato y determinar su contenido dentro del respeto de la buena fe y las normas imperativas

En el art. 1. 201 cada parte tiene la obligación de actuar conforme con las exigencias de la buena fe.

En el art. 1º del Código de los Contratos se considera que forman parte del acuerdo, las conductas concluyentes positivas u omisivas siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente manifestada a los usos o a la buena fe.

*Con lo declarado, lo actuado, lo mostrado... se genera cierta expectativa en la que se confía por lo que se responde.* Las reglas de interpretación en parámetros de buena fe orientan hacia soluciones de equilibrio, eficiencia, *racionalidad y razonabilidad* en la relación contractual.

En el art. 1. 302 Lando se impone el criterio de la razonabilidad en la interpretación que se determina por lo que cualquier persona de buena fe que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal

*El principio de la razonabilidad* que es una concreción del principio de la buena fe como veremos a continuación proyecta sus efectos a la hora de la interpretación del contrato orientando el criterio a seguir. En la Convención de Viena de Compraventa Intencional de Mercaderías de 1980 en el art. 8.2 con claridad se indica que: “las declaraciones de las partes deberán interpretarse conforme al sentido que le habría dado *una persona razonable* de la misma condición que la otra parte”.

### *III. La función integradora o jurígena*

*A. Presentación del tema:* Por principio, los tribunales no pueden reescribir el contrato que rige para las partes. Lo que éstas acordaron obliga en principio a las partes y al mismo juez.

Pero el propio codificador le dio facultades al juez para integrar y calificar el contrato. La integración opera como instrumento para salvar omisiones o defectos del sistema jurídico o del contrato. Permite la adaptabilidad o flexibilidad de la norma al caso concreto ante contratos incompletos o insuficiencia por silencio, oscuridad de lo previsto o bien por el cambio de las circunstancias consideradas.

Si la norma o el contrato nada previeron o no fueron claros sobre cómo proceder, la solución a este vacío legal o contractual debe obtenerse a partir de la buena fe. Así, la buena fe actúa en estos casos como *fuerza supletoria de derecho*.

*La integración no es arbitraria* sino que se debe realizarse dentro de lo previsto por la norma -art. 1291 inc. 2 C.C.-, valiéndose para la integración de lo que la norma indica o sea la consideración de la naturaleza del contrato: su causa, la equidad, los usos o la misma ley y *lo que se considere más razonable* consideradas las circunstancias del caso.

*B. Formas de integración:* Cierta doctrina ha diferenciado lo que se denomina la autointegración de la heterointegración queriendo con ello destacar que en la autointegración los elementos de integración surgen del mismo contrato mientras que en la heterointegración los elementos de la integración vienen dados desde afuera del contrato <sup>17</sup>.

Pensar en una *autointegración* es presuponer que en el contrato están todos los elementos con los que poder superar sus vacíos o lagunas. Pensamos que estos casos serían de interpretación y no de integración pues si está a lo que surge del contrato no saldríamos de lo declarado por las partes y ello es pasible entonces de interpretación y no de integración. La autointegración recurre a voluntades presuntas o conjeturales o hipotéticas que en realidad construye una ficción sobre lo que las partes hubieren podido querer y no quisieron lo que entendemos inaceptable

Toda integración se nutre de elementos externos *heterointegración*. Al propio contrato y, esto es, lo que la caracteriza y en ello está precisamente la importancia que ello tiene en el desarrollo dogmático del contrato en su proceso de ajuste a la realidad

Como sostiene Sacco <sup>18</sup> en la integración se produce la penetración deontológica de opiniones o valores socialmente más aceptables que entran dentro de las normas generales previstas para la integración del contrato como es precisamente la vigencia de la buena fe.

*C. La buena fe, la equidad, los usos y la ley:* Se integran con la aplicación de normas jurídicas, los usos y costumbres y la misma equidad.

*La norma* puede integrar el contrato como *efecto* apareciendo como normas dispositivas supletorias no alteradas por la voluntad de las partes o como normas imperativas, art. 8° C.C., posteriores o anteriores al contrato o principios irrenunciables como el de la buena fe que se imponen al contrato como efecto. Las normas imperativas son de integración inmediata y directa.

En la actualidad, cierta doctrina por vía de integración incorpora al contrato *principios constitucionales* como el de la igualdad, entre otros. Debemos tener cuidado de recurrir a la Constitución para obtener lo que ya indica la vigencia del principio de la buena fe. *Los usos y costumbres* son pautas de conducta establecidas por el mismo contexto social teniendo relevancia en algunos casos en forma directa y en otras cuando la ley remite a ella como es lo que ocurre precisamente con el art. 1291 inc. 2 C.C..

*La equidad* tiene particular presencia por orden de la buena fe. Ciertamente es que a la equidad se puede recurrir, como bien advierte Rodota <sup>19</sup> cuando la ley lo autoriza pues de lo contrario usaríamos la equidad permanentemente para dejar sin efecto la ley o el acuerdo de partes y ello sería un caos o el reino de la inseguridad jurídica.

La remisión por ley de la buena fe a la equidad da fundamento al hecho de que aquella opere no sólo en delimitar derechos y obligaciones sino que lleve a exigir conductas solidarias dentro de la legalidad.

Reiteramos el término *legalidad* pues cuando nos referimos a buena fe y equidad lo hacemos no por preferencia doctrinaria sino por exigencia normativa. Y es por esta norma que soluciones tendientes a mayor solidaridad tienen respaldo normativo.

De la consideración de la equidad no surgen derechos u obligaciones como ocurre con la buena fe sino contemplación de la realidad económica, los equilibrios en la distribución de valores.

Lo cierto es que en la práctica la buena fe viene ocupando el lugar que debió ocupar la equidad<sup>20</sup>. Ello es tan así que en las regulaciones contractuales modernas como ser las Normas Unidroit: arts 1.7; 2.4; 2.14; 2.17, 2.18, 4.2, 4.8, 7.12, y en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías no se alude más a la equidad sino cada vez más a la buena fe.

En nuestra opinión no son conceptos que se deban confundir pues la buena fe marca la conducta debida y la equidad baja el criterio de la conducta debida a la realidad. No se excluye no se absorbe sino que se presuponen

Lo cierto es que más allá de nuestras preferencias doctrinarias es porque el legislador lo dice: art. 1291 inc. 2 C.C., que la buena fe opera como modelo de conducta positiva o negativa, legitimando la función productiva jurígena del magistrado.

Como señala Roppo<sup>21</sup> existen diversas *formas de integrar el contrato*: en forma supletoria o en forma de adecuación. En ocasiones se cubren aspectos imprevistos y en otras se ajustan cláusulas previstas con excesos o ilegalidades entrando en lo que es propiamente una *función de adecuación*.

El juez interviene en la vida del contrato no sólo al interpretarlo e integrarlo sino cuando lo *califica*. Un principio constante en nuestra doctrina y jurisprudencia es el de que el *nomen iuris* que las partes dan al contrato no es vinculante para el juez. Si las partes denominaron compraventa a lo que es una permuta el juez aplicando *el principio de la realidad* considera al contrato en cuestión como permuta. Priorizará el juez en esta operación de “recalificación” la causa real del contrato y sobre ello determinará la tipificación adecuada aplicando la correspondiente normativa.

*D. Funciones derivadas de la integración del contrato*: Para delinear con más precisión el alcance de la integración del contrato que es seguramente la función principal de la buena fe hacia el contrato corresponde deslindar la función creadora de normas contractuales, la función de adecuación y la función supletoria.

Para entender estas diferentes funciones es necesario comenzar por determinar que el origen de las lagunas o de las ausencias en el contrato puede estar determinado por falta de previsión de las partes función, de integración propiamente como tal; por falta de regulación de la norma necesaria función normativa; por el cambio imprevisto de las circunstancias del contrato, función de adecuación; por la necesidad de sustituir lo abusivo, función supletoria.

#### *IV. La función creadora de normas contractuales*

*A. Presentación del tema*: Hoy se asume con toda naturalidad que en el contrato aparezcan obligaciones que las partes no han previsto expresamente, como ser -como ya viéramos- el caso de la obligación de informar; la obligación de seguridad; el deber de colaboración, etc. Como dice Betti<sup>22</sup> estos deberes en ocasiones se traducen en un “plus” de la relación obligacional y, en otros casos, operan como límite al ejercicio abusivo del derecho.

No son algo imprevisto o una cobertura sobre la falta de previsión de las partes sino algo que se impone con fuerza normativa autónoma.

Visintini<sup>23</sup> destaca que sobre el deber de actuar de buena fe, la corrección contractual es aplicable la técnica de la búsqueda en el carácter de “serie abierta”, concreta el alcance de la buena fe para los casos concretos. *Se trata de un movimiento importante de carácter*



*jurisprudencial orientado a enriquecer no el contenido sino los efectos del régimen contractual a la luz de la aplicación de la cláusula general implícita en el concepto de buena fe.*

Creemos que debe diferenciarse la función integradora de la productiva de normas destacando los casos en que la buena fe viene a llenar o cubrir vacíos o imprevisiones dejadas por las partes en el alcance de la autonomía privada de lo que viene a agregar normas de conductas que pueden incluso no ser queridas por las partes y que se imponen realmente por *razones de orden público*.

- *No existe una verdadera conciencia del poder creador y corrector de la buena fe objetiva* en el contrato y el proceso constante de heterodeterminación del contrato por el orden jurídico. Esta realidad jurídica legal es resistida muchas veces pues supone admitir en los jueces un poder creador del que tenemos especial desconfianza, por eso ciertos autores debilitan el auspicio de la potencialidad operativa creadora de la buena fe.

B. Casos prácticos: como ejemplos de la función productiva de normas de conducta de este principio, pensemos:

a) en la regulación de la responsabilidad precontractual donde a la luz de la buena fe rige la *obligación de informar*, actualmente, el tema cuenta con regulación normativa expresa en la ley de relaciones de consumo 17.250, art. 6° exigiéndose una información clara, veraz, completa, oportuna al consumidor.

b) en la *obligación de seguridad* que surge en los casos en que de la ejecución del contrato puedan surgir daños a la persona del contratante. Tal lo que sucede, por ejemplo, en los contratos de transporte.

c) en la *obligación de protección* que se refiere al hecho de que durante la ejecución del contrato no se puede causar daños a las cosas de la contraparte.

d) en la *obligación de cooperación* del momento que las partes contratantes deben posibilitar que la contraparte cumpla con sus obligaciones sin obstaculizar o impedir las conductas tendientes a lograr el cumplimiento

e) en la *obligación de confidencialidad* o sigilo que rige en los casos en que una de las partes obtiene información producto de una relación de confianza. Esto ocurre generalmente en las relaciones profesionales, por ejemplo, de los medios o abogados con relación a sus clientes.

f) en la *obligación de custodia* que consiste en la guarda o conservación debida cuando se recibe una cosa en la instancia preparatoria del contrato aun cuando éste no se haya perfeccionado.

No podemos hablar de integración pues no siempre en la realidad cubre espacios libres dejados por imprevisión de la autonomía privada sino que operan junto a ésta y en ciertos casos aun a pesar de la voluntad en contra de lo acordado por las partes, ej., vigencia de la obligación de seguridad.

*C. Importancia de esta función:* En la práctica, la aparición de estas obligaciones en el contrato amplía el ámbito de la responsabilidad emergente de los contratos y sus eventuales consecuencias resarcitorias.

En ciertos regímenes jurídicos el tema ha sido regulado en forma realmente ejemplar disponiendo, por ejemplo, que las *obligaciones implícitas* dimanen de la naturaleza del contrato, de sus fines, de los usos, del sentido común y de la buena fe: art. 5.1 de Normas Unidroit.

#### *V. La función de adecuación*

Cuando el contrato enfrenta circunstancias sobrevinientes a su perfeccionamiento que vuelven excesivamente onerosa alguna de las prestaciones se plantea la necesidad de adecuar la prestación en parámetros de buena fe aplicando la denominada teoría de la imprevisión que en países como en la Argentina cuenta en la actualidad con un respaldo legislativo concreto lo que aun no ocurre en nuestro país.

En doctrina se suele utilizar el término “revisión” para identificar esta situación que estimamos errónea pues parte de que se debe rever lo acordado por las partes cuando realmente no es así.

El principio de la fuerza vinculante llega a lo previsto por las partes y no a lo imprevisto. Además opera sobre una previsión de riesgos razonables acorde al contrato en cuestión. La fuerza vinculante no llega a lo que son consecuencias de un alea anormal en los casos que lo querido por las partes fuese un contrato conmutativo y no aleatorio.

Sobre lo imprevisto y sus consecuencias no hay nada previsto, en consecuencia, no se revé el contrato sino se adecua con las nuevas circunstancias.

En nuestro derecho, la vigencia de la buena fe a partir del art. 1291 inc 2 C.C., cuando establece que el contrato obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a los usos, la equidad o la ley opera como respaldo legitimante de la función de adecuación que debe realizar un juez en el caso de que el contrato se vea alterado sustancialmente por hechos imprevistos sobrevinientes.

#### *VI. La función supletoria*

En respeto de la fuerza vinculante del contrato el juez no puede rehacer o reescribir el contrato según lo que le parezca adecuado pues sería una grave transgresión a la seguridad jurídica. Ello claro está siempre que se esté ante cláusulas respetuosas del orden jurídico vigente.

La libertad contractual como tal, en ciertos casos, debe ser en términos de Alpa <sup>24</sup> *recodificada* porque si es entendida genéricamente podría pensarse que las partes pueden celebrar cualquier contrato sin ningún obstáculo o límites. Es obvio que ello no es así. La autonomía privada puede actuar de la forma y dentro de lo que la norma y el sistema jurídico le permiten.

La labor supletoria de carácter excepcional comienza no ya cuando se constata un vacío en la previsión de los contratantes sino cuando lo previsto incurre en excesos o se aparta del orden jurídico. La buena fe marca el ejercicio abusivo de los derechos contractuales y la presencia de cláusulas abusivas

Una cosa es integrar en temas no regulados por las partes y otra es suplir previsiones de las partes por aparecer contrarias a lo que supone el deber de actuar de buena fe o lo que exige el orden jurídico. Una cosa es suplir y otra cambiar o adecuar. Esto sólo es posible en respeto de normas imperativas o dispositivas supletorias o de respeto a lo que supone actuar de buena fe, en la medida en que este principio en esencia es de orden público e innegociable.

Ya desde 1970, en Italia, Rodota impulsa la denominada *integración correctiva* que no debe presentarse como la utilización de la buena fe para revisar lo acordado por las partes sino para revisar lo actuado en apartamiento del ordenamiento jurídico por excesos o ilegalidad.

Esto marca que las fuentes de integración denominadas heterónomas ajenas a la voluntad de las partes como son los usos, la ley, la buena fe... tienen una relevancia que la teoría clásica no les había dado.

*La buena fe es un principio de orden público* no negociable por las partes y se transgrede no sólo cuando se pudiere pretender excluir en forma global o total sino cuando el contenido de sus cláusulas no lo respeta, demostrando la existencia de abusos, desequilibrios prestacionales graves.

El juez no corrige, no cambia lo acordado por las partes sino que lo adecua o encauza dentro de lo que el orden jurídico permite sea considerado como acuerdo de partes.

*Así, la buena fe no opera sólo ante el vacío contractual sino ante el apartamiento de lo que suponía un proceder de buena fe. Esto no supone disminuir la valía del principio de la autonomía privada pues estos principios valen en cuanto se complementan..*

La buena fe cumple una *función reconstructiva* cuando se enfrentan cláusulas abusivas que deben ser sustituidas por nulidad parcial.

El ejemplo más claro de función de adecuación lo tenemos en el art. 31 lit.h de la ley 17.250 cuando prevé que “la inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de éstas y en tal caso el juez integrara el contrato. Si hecho esto el juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste careciera de causa podrá declarar la nulidad del mismo”.

Es un razonamiento erróneo sostener como lo ha hecho Gamarra <sup>25</sup> que como recientes normas de derecho del consumo han establecido a la buena fe como parámetro de abusividad -art. 30 de la ley 17.250- otorgándose facultades expresas al juez para que en estos casos adecue el contrato -art. 31 lit.h de la ley 17250- esto quiere decir que en el ámbito estricto del Código Civil como dicha norma no sería aplicable no se podría adecuar el contrato por cláusulas abusivas. Para que ello fuera así, según el autor, fue necesaria una disposición legal que lo dijera.

Consideramos que las posibilidades de revisar una cláusula por abusiva no requieren de una norma expresa que lo autorice al juez sino que ello opera dentro de la vigencia de la buena fe *como principio general de orden público* y el principio que tiende a la conservación del contrato.

El autor antes referido reconoce que si bien con la buena fe no se puede abolir el derecho positivo ello no significa que los particulares puedan atrincherarse detrás de la letra de la ley para violar su espíritu <sup>26</sup>.

Pues bien si esto ocurre el juez debe actuar detectando el abuso y adecuando en lo posible el contrato. El contenido del art. 31 lit.h no es de carácter excepcional sino que refleja lo que en el caso es un principio general. Conforme al cual la buena fe como policía de la contratación y en su carácter de irrenunciable se impone en defensa del respeto del orden jurídico.

- El art. 1291 inc. 2 C.C., no limita los efectos del contrato impuestos por la buena fe sólo en casos de vacío o de contratos incompletos. Este efecto imperativo rige además de casos de omisión en casos de apartamiento del orden jurídico vigente.

La buena fe da contenido a la causa para poder operar como *verdadera policía de la contratación* orientándose en el respeto del orden público, de la moral y de las buenas costumbres. Marca la conducta debida y el límite en el proceder del sujeto calificándolo en la eventualidad como lícito o ilícito o abusivo. Así, por ejemplo, al dar fundamento al deber de informar, de cooperar, al deber de seguridad, al deber de consejo. También opera como límite de los excesos, actuando como fundamento del abuso derecho, del fraude, de la incoherencia en los comportamientos.

Esta función supletoria no causa inseguridad jurídica sino todo lo contrario, en el entendido de que está prevista precisamente para que sea respetado el orden jurídico vigente.

Hoy la tendencia con carácter general es la de facultar al juez a reconstruir el contrato cuando en sus cláusulas se transgredió la buena fe. Así en los Principios Lando 4:109 se le reconoce al juez el poder de modificar el contrato en el sentido de reconstruir una estructura negocial que respete los principios de buena fe y lealtad, idem 1.7 y 3.10 Unidroit.

### *VII. La función convalidante*

Es convalidante cuando protege a aquel que por desconocimiento entendió ser titular de un derecho, incurriendo en error. Buena fe subjetiva.

Se protege desde el punto de vista del sujeto sus creencias o intenciones y convicciones ante errores que pueda cometer, justificando su proceder siempre que no haya existido dolo o culpa.

La buena fe representa el lado humano del derecho al tutelar la legitimación o creencias de alguien que estaba errado pero sin culpa.

*La buena fe subjetiva supone una ignorancia, una creencia errónea excusable.* Esta creencia en lo que no es, no puede ser culposa ni dolosa. Como bien lo destaca Von Thur <sup>27</sup> la buena fe subjetiva se diferencia en dos grandes grupos: a. buena fe en el derecho del enajenante; b. en la posesión jurídica de la contraparte.

La persona comete un error “justificable” y la buena fe lleva a su convalidación. El poseedor de buena fe, el heredero aparente.

### *VIII. La función controladora de la coherencia de conductas*

Un obrar recto y honrado en el desarrollo de una relación jurídica debe ser coherente. Ello obliga a considerar inadmisibles las pretensiones de contradecir la propia conducta anterior teoría de los actos propios.

Esta función se deriva de la aplicación de la protección de la confianza que rige como una derivación de la vigencia del principio de la buena fe contractual.

El deber de cooperación también derivado de la buena fe lleva a asumir las consecuencias de las legítimas expectativas generadas en terceros. *En el desarrollo de esta función se logra proteger la confianza y lograr el respeto de la seguridad jurídica que puede estar comprometida si fuera posible “ir en contra de sus propios pasos...”*.

Este principio también rige respecto del Estado que debe más que nadie actuar con coherencia y congruencia. El hecho de que se deba respetar el interés general no legitima proceder en contra de valores esenciales ni libera de ataduras éticas.

En diversas ocasiones se da relevancia a la conducta asumida por las partes para entender la verdad de los hechos. Así, por ejemplo, en el art. 1301 C.C. se establece que los hechos de los contratantes posteriores al contrato servirán para explicar la intención de las partes a la hora de contratar.

### *IX. La función limitadora del “sacrificio exigible” y determinante de la “inexigibilidad de la prestación”*

En el ámbito del incumplimiento contractual, la primera situación en la que marca presencia la buena fe es cuando con su vigencia se tiende a evitar abusos de situaciones de “cumplimientos poco relevantes” que son usados abusivamente para aprovechar las consecuencias del incumplimiento en materia de daños y perjuicios y, sobre todo, de multas. Fundados en la vigencia de la buena fe para que opere el incumplimiento el no cumplimiento debe ser de entidad o grave.

Posteriormente se comienza a comprobar que en ciertos casos, al deudor se le exigen conductas si bien no imposibles sí poco razonables, ej., el cantante que en el día de su función fallece la madre y se le exige cantar.

Esta es una función relativamente moderna que se ha asignado a la buena fe que se concreta *en ponderar el límite de sacrificio* que se debe exigir al deudor a la hora del cumplimiento de la prestación luego de lo cual cualquier pretensión se torna abusiva.

Según la teoría tradicional para poder pensar en la existencia de situaciones de causa extraña no imputable como factor de exoneración de responsabilidad contractual a la hora de ponderar la existencia de caso fortuito, fuerza mayor o hecho del tercero los acontecimientos debieron ser determinantes de imposibilidad e imprevisibilidad absoluta y objetiva.

Existe una imposibilidad que no puede superar el ser humano de ninguna forma y otra que no puede superar actuando con la diligencia debida y que excedería el grado de esfuerzo esperable o *razonable*.

La buena fe determinó que sobre las exigencias de imposibilidad e imprevisibilidad del caso fortuito o hecho del tercero que para operar como eximente causa extraña no imputable se requería la objetividad, la absolutez de lo considerado primario la razonabilidad y con ello la ampliación de las causas exoneratorias de responsabilidad contractual.

La buena fe amplía la imposibilidad limitando la exigibilidad a lo que supone un esfuerzo razonable.

*Se humaniza la relación contractual cuando se parte de la base de que más allá de los conceptos lo que se le puede exigir al deudor es lo razonable.*

A los efectos de nuestro análisis nos importa destacar especialmente la función integradora o jurígena que es a través de la cual es posible la adaptabilidad y ajuste del contrato a la realidad.

cambiante. Tanto Rodota<sup>28</sup> como Betti<sup>29</sup> entienden que esta función integradora es lo que hace posible completar el alcance de lo previsto por el orden jurídico con lo sostenido por la voluntad de las partes.

La buena fe no sólo corrige el rigor formal de lo previsto por las partes sino que impone un deber de conducta determinado e interrelaciona y coordina lo querido por las partes con lo que surge del orden jurídico. Cuando bregamos por la firmeza del principio de la fuerza vinculante y de la intangibilidad del contrato, denominado *pacta sunt servanda*, solemos hacer un enfoque limitativo en el sentido de que lo importante es respetar lo que las partes quisieron a la hora de obligarse. Este es un enfoque totalmente limitado porque no sólo importa preservar lo que las partes quisieron sino que lo que se debe preservar es lo que las partes quisieron dentro de lo previsto y acorde con lo previsto por el orden jurídico en torno de lo previsible y razonable.

La síntesis de esta función la encontramos claramente desarrollada en el parágrafo 275 del BGB alemán luego de la reforma del 2002 cuando ordena: “*el deudor puede rechazar el cumplimiento de la prestación a su cargo si le exige esfuerzos que, en atención al contenido del contrato y las exigencias de la buena fe están en notable desproporción con el interés del acreedor*”.

#### *X. La función calificador del no cumplimiento*

Participar en la determinación del posible incumplimiento del contrato es una función asignada por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en nuestro país.

No cualquier no cumplimiento es relevante para determinar el incumplimiento de la prestación sino que se exige entidad o gravedad de forma a que no se pueda llevar a la resolución de un contrato por meros desajustes irrelevantes o subsanables sin perjudicar al acreedor. No vamos a desarrollar aquí el tema pero toda esta propuesta doctrino jurisprudencial hoy consolidada en nuestro derecho se ha fundado en la función de la buena fe, en la calificación de los no cumplimientos prestacionales.

### **8. Principios generales “derivados” del principio general de la buena fe**

La buena fe en sí constituye un principio general del derecho y en cuanto tal partiendo de la base de que el juez no puede dejar de fallar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley -arts. 15 C.C. y 25 del CGP-. En estas circunstancias se convierte en un instrumento de interpretación e integración de derecho fundamental. A la buena fe como principio general del derecho se refieren los arts. 16 y 1260 C.C. y 332 de la Constitución

Los principios generales del derecho no pueden ser invocados para dejar de lado normas o cláusulas dictadas dentro de la legalidad. En ocasiones, “el fantasma de la necesidad social” determinó que invocando la buena fe se pretendiera dejar de lado ciertas normas o cláusulas de contratos correctamente acordados dentro de la vigencia del orden jurídico lo que es un grave error.

La buena fe no está ni arriba ni debajo de la autonomía privada, ni afuera del contrato o de la norma que conforma -como dijéramos- la misma realidad estructural del contrato formando parte de él existiendo en interacción con la autonomía privada en ocasiones para legitimar lo acordado; en otras, para facilitar la interpretación, para integrar o adecuar lo previsto en el respeto del orden jurídico. *La buena fe no está pensada para desplazar ni para ser desplazada por autonomía privada*. Esta no es libre de acordar o querer lo que se le ocurra sino que debe actuar dentro de lo que el ámbito jurídico y la buena fe le permiten.

En los últimos años, la buena fe ha ampliado significativamente su ámbito de vigencia consolidando su función integradora, interpretadora y jurígena, y dando respuesta a situaciones nuevas.

La importancia del principio general de la buena fe queda establecida cuando se determina que de su evolución han derivado principios fundamentales del derecho contractual como son, entre otros:

El principio del equilibrio prestacional;  
El principio de igualdad jurídica de las partes;  
El principio de la equivalencia económica;  
El principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima;  
El principio de la transparencia.  
El principio de la razonabilidad.  
El principio protectorio,  
El principio de la cooperación.  
El principio *favor contractus*.  
El principio de la congruencia o de la realidad.  
El principio de la coherencia.  
El principio de la correspondencia.

## 9. Principio del equilibrio prestacional o de la conmutatividad

Cuando el Código Civil regula la distribución de derechos y obligaciones en los distintos contratos lo hace en forma equilibrada y justa. En ciertos casos, lo hace por normas dispositivas y en otro con normas imperativas. Cuando las partes, en ejecución de la autonomía privada negocial dejan sin efecto en forma injustificada ciertas normas dispositivas o cuando regulan derechos o facultades sólo en beneficio de una de las partes y en perjuicio de la otra, “rompen el equilibrio natural del contrato” acorde con lo que es su naturaleza.

Cuando ese equilibrio natural se destruye en forma ostensible, aparecen en el contrato *cláusulas abusivas* que son censuradas en el ámbito del Código Civil por el principio general del abuso de derecho establecido en términos generales en el art. 1321 C.C.; el que usa de su derecho no daña a otro con tal de que no haya exceso de su parte, que regula con carácter general las consecuencias del ejercicio de derechos entre los cuales está el derecho de contratar. con exceso, o bien en el art. 30 de la ley 17.250 que se refiere expresamente a los desequilibrios prestacionales como causa de la inclusión de cláusulas abusivas, estableciendo como consecuencia la nulidad parcial o total del contrato.

Ambas normas configuran aun cuando se consideren no aplicables al caso concreto reflejos de lo que es la “*doctrina más recibida*” como fuente de derecho -arts. 16 C.C. y 332 de la Constitución-.

Sin duda que la norma ideada por el codificador para subsanar posibles desequilibrios prestacionales estuvo no sólo en el art. 1321 C.C., donde se consagra el principio general del abuso de derecho sino, además, y especialmente, en el art. 1291 inc. 2, donde se otorga a la buena fe, facultades jurígenas e integracionales. En las fuentes de la buena fe suele encontrarse lo necesario para atemperar los desequilibrios que hayan generado las partes.

Otra norma tutora del desequilibrio prestacional la tenemos en el art. 1253 C.C., cuando dispone que “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes”. Esta prohibición radica en el hecho de que si ocurre lo contrario a lo que dispone la norma, se corre el riesgo natural de que el contrayente utilice esa situación para obtener beneficios injustos con ese desequilibrio. En esta misma línea podemos considerar también el art. 1413 cuando establece que “la obligación contraída bajo de una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto...”.

Ballesteros <sup>30</sup> presenta la *doctrina de las expectativas razonables* extraída de la doctrina norteamericana, como instrumento para restaurar el equilibrio perdido entre las prestaciones.

Actuar de buena fe implica que el predisponente recoja en lo predispuesto, los intereses y expectativas lógicas y razonables del adherente. El adherente confía en la honradez y diligencia del profesional y, en consecuencia, parte de la base de que hay una distribución equitativa de derechos y obligaciones.

Como destaca el autor <sup>31</sup>, la doctrina de la expectativa razonable va más allá de la interpretación e integración del contrato pues, por ejemplo, en los contratos por adhesión no hay voluntades o intenciones comunes o generales que interpretar o integrar y de ella se sustrae un criterio distributivo de obligaciones y derechos equitativo.

*La doctrina de la expectativa razonable se funda en la buena fe* -art. 1291 inc. 2-. Se parte de la base de que el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se usa con un fin distinto que el que se le atribuyó al titular, sino cuando se ejercita en forma desleal. El derecho subjetivo se debe ejercer según la confianza depositada en el titular por la contraparte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la vinculación existente entre ellos.

La buena fe objetiva en la instancia preparatoria legitima al adherente a tener la expectativa de que no será engañado y de que las prestaciones serán equilibradas y, esto es, lo que tutela el orden jurídico vigente.

En el art. 30 de la ley 17.250 se da una aplicación concreta y clara de este principio cuando, al regular los criterios para determinar la abusividad de las cláusulas, se alude a la “existencia de claros e injustificados desequilibrios entre los derechos de los contratantes en perjuicio del consumidor”.

Como sostuvimos en otra ocasión <sup>32</sup> aquí lo relevante es que debe existir un equilibrio en la distribución de derechos y obligaciones o de utilidades. Se está ante una típica norma de orden público de protección a la parte débil.

En el art. 31 de la ley de relaciones de consumo se enuncian distintas formas de desequilibrios contractuales que marcan por sí la desigualdad. Cada una de las cláusulas que aparecen como abusivas está marcando un desequilibrio en el contrato, pues presupone una distribución irregular de derechos y obligaciones. Así, el hecho de que se autorice a una de las partes -al proveedor- modificar los términos del contrato artículo 31 literal C. o que se le permita renunciar derechos, art. 31 literal B. o que se le autorice a limitar o exonerar responsabilidades art. 31 literal A... son todas cláusulas que evidencian una distribución irregular de derechos y obligaciones.

Con estas normas se da un paso importante que es controlar el significado de la distribución de derechos y obligaciones y la posición en que quedan las partes en el contrato <sup>33</sup>.

Lo abusivo no es sólo abstracto o formal sino real y pasa por determinar en qué posición quedó cada parte después de la distribución de derechos y obligaciones y de allí se deduce si hay desequilibrios significativos o, en términos de Vettori <sup>34</sup> “*ventajas excesivas*”.

Como ya dijimos <sup>35</sup> aquí *el principio del equilibrio prestacional no se refiere a un equilibrio económico sino a la distribución de derechos y obligaciones*. Este desequilibrio prueba que el consumidor en la negociación perdió su poder o libertad negociadora y que no se ha procedido con transparencia, lealtad o buena fe por parte del acreedor, empresario o parte fuerte de la negociación.

Esto demuestra, además, en términos de Vettori <sup>36</sup> un *abuso de dependencia económica* concepto introducido por la ley italiana del 18 de junio de 1998. Con razón este autor destaca que el desequilibrio normativo en la distribución de derechos y obligaciones tiene un costo y puede tener un precio. Por ello, el desequilibrio que se presenta a primera vista como normativo puede, en definitiva, traducirse según los casos, en un desequilibrio de valores económicos. Ello conduciría a la aplicación del denominado principio de la equivalencia que analizamos a continuación.

## **10. Principio de igualdad jurídica**

### *A. Presentación del tema*

Cuando se alude a la igualdad es frecuente incurrir en el error de confundir igualdad con igualdad. Donde sin justa causa se pretende que a todos se les de igual

- Una cosa es que todos somos iguales ante la ley y otra muy diferente es pretender que todos debemos ser ubicados, tratados y recibir de la misma manera. *Igualdad es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Discriminar es tratar igual a los desiguales o desigual a los iguales.* Rescigno <sup>37</sup> destaca que *elementales razones de justicia requieren tratar desigual a los desiguales e igual a los iguales.*

Consideramos esencial destacar que uno de los paradigmas del siglo XVIII fue el de sostener que todos somos iguales, todos somos libres y lo que se contrata es justo. Aquí el concepto de *igualdad era meramente formal.*

Hoy se propicia un criterio de *igualdad real o material* no tanto por lo que uno es ante la ley sino por la situación en que se encuentra en el momento de contratar. Esta igualdad luce cuando los que contratan tienen un poder negociador similar en lo social y económico. Si ello no es así, estas igualdades formales llevan a desigualdades reales, con consecuencias en la contratación de imposición o explotación de uno sobre otro. Esto es lo grave que se debe evitar y lo que ha generado toda la distorsión y la necesidad de cambio en lo que va de los siglos XX y XXI.

Del derecho a la igualdad se deduce *el derecho a la no discriminación* que lleva a no hacer diferencias injustas entre las personas que están en igual situación; discriminar implica no hacer distinciones injustas o sin causa entre personas iguales.

Uno de los aspectos en que más ha evolucionado el derecho contractual moderno es precisamente en denunciar la existencia de diferencias o desigualdades entre las partes presentando como un hecho evidente las situaciones en las que se enfrente el fuerte económicamente con el débil

Un desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones en muchos casos pone en evidencia que las partes no concurren al momento de contratar en situación de igualdad. Messineo <sup>38</sup> considera que la igualdad se refiere a la situación en que deben encontrarse las partes a la hora de contratar. Por ello, *los contratos se pueden clasificar en paritarios y no paritarios* según que en la relación originaria las partes hayan actuado con libertad e igualdad de derechos y posibilidades.

Nuestro tema pone sobre la mesa dos valores o derechos esenciales que son la libertad y la igualdad como mutuamente determinantes. Si hay desequilibrios o desigualdades, no podrá haber libertad a la hora de determinar decisiones contractuales.

*Hoy preocupa el débil*, el que suele carecer de poder negociador a la hora de necesitar un contrato que le facilite el acceso a bienes y servicios muchas veces indispensables para él y su familia. *Quien es el que se acuerda del débil pues la norma que exige proceder de buena fe.*

Nuestro tema pone en juego, en esencia, dos valores o derechos esenciales que son la libertad y la igualdad como mutuamente determinantes. Si hay desequilibrio y desigualdad, no puede haber libertad. La desigualdad no es sólo económica es también social, cultural, lo que marca la existencia de débiles y fuertes.

Flume <sup>39</sup> bajo el título *Autodeterminación y poder de autodeterminación*, con realismo señala que la autonomía privada sólo puede ejercerse si se tiene *poder* para la autodeterminación. Se deben enfrentar dos centros de interés con poder de autorregulación y no sólo uno dominando al otro, pues en este caso habría una reglamentación heterónoma unilateral. Coacción y autonomía privada son inconciliables. El eterno dilema de la autonomía privada está en que depende del equilibrado reparto del poder.

*Cuando alguna de las partes carece de este poder, en ocasiones finalmente termina por asumirlo el orden jurídico*, que pasa a reglamentar en todo o en parte la situación del que concurre sin poder suficiente. Es lo que ocurre cuando en el *derecho laboral* se pasa a imponer normas imperativas para tutelar los derechos del trabajador, o cuando se regula la *relación de consumo* para proteger de los abusos que se pueden dar con el contrato de adhesión.

El solo hecho de que exista desigualdad de poder no supone que se vulnere el poder de autodeterminación de la contraparte y ello porque el poderoso puede actuar en forma



equilibrada o correcta, o porque el propio mercado o el sistema jurídico neutralizan o controlan este posible exceso de poder y sus derivaciones. Así, por ejemplo, lo que ocurre con la *regulación de la libre competencia* en nuestro país con la ley 18.159 arts. 13 y 14. con la que se buscó nivelar estos poderes de autodeterminación eventualmente abusiva.

Gamarra <sup>40</sup> entiende que debe existir neutralidad en la relevancia de las diferencias del poder negocial o sea que según esta opinión sería irrelevante la desigualdad en la contratación. No es así.

No sólo por razones doctrinarias sino en algunos casos con respaldo normativo claro art. 6° literal b de la ley de relaciones de consumo 17.250 y art. 14 literal c de la ley 17.243, el legislador en nuestro orden jurídico ya se ha preocupado de esta desigualdad de poder al prever establecer por ejemplo, que está prohibido aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en desventaja frente a la competencia. Además, en el art. 6° lit. b de la ley 17.250 ya referido, aludiendo a derechos del consumidor se establece, que son derechos básicos del consumidor: b. la educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y *el tratamiento igualitario cuando contrate*.

En el art. 8 de la Constitución la igualdad ante la ley debe entenderse como inexistencia de subordinación entre los sujetos de un orden jurídico. Ante la ley estamos todos subordinados y somos iguales, pero entre las personas que conviven en sociedad no puede haber subordinación o imposición. No hay jerarquías entre los sujetos respecto al derecho.

*La única subordinación admisible es al derecho, pero no a otro sujeto.* No se debe confundir el principio de la igualdad jurídica con el de la igualdad o equivalencia. El primero, alude a la situación de las partes en el punto de partida, de forma que ninguna de ellas tenga prioridades, ventajas indebidas o privilegios.

Ciertos principios generales en el ámbito contractual consolidaron este criterio. Así, el denominado principio *favor debilis* establece que en caso de duda se debe interpretar el contrato en favor de la parte débil o la deudora.

El derecho privado es claramente defensor de la persona como centro de su consideración sea como víctima en el ámbito extracontractual o como débil en el contractual.

En su origen, como bien señala Lorenzetti <sup>41</sup> se contemplaba la existencia de un acreedor tirano que explotaba al deudor, obligándolo a trabajar para él.

Ya desde la época del derecho romano año 326 a.C., con la Ley Poetelia Papiria, y con el criterio de caridad cristiana, surgieron tres principios básicos: a. *favor libertatis*; b. *favor debitoris* art. 1304 inc. 3 C.C., y c. *contra stipulatoris* art. 1304 inc. 2 C.C.. En caso de duda se debe interpretar el contrato en favor del deudor o en contra del que lo redactó.

Con la vigencia plena que en el momento actual tiene el denominado derecho del consumo, el principio *favor debitoris* se convierte en el denominado principio *favor debilis*. Se parte de que se relaciona un fuerte y poderoso económicamente contra un débil o profano, debiéndose adoptar todas las medidas para que esta relación no se traduzca en abusos o explotación. El deber de informar; el efecto vinculante de la publicidad con referencia al contrato, la regulación de la oferta al público; la regulación del contrato por adhesión y las cláusulas abusivas... en la ley 17.250, son pautas claras con las que se trata de lograr un equilibrio frente a situaciones en que el fuerte puede explotar al débil.

Ya Pablo VI, en la Encíclica Populorum Progressio, decía “que lo expuesto en la Rerum Novarum, mantiene vigencia: *el consentimiento de la parte, si está en situación demasiado desigual, no basta para garantizar la justicia del contrato; las reglas del libre consentimiento deben quedar subordinadas a las exigencias del derecho natural*”.

Especialmente en el ámbito de las relaciones de consumo, en el art. 6 lit. B. de la ley 17.250, se consagra precisamente el principio de la igualdad o equilibrio de las prestaciones en el sentido sustancial cuando considera un derecho del consumidor “*el tratamiento igualitario cuando contrate*”.

## *B. Principio de igualdad y abuso de la posición dominante en el mercado*

La incidencia de normas regulatorias del mercado del contrato en nuestro país ha sido relevante en especial desde la ley 17.243 hoy 18.159. que reguló la libre competencia, tratando de evitar abusos cometidos por la concentración del poder económico, preservando en lo posible, la igualdad de poder negociador entre las partes.

Teniendo como meta la protección del libre mercado y la competencia leal, de forma de auspiciar la eficiencia y el equilibrio de precios en sana competencia, se regularon figuras realmente relevantes como ser, entre otras, la del abuso de la posición preeminente en el mercado; la imposición de precios en forma abusiva; la restricción injustificada de productos, la aplicación injustificada de condiciones desiguales. Se cuestionan los contratos que llevan a la concentración de poder económico que permiten imponerse abusivamente en el mercado dejando de lado una competencia real y equilibrada.

En ocasiones se limita la autonomía privada para proteger la transparencia en el mercado e indirectamente para evitar abusos, desigualdades sobre los contratantes débiles, impidiendo beneficios indebidos originados en la explotación y el abuso.

Se limita la incidencia de la autonomía privada negocial en el mercado cuando puede incidir en éste en forma “dominante”, o sea, sin competencia sustancial. Ello permite, por ejemplo, imponer precios abusivos e injustos y esto es lo que se pretende evitar.

Las leyes de defensa de la competencia, antimonopólicas o antitrust, tienen por fin evitar “abusos de la libertad del mercado o del contrato”, protegiendo la competencia leal y la transparencia.

Queda claro que la norma, al regular estos temas, impone que los precios no pueden ser artificiales o abusivos que distorsionen el libre mercado y perjudiquen a los consumidores.

Como señala Vergel Paolantoni <sup>42</sup> la ley no impide la posición dominante sino que sea usada abusivamente. Esto ocurre si, por ejemplo, en determinada situación se imponen precios abusivos; se limita injustificadamente la producción para subsanar precios, o se impone la compra de otros productos.

En realidad, con la regulación de la defensa de la competencia no se protege solamente los consumidores sino a los mismos actores del mercado, o sea, a las propias empresas de la competencia con otras empresas. Destaca De la Vega García <sup>43</sup> que la responsabilidad derivada de ilícitos concurrenciales constituye el principal medio jurídico privado de tutela de interés individual del empresario u operador económico organizado en un ámbito de lucha concurrencial. Es la tutela de este interés y no el de otros intervinientes en el mercado consumidores; lo que generalmente determina las acciones que afectan la libre competencia.

En este tema debemos tener presente que está en juego la vigencia del principio constitucional *de la libre empresa*, art. 36 de la Constitución. y también se refiere a la libre competencia regulada en la ley 17.243 hoy 18.159.

## *C. Normas Unidroit y Principios Lando*

Concretando la vigencia del principio de igualdad propiciado por lo que supone un proceder de buena fe en los art. 3.10 Unidroit y 4.109 Lando se dispuso que “una parte puede pedir la anulación del contrato cualquiera de sus cláusulas si al momento de su perfeccionamiento se aprovecha injustificadamente en su contra de: a. una relación de confianza; b. de una relación de dependencia; c. de una situación de dificultad económica o de “otras necesidades urgentes”; d. de la falta de capacidad de previsión de ignorancia, experiencia o de capacidad negociadora

## 11. Principio de la equivalencia económica

Con la aplicación de este principio se procura que ninguno de los contratantes en prestaciones onerosas quede en situación de afectación sensible de su patrimonio cuando no medió causa previsible y justa. Aquí ya no se considera la distribución de derechos y obligaciones, principio del equilibrio prestacional, y la posibilidad de ejercer un poder negocial similar entre las partes principio de la igualdad. Lo que se analiza es si las prestaciones onerosas mantuvieron su conmutatividad dentro de lo que fue un riesgo normal o bien, por factores externos o imprevisibles, alguna de ellas se volvió exageradamente onerosa, debiendo decidir qué ocurre con el futuro de la ejecución de la prestación.

El principio de la equivalencia está implícito en el criterio de igualdad económica de las prestaciones tal cual son queridas por las partes cuando asumen contratos onerosos o conmutativos. Dentro de las facultades que confiere la autonomía privada negocial está la de decidir cuándo se da esta equivalencia entre las partes, *equivalencia subjetiva*. Según el enfoque clásico son sólo las partes las que determinan esta equivalencia. Según el *enfoque objetivo moderno* esta evaluación no depende sólo de las partes como de ellas tampoco se desprende el origen del vínculo obligacional, sino, además, se debe tener en cuenta lo que surge del orden jurídico del que, según este enfoque, podrían surgir pautas tendientes a lograr una equiparación objetiva de las prestaciones.

Este principio, además, es encarado por la doctrina desde dos puntos de vista: a. formalista; b. realista.

i. Los *formalistas* encaran el tema de la equivalencia de las prestaciones sólo desde el punto de vista formal sin importarles realmente el centro del problema, o sea, el verdadero significado económico de cada una de las prestaciones. Centran su atención en ciertas normas del Código Civil donde, por ejemplo, se niega la lesión como vicio del consentimiento art. 1277 C.C., y donde se señala que en los contratos conmutativos las prestaciones “se miran como equivalentes”, art. 1250 C.C.. Se parte de un paradigma verdad sin demostrar, conforme al cual las partes consideraron equivalentes las prestaciones, y con ello alcanza, sin importar nada la realidad. En este enfoque, cegado por el positivismo, no importa la libertad; no importa la igualdad y no importa la justicia. Las partes se consideran libres, se consideran iguales y lo resuelto también se considera justo, en un mundo de ficción e idílico. Como este tema, según algún enfoque, tendría regulación en el Código Civil, indirectamente en las normas antes referidas, no existiría posibilidad de que este criterio sea revisado buscando pautas en la Constitución.

Gamarra <sup>44</sup> sostuvo que con el principio de igualdad de la Constitución no se puede modificar una solución consagrada en la ley Código Civil. *No es posible tergiversar las normas para hacerlas decir lo contrario*. La Constitución sería aplicable sólo en lo que no está regulado en el Código Civil. Considera que respecto al art. 1250 C.C., no caben dos acepciones pues la única viable sería la subjetiva <sup>45</sup>. Además, está el argumento de que esta postura sería la que preserva con mayor firmeza la seguridad jurídica <sup>46</sup>.

El juez debe mantener sus manos fuera del contrato pues la ley no le faculta a intervenir art. 31.

Considera que los propulsores del equilibrio contractual de equivalencia objetiva deben considerar las consecuencias catastróficas que puede causar soledad su loable afán del precio justo o del contrato justo.

Según el autor citado el art. 1291 determina que ninguna consideración de tiempo o equidad permite a los jueces modificar el contrato <sup>47</sup>. La equidad no es fuente directa, autónoma o formal; sólo opera donde el legislador la consiente <sup>48</sup>. Tendría sólo un valor supletorio o residual.

Para el autor, el art. 1250 C.C. consagra el criterio de la equivalencia subjetiva. La desproporción objetiva es irrelevante, porque la lesión no es vicio del consentimiento, art. 1277 C.C.. La equivalencia objetiva no es de la esencia del contrato conmutativo pues si así fuera debiera tener relevancia el caso de que exista un desequilibrio, y realmente no lo tiene. El art.

1250 alude sólo a las partes contratantes <sup>49</sup>, y no a un tercero, cuando refiere a que se “miran las prestaciones como equivalentes”. Alcanza con que las partes hayan mirado las prestaciones como equivalentes, aunque ello sea una ilusión.. Para este autor, rige autonomía o la libertad contractual; la igualdad sólo formal y no sustancial.

Para Gamarra <sup>50</sup> la autonomía privada impone como regla la libertad contractual lo que supone libertad de establecer precios, valores -arts. 1250 y 1277 C.C.-. *Un mercado libre es incompatible con la intervención moralizante del contrato* <sup>51</sup>. La libertad contractual es libertad de fijar el precio y márgenes de ganancia, lo que significa que no se puede intervenir para reprimir o sancionar abusos, o para evitar que se consigan ventajas sean éstas cuales sean.

ii. En nuestra doctrina la *tesis de la equivalencia material o realista* fue sostenida por Blengio <sup>52</sup> y Fernández <sup>53</sup>. Estos autores trataron de bajar a la tierra el problema planteado y hacen sus mejores esfuerzos para, con distintos argumentos, tratar de superar el enfoque formalista que lleva a la injusticia y a la inseguridad. Fernández <sup>54</sup> afirma que el art. 1277 C.C., al regular la lesión, dice que ésta no es un vicio del consentimiento y, por tanto, no causa la nulidad. Ello no impide que la lesión pueda tener otros efectos. La desproporción de las prestaciones sería relevante pero no podría resolverse por la vía de la nulidad pues la lesión no es vicio del consentimiento. Podría requerirse otro tipo de medidas vinculadas a la restitución total o parcial de las prestaciones.

Agrega que el art. 1291 C.C. garantiza la aplicación de la norma de equidad que integra el contrato, obligando a las partes a que de acuerdo con la naturaleza onerosa del contrato sus consecuencias sean conformes a la moderación en los precios. Si se rompe la ecuación económica se debe “repotenciar la voluntad de las partes del contrato” <sup>55</sup>.

Para el autor, el criterio de equivalencia del art. 1250 C.C. es objetivo y no subjetivo. Cuando la norma dice: “se miran como equivalentes”, en realidad presupone una equivalencia objetiva, pues el “se miran” alude a un enfoque de una tercera persona que, en forma objetiva, realiza una mirada a las prestaciones al margen de las partes <sup>56</sup>.

Para Blengio <sup>57</sup> se debe recurrir a la Constitución para de allí derivar el principio de la igualdad y proyectarlo al contrato. Se funda en la constitucionalización del derecho civil y en la posibilidad de aplicación directa de las normas constitucionales al derecho privado. El art. 8º de la Constitución, al señalar que todas las personas son iguales ante la ley, consagra el principio de igualdad que se proyecta en el ámbito privado tanto desde el punto de vista formal como material. El criterio de igualdad está consagrado en los arts. 8º, 72 y 332 de la Constitución y en los arts. 1277, 1321, 1291 inc. 2, 1284 y 1288 C.C..

El art. 1458 del C.C. alteraría la unidad del sistema introduciendo la justicia en el contrato al establecer, “sin embargo, si el deudor no puede entregar la misma cosa estipulada debe cumplir con otra equivalente a criterio del juez”.

Considera que al referirse el art. 1291 inc. 2 C.C. a la naturaleza del contrato, ésta debe perdurar como la quisieron las partes en su origen y en su naturaleza gratuita u onerosa.

Blengio <sup>58</sup> destaca que la ley de consumo 17.250; la de libre competencia 17.243, y la de usura, generaron un nuevo orden público de protección económica referente a las ecuaciones contractuales.

El principio del equilibrio de la equivalencia económica. para el autor, como se dijera, tiene fundamento constitucional y legal por: a. el principio de la unidad del ordenamiento jurídico; b. su estructura jerárquica, y c. lo dispuesto en el art. 332 y las normas constitucionales antes citadas.

Además, el art. 1277, para el autor, permite sostener que en nuestro derecho existe la lesión calificada y que, además, los arts. 6º, 30 y 31 de la ley 17.250 marcan una línea de imposición del equilibrio de las prestaciones contractuales. Sostiene luego que de los arts. 1250 y 1615 C.C. surge que la equivalencia a la que alude exigible en los contratos onerosos es objetiva y no subjetiva.

*Desde nuestro punto de vista, el tema no ha sido bien planteado pues no se trata aquí de imponer una equivalencia objetiva para desviar la autonomía privada negocial.* El problema no se plantea con cualquier desequilibrio sino sólo con aquellos que tornan a la prestación

inexigible o imposible por un hecho imprevisible sobreviniente. Ello supone superar el riesgo o alea normal del contrato y estar en la zona de lo imposible o lo inexigible. No interesa la ruptura o variación de la equivalencia mientras no llega a los extremos de alterar el contenido de la prestación. Es lógico que varíe la equivalencia y se parta de una equivalencia subjetiva que es a la que alude el art. 1250 C.C., sin lugar a dudas y en esto creemos que le asiste razón a Gamarra cuando se trata de distorsionar el verdadero significado de los artículos. No podemos dudar que en el art. 1250, el criterio de la equivalencia marcado en principio fue el subjetivo.

Cuando las partes “miran como equivalentes” -art. 1250- la prestación o cuando es necesario recurrir a la “intención común” -art. 1298 C.C.-, estas expresiones se utilizan para destacar lo subjetivo de la prestación o de la interpretación. Ello no obstante, lo cierto es que el “mirar” o el tener “intenciones” en común comienza siendo algo subjetivo pero se objetiviza a partir del acuerdo pues en ese instante dejó de ser algo subjetivo y pasa a ser objetivo. El resultado de las voluntades subjetivas que se unen conforma una realidad objetiva. Así, lo que se “miró como equivalente” por las partes, una vez que concluye esta instancia, el orden jurídico debe apreciar este equilibrio de manera de tratar de preservarlo dentro de lo razonable y respetando el alea normal del contrato.

Pero, en homenaje a la verdad, la equivalencia formal del art. 1250 C.C., en los hechos *se sustancializa* cuando pasamos a considerar qué es lo que ocurre en la regulación de cada contrato. Advertimos con facilidad que esta equivalencia a la hora de regular el alcance de las prestaciones pasa a ser esencialmente sustancial o económica. La protección formal de la equivalencia de las prestaciones en esencia no tendría ningún sentido. La protección de la reciprocidad sino sinalagmática tiene claro alcance patrimonial, tendiendo a mantener el equilibrio original previsto por las partes. Lo oneroso presupone en la regulación un equilibrio económico, y cuando este equilibrio se rompe, la norma da alternativas consistentes en disminuir el precio o ajustar la prestación, o legitimar la resolución del contrato.

Pero cuando *salimos* del alea normal dentro de la que se contempla la subjetividad en la ponderación de las prestaciones y *entramos* en circunstancias extraordinarias, imprevistas o exorbitantes que generan excesiva onerosidad, salimos del ámbito subjetivo y contemplamos lo objetivo pues en estas circunstancias lo que está en juego es la exigibilidad de la prestación por lo imposible y porque, en estos casos, pretender la ejecución puede configurar el ejercicio de un derecho abusivo.

Con claridad Roppo<sup>59</sup>, bajo el título “Causa y justicia contractual” considera que a partir de la causa se logra la justicia respetando primero la equivalencia subjetiva. Justo es el precio que determinan libremente las partes dentro del alea normal.

Pero inmediatamente aclara: otra cosa es el estado de necesidad, la imposibilidad sobreviniente. Aquí, a través de la causa se debe tender a restablecer el equilibrio, se controla y preserva la libertad de mercado asegurando la transparencia y el justo precio. Si falta esta transparencia o hay hechos imprevistos, se debe equilibrar el contrato.

El art. 1615 C.C. establece que para que la donación sea onerosa, el modo o gravamen impuesto al donatario y apreciable en dinero no puede ser equivalente al valor del objeto donado. Sin duda esta norma pondera la realidad objetiva económica de la prestación y no se cumple con decir que las prestaciones se miran como equivalentes subjetivamente. Ello no obstante, Gamarra<sup>60</sup> entiende que se estaría en el caso ante una norma especial y no general y sólo se refiere al “modo”. Se compararía, para el autor, el valor del modo y el costo de lo que se dona. Para él no se estaría refiriendo al valor de las prestaciones. Este razonamiento no es válido pues el modo no es algo ajeno a la prestación del donatario sino que es la esencia de ella en la donación moderna. La norma exige comparar valores económicos de las prestaciones con absoluta claridad, dependiendo de esta distinción económica, la calificación de la donación como onerosa o gratuita.

Podríamos citar un sinnúmero de disposiciones que respaldan esta tesis. En este sentido téngase en cuenta lo previsto, por ejemplo: en el art. 1672 C.C., se establece: “Si al momento de celebrarse la venta se había perdido la cosa o calidad, el contrato es nulo y puede el comprador repetir el precio. Si la pérdida ha sido parcial, el comprador que la ignoraba puede optar entre

rescindir el contrato o *reclamar la parte existente, siendo que por tasación se determine el precio*".

En el art. 1692 inc. 3 C.C., se establece: "En el caso del numeral 4 el vendedor es obligado a dar la superficie indicada en el contrato. Resultando la superficie menor, *el deudor debe completarla si la otra parte la exige*". Y más adelante establece, en el caso del numeral 5 del citado artículo: "No habrá lugar a suplemento de precio a favor del vendedor por exceso de superficie ni respecto del comprador por resultar menor la superficie sino cuando la diferencia de superficie real y la expresada en el contrato es de un vigésimo en relación al valor de la totalidad de los objetos vendidos".

En el art. 1693 C.C., se dispone: "si en un mismo contrato se han vendido dos o más terrenos por un solo precio, con indicación especial de la superficie de cada uno, en vez de la indicación única de toda la superficie y se encontrase menos cabida en un terreno y más el otro, *se verificará la compensación hasta la suma concurrente* y la acción complementaria o dismisoria a que hubiere lugar, seguirá la regla establecida en el artículo precedente".

En el art. 1699 C.C., se establece: "Si se trata de reparaciones indispensables que no puedan diferirse hasta la conclusión del arriendo, será el arrendatario obligado a tolerarlas aunque le priven del goce de una parte de la cosa arrendada, pero ***tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio a proporción de la parte en que fuere privado***".

En el art. 1803 C.C., se dispone: "Si el arrendador fuese vencido en juicio sobre una parte de la cosa arrendada, podrá el arrendatario reclamar *una disminución del precio o la rescisión del contrato*, si la parte de que se le priva fuese una parte principal de la cosa o del objeto del arrendamiento y los daños y perjuicios que le sobrevinieren".

En el art. 1804 C.C., dice: "El arrendador responde de los vicios o defectos graves de la cosa arrendada, que impidieran el uso de ella, aunque él no los hubiese conocido o hubiesen sobrevenido en el curso del arriendo y el arrendatario *puede pedir la disminución del precio* o la rescisión del contrato, salvo si hubiere conocido los vicios o defectos de la cosa".

En esta misma línea pueden consultarse los arts. 1834, 1843, 1846, 1706, 1708, 1711, 1768, 2201, 2073 C.C..

En especial, contemplar las normas que regulan la garantía por vicios ocultos podemos comprobar cómo el legislador regula a través de normas dispositivas, tendientes a preservar el equilibrio económico de las prestaciones.

Es propio del contrato conmutativo asumir un riesgo, una variación en el valor de las prestaciones dentro de lo razonable, como sacrificio para pagar la contraprestación o el beneficio que se espera. No es lógico cambiar la prestación por cualquier falta de equivalencia. *En los contratos conmutativos onerosos se asumen los riesgos o aleas normales y previsibles*. Diferente, repetimos, es el caso en que ocurran aleas anormales o imprevisibles, debiéndose afrontar situaciones no reguladas en el Código Civil.

Como dijimos, es natural que todo contrato quede sometido a diferencias económicas entre las prestaciones expuestas al riesgo de toda operación económica. La oferta y la aceptación que se valoraron al realizar el negocio y la libertad de decidirlo, deben respetarse. Muy diferente es que ocurran situaciones imprevistas que distorsionen y afecten sustancialmente el contrato. Este gira en torno a lo previsible y no dentro de lo imprevisible y sobre lo imprevisto, o sea, sobre lo no previsto, no opera el *pacta sunt servanda*.

Llegamos al punto en que *la nueva situación provoca cambios imprevisibles y en cuanto tales pueden llegar a afectar la exigibilidad de la prestación*. Cuando el cumplimiento de la prestación requiere esfuerzos desproporcionados, la prestación deviene inexigible. Este tema lo analizamos en otra ocasión <sup>61</sup>.

Cada día cobra más fuerza *la teoría de la inexigibilidad de la prestación a la que ya nos referimos anteriormente*, cuando ésta deviene imposible dentro de los parámetros de exigencias razonables al deudor, en atención a la prestación debida y a las circunstancias del caso. El centro de este planteo es que si la ejecución exige esfuerzos desproporcionados, que exceden el límite de sacrificio razonable, el deudor puede quedar liberado aun cuando la prestación sea físicamente posible. *Según los dictados de la buena fe, la prestación deja de ser exigible: a.*

cuando existe desproporción entre las prestaciones y la contraprestación; b. cuando la desproporción es manifiesta o considerable, y c. cuando ello no es imputable a ninguna de las partes.

Este criterio, sustentado en la buena fe, puede traducirse en la pauta de que: el deudor puede rechazar el cumplimiento de la prestación a su cargo si exige esfuerzos que en atención al contenido del contrato y las exigencias impuestas por la buena fe, están en notable desproporción con el interés del acreedor.

Visintini <sup>62</sup> sigue en Italia esta tesis en interpretación sistemática de los arts. 1175 y 1365 C.C. italiano del 42. En la buena fe se funda el límite del sacrificio exigible y es aquí donde nos importa llegar cuando tenemos que hablar de equivalencia. Recién aquí comienza a tener relevancia el quiebre de la equivalencia. *El límite del sacrificio* no son meras dificultades o el simple hecho de que la prestación resulte más gravosa de lo presumible al tiempo de crear la obligación. Sólo si la dificultad es tal que coloca al deudor al borde de la imposibilidad, el derecho no puede quedar indiferente ante la situación económica sobreviniente.

Nos parece interesante tener en cuenta como principio doctrinario rector lo establecido en el Código Civil holandés, art. 6.248 que establece que “el deudor y el acreedor deben comportarse entre sí conforme a la razón y la equidad”. El art. 6.258 establece que “el juez puede adaptar el contrato a las circunstancias imprevistas según las exigencias de la buena fe y la equidad”.

En la buena fe propia del cumplimiento del contrato se funda la denominada *teoría del “límite del sacrificio”*, a la que ya nos refiriéramos anteriormente, según la cual una racional interpretación de los intereses del acreedor y la situación patrimonial del deudor, sirve para determinar el límite de onerosidad que éste debe soportar pero no superar.

Este tema no está resuelto por el principio del *pacta sunt servanda*. En principio, el efecto vinculante abarca sólo lo que las partes previeron o era previsible al tiempo del contrato. Los acontecimientos a que nos estamos refiriendo, calificados generalmente como imprevisibles o determinantes de imposibilidad de las prestaciones, que generan onerosidad sobreviniente, son imprevisibles y en cuanto tales, las partes sobre ellos nada previeron y, en consecuencia, la situación escapa de la previsión del *pacta sunt servanda* y de la normativa del Código Civil que sobre el particular nada dice.

Como bien dice Arce y Flores Valdés <sup>63</sup>, las constituciones de hoy no son sólo normas de gobierno o para proteger la democracia. Se refieren a los derechos esenciales y temas vitales de los particulares, como ser la regulación de temas vinculados a la familia; la propiedad; el trabajo; a la vivienda; a la libertad de comercio y de contratación.

Se dice que el derecho privado se ha publicificado o que el derecho público se ha privatizado. Hoy se interpenetran más que en el pasado el derecho civil y el derecho público. Larenz <sup>64</sup> considera que *los contratos leoninos atentan contra derechos y libertades esenciales que están consagrados en la Constitución*.

Si bien por la jerarquía de las normas constitucionales son de aplicación directa, ello supone el respeto de leyes no declaradas inconstitucionales. Operan como normas fundamentadoras, no para justificar la aplicación de leyes. La Constitución tiene eficacia directa derogatoria, interpretativa e informadora en el ámbito del derecho privado.

*Desde nuestro punto de vista*, como ya lo hemos dicho, no es necesario para resolver estos graves problemas recurrir a la Constitución. Con la sola vigencia y alcance que se debe dar al principio de la buena fe en su efecto integrador e interpretativo del contrato, conforme a lo que las partes quisieron y a lo que surge del orden jurídico, alcanza como para tornar aplicable la teoría de la inexigibilidad y dar una respuesta justa a un tema complejo.

## **12. Principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima**

### *A. Presentación del tema*

Alpa <sup>65</sup> sostiene que los principios fundamentales de la contratación son el de la libertad de contratación; *el de la confianza* y el de la buena fe. Hoy no sólo importa “lo querido” sino la tutela de la confianza del que creyó legítimamente en una apariencia. Se tutela la legítima expectativa. Todo ello sustenta la vigencia plena del principio de la buena fe tanto en su dimensión subjetiva como objetiva. Desde esta óptica la buena fe relevante en el derecho contractual no es sólo objetiva pues se tutela la apariencia y la legítima creencia que pudo haber generado lo declarado, lo que da especial protagonismo, en estos casos, a la buena fe subjetiva. Importa sobremanera tener presente que los principios fundamentales de la contratación entre sí coexisten y se determinan mutuamente, no existiendo prioridades o sobreposiciones entre ellos.

Como un derivado del principio general de la buena fe surge el principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima que opera, según los casos, como factor de atribución de obligaciones y responsabilidades, sea en el ámbito contractual o extracontractual.

Es básico en todos los órdenes de la convivencia humana tutelar la confianza en lo que se presenta como real objetivamente. Larenz <sup>66</sup> señala que el ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla porque poder confiar es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres. Quien defrauda la confianza contraviene el derecho.

En el ámbito del negocio jurídico este principio es básico pues respalda el significado de lo declarado; de lo que significan las *conductas concluyentes* e, incluso, como ya lo dijéramos, opera como fundamento de vínculos obligacionales en contratos con verdadera ausencia de consentimiento, como es el caso, por ejemplo, del contrato por adhesión <sup>67</sup>.

Como lo destaca Weingarten <sup>68</sup>, las relaciones humanas se guían por cierta lógica y razonabilidad. Por ello, las conductas asumidas deben tener coherencia en los comportamientos. Quien obra de acuerdo a una apariencia de credibilidad que luego es defraudada en perjuicio del que puso su confianza en ella, merece la protección del derecho y esto es válido en lo contractual o extracontractual.

*La confianza es la creencia de una expectativa objetiva por la que actuando diligentemente se toma como cierta una información o un hecho que realmente no lo es.* Con la vigencia de este principio se vuelve exigible lo captado como expectativa razonable.

*No se depende de lo declarado sino de lo mostrado* o de la misma situación jurídica de la que surge la expectativa. Para Larenz <sup>69</sup> el principio de la confianza tiene un componente ético fundamental asumir las consecuencias de los propios actos, y otro que orienta a la seguridad en el tráfico. Uno y otro son inseparables.

El principio de la tutela de la confianza en la apariencia objetiva y justificada significa dar prioridad a lo objetivamente declarado por razones de protección a la buena fe y a la seguridad jurídica.

*La confianza aparece para sustituir los déficits del planteo del consentimiento* como fuente de la relación obligacional. Se protege la confianza para tutelar la seguridad, la buena fe, en poder creer legítimamente en apariencias tal como se presentan. Con la tutela de la confianza se evitan riesgos y se limita la industria del engaño. Se puede confiar en que lo que se le vende a una persona está en buen estado, funciona, está dentro de la ley... Con las necesidades de seguridad, automatización, despersonalización... se necesita tutelar o proteger la confianza pues en ella se funda verdaderamente la fuerza vinculante del contrato.

En el mercado, respondiendo a una dinámica muy especial y actuando dentro de ciertas técnicas de marketing seductoras de consumidores, se crean con frecuencia expectativas con las que captar la confianza del consumidor. La protección a esta confianza legítima fundada en la buena fe determina que en función de ella se considere el origen de vínculos obligacionales, como ocurre, por ejemplo, con la regulación de la *oferta al público*, art. 12 de la ley 17.250. En estos casos, la confianza opera como factor de atribución de efectos negociales.

Así, cuando razonablemente se crean expectativas relevantes jurídicamente, de ellas pueden surgir obligaciones hacia la protección de la buena fe y la confianza que tuvo el consumidor en



lo que se demostró o se le exhibió como verdadero e, incluso, en función de la aplicación de la denominada teoría de los actos propios, en el sentido de que cada uno debe asumir las consecuencias de sus actos y no puede ir en contra de lo que ello significa.

*Debe existir coherencia, razonabilidad entre los procederes y sus consecuencias.*

El empresario debe asumir como costo o como riesgo las consecuencias de las expectativas que crea en su propio perjuicio. La manipulación que se hace con los efectos de la publicidad, en ocasiones induce y condiciona al consumidor. En una expectativa razonable, objetivamente constatable de conveniencia, es lógico que se confíe y, en consecuencia, el que la crea debe asumir las consecuencias de esa expectativa razonable.

Si el producto de tal marca, tiene tal precio y características, y lo presenta tal empresa, creo en la publicidad y adquiero el producto como tal, creo en la marca y en la seriedad de lo que se me presenta; no tengo por qué desconfiar. La expectativa razonable motiva o determina conductas del consumidor o usuario, y la confianza de éstos es la que protege el principio que se analiza.

*En la actualidad, la dinámica de la contratación en un proceso de rapidez y despersonalización,* tiende a debilitar la información que se brinda o la forma en que se da. Ello es sustituido por la confianza en la empresa o en la publicidad con la que contrato. Adviértase que la confianza, como bien destaca Weingarten <sup>70</sup> puede volcarse en lo actuado por una persona, por una empresa o por el propio sistema económico del gobierno. Por ejemplo, es lógico que se confíe en lo que el Estado dice y prevé sobre la evolución del valor de la moneda. Si alguien confía y contrata en ella, si luego se varía lo que se dijo, puede ello configurar un acto imprevisible y, en consecuencia, debe protegerse en este caso, la confianza del que creyó en lo que el gobierno decía.

En otro orden, también debemos tener en cuenta que desde el punto de vista económico la confianza da valor a las empresas y potencia su desarrollo, considerándose la confianza como “*capital intangible*”. Sí, la confianza es un valor y crea valor en las empresas

Las empresas buscan posicionarse en el mercado y es lógico que traten de impulsar expectativas razonables objetivas respecto de los caracteres del producto o servicio, presentado generalmente como el mejor, el más económico, el de calidad comprobada... Luego, a la hora de la verdad, debe asumirse las consecuencias de la expectativa creada y si lo hecho no responde a lo dicho, debe la empresa responder por lo dicho en cuanto no era cierto.

Corresponde destacar que *para que la confianza sea protegida, la expectativa o la apariencia creada debe ser razonable, objetiva, justificada en la eficiencia del grado de persuasión que logra un sujeto que actúa con diligencia media.* Encontramos, en este enfoque, un elemento objetivo: expectativa objetiva, razonable; y un aspecto subjetivo, la confianza propia de un proceder diligente. Además, la sustanciación de la confianza debe ser imputable al que la crea, o sea, cuando la genera debía saber que el otro iba o podía confiar en lo dicho como verdadero. En un mercado despersonalizado y globalizado como el que vivimos, este tipo de propuestas tiene vigencia en lo que se refiere al principio de la tutela de la confianza en la apariencia debida es fundamental.

*En forma clara, la autonomía privada negocial cede espacio a la confianza.* Sin voluntad real puede surgir un vínculo obligacional como resultado de la existencia de una situación que inspiró objetivamente confianza, y en la que fue legítimo creer.

En la etapa de las tratativas esta confianza adquiere especial relevancia, pudiendo sobre ella fundarse una eventual responsabilidad precontractual pues se generó la expectativa cierta de contratar, y luego de haber generado gastos o inversiones para la instrucción del contrato, finalmente se quiebra esta expectativa legítima, causando daños.

Al exteriorizarse la voluntad por declaraciones puede ocurrir que lo declarado no sea reflejo de lo querido y se discuta qué se debe priorizar, si la voluntad o lo declarado. El comprador tiene derecho a que la cosa adquirida tenga las características que le son propias y cumpla las funciones normales. Se debe proteger su confianza tanto en lo que dijo el vendedor como en las características del producto que se sobreentendía de buena calidad.

Cuando lo declarado no coincide con la voluntad, entramos en la polémica entre voluntaristas y declaracionistas, que en caso de confrontación propician unos, la voluntad, y otros, lo declarado. De esta controversia surge la teoría de la tutela de la confianza en la apariencia creada como pauta conciliadora, tendiendo a proteger la seguridad del que obró sin culpa y de buena fe. La antinomia entre voluntaristas y declaracionistas se resuelve dando relevancia a lo aparente en lo que legítimamente se confió. Se prioriza la consideración objetiva y razonable de lo que legítimamente aparecía como real.

No es admisible una confianza culpable, temeraria o irracional <sup>71</sup>. Así, no toda confianza es digna de protección. Señala Santoro Passarelli <sup>72</sup> que la confianza es una parte importante de la interpretación del contrato.

### *B. Confianza en la apariencia*

Analizando el tema desde el punto de vista de quien crea la apariencia y ya no del que confía en ella, debemos recordar aquella máxima de Josserand <sup>73</sup> que decía “*el que crea una apariencia se hace esclavo de ella*”.

Aparenta el que se presenta o presenta una situación que realmente no es real pero dando a entender que sí lo es, simulando, fingiendo o aun actuando por error. Quien confía en la veracidad de esta situación debe ser protegido por el orden jurídico. En ello se tutela la buena fe del que creyó legítimamente en lo que no era y se protege su seguridad jurídica. Como dice Ghestin-Goubeaux <sup>74</sup> entramos en un tema en el cual *el derecho se somete a los hechos*.

*En nuestro ordenamiento jurídico, en varias disposiciones se alude a la tutela de la apariencia jurídica*. Así, por ejemplo, podemos tener en cuenta lo previsto en los arts. 852, 1327, 1455, 2101, 1430 y 1580 C.C. y, en particular, el art. 405.1 del C.G.P. Falzea <sup>75</sup> considera que es posible aplicar de estos artículos el criterio de la analogía y deducir la aplicación de estos criterios a otros casos similares. Busto Pueche <sup>76</sup> en criterio que se comparte, entiende que los preceptos excepcionales que reconocen efectos a la apariencia podrán aplicarse para llegar a esa misma solución en casos semejantes o en los que existe identidad de razón o fundamento.

El orden jurídico prioriza también la relevancia de la confianza cuando protege lo que surge de lo declarado por las partes. La buena fe y la seguridad jurídica exigen que sea posible confiar en lo que significan las palabras empleadas sin que pueda defraudarse a la parte.

Como *requisitos para la aplicación de la teoría de la apariencia* se exige:

a. en forma objetiva y exterior, debe existir una situación que se presenta como real sin serlo;

b. lo real o aparente tiene el carácter de verosímil a tal grado de que es posible creer en ello perfectamente a una persona normal, con conocimientos medios;

c. el estado subjetivo del que invoca la apariencia parte de no haber procedido en forma negligente. Quien invoca la apariencia debió actuar diligentemente.

La apariencia prevalece sobre la realidad y actúa como fuente jurídica de los derechos en expectativa <sup>77</sup>.

No cualquier apariencia es apta para prevalecer sobre la realidad sino que debe tener entidad ante una razonabilidad de un hombre con diligencia media.

### *C. Importancia de la tutela de la confianza*

La dinámica de la vida presente lleva a que el consentimiento como resultado de tratativas haya sido sustituido por la adhesión o la confianza en el significado de ciertas conductas concluyentes. Cuando contratamos presuponemos que el que me ofrece el servicio o el producto está haciendo las cosas bien y no indagamos si el vehículo de transporte es seguro, si los alimentos

cumplen las normas de calidad... y, además, no conozco al responsable o el dueño y en un margen de despersonalización en el relacionamiento me proveo de servicios y productos conforme con mis necesidades.

Se confía no por imprudencia o negligencia sino por necesidad dado que es la única forma de acceder a esos productos o servicios

La automatización de los actos de relacionamiento es inevitable no existiendo conciencia de los efectos jurídicos de lo que se hace.

- El determinante de nuestra acción está, muchas veces, en la confianza que nos inspira una marca, un nombre comercial y en función de ello tomamos decisiones.

La confianza se ha vuelto el fundamento del contrato en muchos casos cada vez con más evidencia y al proteger la confianza se posibilita un contrato ágil eficiente.

Las instituciones, las empresas, los productos valen hoy por la confianza que inspiran por lo que la confianza incide como un factor económico. La confianza de los acreedores es básica para el crédito que se otorga y de este crédito depende la operativa de la empresa.

También las relaciones sociales se sustentan y consolidan en la confianza.

El derecho no puede estar ajeno a la tutela de este valor esencial

#### *D. Aplicaciones prácticas del principio de la confianza en la apariencia legítima*

En el ámbito del derecho el consumo se han dado situaciones claras y concretas en las cuales este principio brilla por su presencia:

- a. en la fuerza vinculante de la oferta al público;
- b. integración de la publicidad al contrato;
- c. la responsabilidad precontractual.

a. En primer lugar, tenemos la regulación de la **oferta al público**, estableciéndose que ésta tiene efecto vinculante. Ghestin-Desche <sup>78</sup> consideran que la publicidad de la oferta en el ámbito contractual normal tiene valor contractual.

El art. 12 de la ley 17.250 es claro al señalar que “la oferta dirigida a consumidores determinados o indeterminados, transmitida por cualquier medio de comunicación y que contenga información suficientemente precisa con relación a los productos o servicios ofrecidos, vincula a quien la emite y a aquél que la utiliza de manera expresa, por el tiempo que se realice”.

Al establecer el efecto vinculante, la primera explicación que tenemos que dar es por qué ocurre esta importante innovación. La explicación puntual la tenemos en el hecho de que desde el momento en que la oferta vincula se elimina toda iniciativa tendiente a engañar al consumidor proponiendo cosas que no es posible cumplir en la realidad. El consumidor confía en la veracidad de la publicidad o de la oferta, y en la medida que ésta obliga podrá exigir todo lo que ésta tenga respecto a calidad, precio, condiciones o virtudes con las que se describa el objeto o servicio publicitado.

Como bien enseña el maestro rioplatense Atilio Alterini <sup>79</sup>, el consumidor adquiere el producto tal y como lo concibe en la publicidad o la oferta. En el mercado moderno existen compañías que no hacen nada salvo cobrar derechos por el uso de sus atractivos nombres, con lo cual los productos se revisten de una diferencia aparente. Así, quien cree en una apariencia y confía en una imagen que se le presentó como real, debe ser protegido en su buena fe.

Entramos así a señalar que el principio de la confianza es un principio básico del derecho del consumo conforme al cual se protege la confianza del consumidor en una apariencia legítima <sup>80</sup>.

En aplicación del principio de la seguridad jurídica y tutela de la confianza legítima en la apariencia objetiva creada, es que se justifica, como veremos, que de ciertas circunstancias surjan obligaciones aunque no haya acuerdo de partes.

Es así que llegamos a un punto básico que nos permitirá entender los cambios fundamentales del derecho del consumo y del derecho contractual moderno: las ofertas, sean o no publicitarias, se consideran como creadoras de apariencias o presentadoras de realidades que deben ser veraces, y desde el momento en que están destinadas a captar la confianza del consumidor, y porque lo logran, obligan. Esta confianza está presente entonces como fundamento de la fuerza vinculante: de las ofertas, de la publicidad, de los contratos por adhesión.

Alterini <sup>81</sup> con acierto puntualiza que esta tendencia a tutelar la confianza en la apariencia legítima sobre la base del surgimiento de obligaciones y responsabilidades, se apoya, además, en el hecho impostergable de que debe defenderse al consumidor como parte débil del contrato. Debemos tener presente que el art. 12 alude al efecto vinculante aun de ofertas indeterminadas, por lo que se sigue un criterio diverso a lo establecido, por ejemplo, en el art. 1519 del Código de Comercio, donde se dispuso textualmente que las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto no obligan al que las ha hecho”.

b. Un segundo tema particularmente relevante que confirma la vigencia plena del principio en estudio, lo tenemos en el art. 14 de la ley 17.250 cuando regula la *integración de la publicidad al contrato* estableciendo que “toda la información, aun la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, *obliga* al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor”.

El consumidor es un espectador pasivo del anuncio y es vulnerable a lo que en él se dice, porque cree o confía legítimamente. En otra ocasión <sup>82</sup> sosteníamos que *el fundamento de esta obligación no está en el acuerdo de partes ni en la existencia de un contrato concreto sino en la protección de la confianza negocial u obligacional*.

Agregamos que cuando en la facultad enseñamos *la manifestación unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones*, comenzamos por decir que entre todas las teorías que sostienen que puede o no ser fuente, nos quedamos siempre con la opinión vertida por Puig Brutau cuando decía que, en definitiva, este tema está mal planteado, pues no se puede buscar el fundamento de la obligación en voluntades muchas veces inexistentes o en voluntades unilaterales, pues la obligación se funda en que se quiere proteger la confianza de aquel que había sido afectado por creer en lo dicho por el que se entiende finalmente obligado unilateralmente. Como dijéramos, en definitiva, el efecto vinculante o integrativo de la publicidad se funda en la tutela de la confianza. Ello ocurre como manifestación concreta de la vigencia del principio de la buena fe contractual, art. 1291 inc. 2 C.C..

c. En tercer lugar, podemos decir que la *responsabilidad precontractual* aun antes de la vigencia del derecho al consumo se fundaba en la necesaria protección de la confianza en la apariencia que se inspiraba en la instancia de las tratativas contractuales. Por la forma de actuar se inspira confianza en que las tratativas son serias o que existe real intención de contratar.

Mostrar una apariencia supone no mostrar o decir la verdad

## E. Efectos jurídicos de la confianza

### a. ¿La confianza como fundamento del vínculo obligacional?

Destacamos la especial importancia de ponderar debidamente la confianza que pueda existir entre las partes al momento de decidir la contratación pues lo cierto es que el vínculo obligacional existe no sólo porque las partes expresaron su voluntad sino porque el otro contratante “*creyó y confió en lo que se le decía*”. Esto es actuar con el respaldo de la buena fe y de aquí se deduce la incidencia que la confianza tiene en el origen del vínculo obligacional.

Lo que importa destacar es que el vínculo obligacional en ciertas circunstancias no se funda, en realidad, en el consentimiento ni en la adhesión sino en la confianza que se tienen los contrayentes.

Trabucchi <sup>83</sup> aclara que el que confía en falsas apariencias debe sufrir las consecuencias de su excesiva confianza o de su negligencia. La tutela de la confianza se basa especialmente en una valoración objetiva cuando el interesado tuvo razones para fiarse de la apariencia que se generó frente a él.

Al perfeccionarse un contrato, las partes confían entre sí e inclusive confían en el significado de los términos que utilizan para expresar sus voluntades a la hora de establecer el vínculo <sup>84</sup>.

#### *b. La confianza como bien jurídico*

Como lo señalan Lorenzetti-Lima Márquez <sup>85</sup> la confianza es un bien jurídico protegido y su afectación acarrea consecuencias resarcitorias cuando se prueba que con ello se causó un daño. Así, por ejemplo, en la instancia precontractual.

#### *c. La confianza en la interpretación del contrato*

Por regla, la norma prioriza el significado de lo declarado y no las intenciones ocultas. En este sentido, el art. 1297 C.C. señala que las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otra forma.

#### *d. La confianza en la apariencia como factor de imputación de responsabilidad*

En el derecho del consumo ley 17.250, se establece que se deben asumir las consecuencias de las apariencias que se crean. Por esta razón, la publicidad sobre el producto o servicio pasa a integrar el contrato; la oferta pública obliga... con lo que se responde de las apariencias creadas. Como decía Jossierand <sup>86</sup> quien crea una apariencia se hace prisionero de ella.

### *F. La imprevisión y el principio de la confianza*

Si un gobierno públicamente inspira confianza en la estabilidad de la moneda y propicia el uso del dólar, marcando su evolución previsible en el tiempo, el ciudadano no tiene por qué desconfiar de las autoridades ya que es legítimo que crea o confíe en la apariencia brindada por la autoridad pública. Luego, de ocurrir un quiebre abrupto del dólar imprevisto, parece un chiste de mal gusto que se diga: “Ud. debió prever que no decíamos la verdad”. Sería como exigirle a la persona que previera lo imprevisible.

Como ya lo hemos sostenido en otra ocasión, quien contrata en dólares no prevé lo imprevisible sino prevé lo previsible y lo que le informa el gobierno sobre la evolución de dicha moneda. En consecuencia, en los contratos en dólares es perfectamente posible la aplicación de la teoría de la imprevisión, más en aquellos casos en que es legítima la protección de la confianza de la parte en lo que se le dijo por el sistema de gobierno con referencia a la evolución del valor de la moneda.

## **13. Principio de la transparencia**

En el contrato importa no sólo lo que se dice sino cómo se dice.

En la línea de revisar la tutela de la libertad del contratante en que se sustenta la autonomía privada negocial, se da hoy especial relevancia *al deber de informar y actuar con transparencia* a la hora de relacionarse con la otra parte para perfeccionar un contrato. Esta transparencia apareció visiblemente en distintas normas del derecho del consumo y luego el criterio afloró

como derivado de la aplicación del principio general de la buena fe en todo el ámbito del derecho privado.

- En la ley de relaciones de consumo 17.250, entre otros aspectos, en varias oportunidades se exige que la información que se brinda al consumidor sea *clara*, *veraz*, *concreta* y *oportuna*, art. 6° lit. C..

También se exige que esta información sea visible y clara, art. 8°; que sea precisa, art. 12; que sea *clara y fácilmente legible*, art. 17.

Especial mención podemos hacer al hecho de que en el art. 30 se considera abusiva la cláusula redactada en forma poco clara y comprensible, o sea, que transgreda el principio de la transparencia debida.

*Transparencia se debe en la forma y en contenido.* Ello supone que no alcanza con escribir claro en letra legible sino que se deben usar términos inteligibles. Se requiere para el que preformula un contrato que lo haga en forma *clara y comprensible*.

Esto de alguna forma es la contrapartida de permitir que alguna de las partes preformule el contrato unilateralmente

La consecuencia o sanción por no expresarse con claridad es que el contrato no se interprete

No creemos que este principio deba aplicarse sólo en el derecho del consumo o en los contratos por adhesión. El principio de la transparencia o sea la exigencia de la claridad e inteligibilidad rige en toda relación contractual en la medida en que se debe desarrollar en parámetros de buena fe en contra del que lo redactó con falta de transparencia.

*La transparencia no garantiza el conocimiento* correcto del contrato sino lo posibilita y si ello es así comienza a ser responsabilidad de la otra parte el actuar con la diligencia debida para acceder con responsabilidad a este conocimiento.

*La ponderación de la transparencia debida es de carácter objetivo* y no subjetivo, o sea, se debe considerar la situación de una persona con conocimientos normales en las circunstancias concretas y determinar si lo que le fue presentado pudo entenderlo con un nivel de conocimientos y experiencia de un contratante medio.

Si más allá de la transparencia no existen posibilidades racionales de entendimiento por razones de tiempo, de práctica o de uso entramos en el terreno *de la confianza* donde pasa a ser irrelevante lo que se haya escrito o cómo se haya escrito sino que simplemente se confía en las expectativas legítimas de calidad y cantidad y en que la parte no abusara de sus posibilidades.

#### **14. Principio de la razonabilidad**

Los hombres nos diferenciamos de los animales por ser seres racionales o capaces de razonar.

Razonable es lo justo, lo equilibrado, lo moderado, lo prudente, lo que surge del sentido común.

Permite determinar qué es posible exigir en la conducta debida.

Se entenderá por razonable y, por tanto, exigible, lo que cualquier persona *actuando de buena fe* que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, considerare como tal. En especial para determinar aquello que sea razonable habrá que tener en cuenta:

a. la naturaleza y objeto del contrato;

b. las circunstancias del caso, y

c. los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que se refiere el art. 1.302 de Principios Lando.

Por referirnos sólo a un ejemplo tenemos presente lo regulado en el art. 79 de la Convención de Viena de 1980 cuando dispuso: “el deudor no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones si prueba que la falta de cumplimiento se debía

a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviere en cuenta el impedimento en el momento de celebración del contrato, que lo evitase o superase o evitase o superase sus consecuencias”.

La trascendencia práctica de esta proyección de la buena fe es realmente significativa, por ejemplo, en la consideración de los elementos que configuran la estructura de las causas extrañas no imputables como eximentes de responsabilidad.

Así a la hora de considerar qué es lo imprevisto o qué es lo imposible de los hechos que se pretenden configurativos, por ejemplo, de caso fortuito o fuerza mayor o del hecho del tercero, la doctrina clásica exigió que estos requisitos sean objetivos y absolutos con lo que probar la causa extraña no imputable es realmente una proeza.

De aquellas concepciones absolutistas y objetivas que terminaban por desplazar la existencia de esta figura hoy de la mano de la buena fe se ha impuesto la ponderación de la razonabilidad cuando debo considerar qué era lo previsible o lo imposible. Así lo imposible para ser tal exige la consideración del caso concreto y determinar si en parámetros de razonabilidad se podía prever o no lo ocurrido.

En materia de imposibilidad no se requiere que se esté ante algo absoluto sino ante algo que con los esfuerzos razonables no era posible de lograr. Opera con la aplicación del criterio de la razonabilidad, la teoría del límite del sacrificio o de la exigibilidad de la prestación ya comentada.

## 15. Principio protectorio

### A. Presentación del tema

La buena fe es la columna vertebral del derecho del consumo. La reacción a los *abusos de la libertad contractual* dio por resultado una **tendencia a la protección de la parte débil** que se generaliza en la difusión del derecho del consumo en el mundo.

Como resultado de la producción en masa se hizo necesario lograr mayor rapidez en la contratación, generalizándose el uso del contrato por adhesión. Este brinda la ventaja de la rapidez, uniformización y la posibilidad de usar cláusulas para controlar o reducir riesgos y costos. En ciertos casos, el consumidor no puede acceder a ciertos bienes o servicios si no se somete a la adhesión, a un contrato preformulado con cláusulas que lo perjudican notoriamente.

Estos contratos, que bien podemos denominar “*por imposición*”, afectan al adherente que no pudo negociar sus condiciones.

Se hizo necesario salir a la defensa del adherente que también era afectado en el mercado por publicidad engañosa, o técnicas de venta engañosas. Pronto se advirtió en el consumidor la parte débil que se debía proteger y surgen normas de tutela con principios que establecen, por ejemplo, que en caso de duda la interpretación será en contra del que preformuló el contrato; se aprueban leyes guiadas por el criterio general de proteger al más débil, que tienen regulada expresamente la exigibilidad del deber de informar, que establecen nóminas de cláusulas negras o abusivas, etc..

### B. Protección contractual y la buena fe

La buena fe se carga o activa con proyecciones tuitivas realmente admirables como son el concepto de tutela de la confianza; la equidad; la razonabilidad... que van donde ella se aplica. Hoy *la buena fe monitorea toda la vida del contrato* imponiendo deberes activos: de hacer y de

no hacer. Así, no sólo se cuestiona negativamente la deslealtad, la deshonestidad, sino que se impone en positivo el deber de colaborar, de cooperar, de informar...

Se destaca su *función delimitadora* ante el abuso; *flexibilizadora* ante conceptos abstractos, como el de imposibilidad a la hora de determinar la extinción del vínculo o la aplicación de la teoría de la imprevisión.

### C. La buena fe y la protección de la persona del contratante. Obligación de seguridad

También la buena fe cumple una *función protectora de la seguridad* cuando hace surgir, por ejemplo, la obligación de seguridad en los contratos de cuya ejecución pueden derivar daños a la persona. Tal lo que sucede con los contratos de transporte, donde por obra de la jurisprudencia y la aplicación del principio de la buena fe ha surgido la obligación de seguridad, de manera de respaldar el traslado del pasajero sano y salvo a destino.

Lo interesante de estas obligaciones es que se integran al contrato y rigen a pesar de las previsiones de la partes pues se consideran tutoras del mismo orden público.

Se ha ampliado por algunos, el alcance de este deber de seguridad entendiendo que se tutelan también las cosas que se pueden afectar durante la ejecución del contrato aludiéndose, en este caso, a la existencia de un *deber de protección*.

De alguna forma, a través de la buena fe llega al contrato una forma de protección de la persona propia de la responsabilidad extracontractual. Se ha dicho que con esta obligación se termina por extracontractualizar el contrato

### D. Protección del consumidor

El principio de la buena fe que ha sido expresamente positivizado en las leyes de relaciones de consumo -art. 32 de la ley 17.250- especialmente, en su manifestación objetiva impone en los proveedores de servicios y productos con carácter general una conducta particularmente informativa, cooperativa, respetuosa de los intereses de la otra parte, solidaria, transparente, sin abusar de la posición dominante con quienes la propia ley considera parte vulnerable o más débil.

En el ámbito de las relaciones de consumo, la función de la buena fe desde antes del contrato cuando se realiza publicidad, ofertas al público, en las tratativas. en la interpretación de los contratos en favor del consumidor. y en la ejecución del contrato tiene especial destaque.

En el ámbito de las relaciones de consumo, *la protección de su seguridad* tiene expresa consagración en los arts. 6º, 7º y 11 de la ley 17.250. Se debe advertir al consumidor de los peligros de la prestación o del producto.

A través de la buena fe se ha ejercido cierto proteccionismo sobre el débil y un monitoreo del contenido el contrato para lograr este efecto. Este proteccionismo se ve no sólo en la consideración de los desequilibrios contractuales en lo que se refiere a distribución de derechos y obligaciones o en la consideración del alcance económico de las prestaciones sino también en la tutela de la debilidad cognoscitiva que se ejerce a imponer el deber de informar con claridad, con veracidad, con oportunidad y en forma completa, art. 6º lit. b y 29 de la ley 17.250.

La debilidad está marcada no sólo por no tener medios económicos sino por carecer de información, experiencia, tiempo para negociar todo lo que lleva más a confiar que consentir.

Podemos decir que la relación jurídica de consumo está especialmente calificada por la protección que sobre ella debe ejercer la vigencia del principio de la buena fe.

En realidad lo que protege la buena fe en estos casos es la autonomía y la toma de decisiones bien informadas por parte del consumidor



## 16. Principio de cooperación

Una de las evoluciones más trascendentes que ha tenido la aplicación del principio de la buena fe estuvo en descubrir dentro de su ámbito aspectos activos que se concretan en el deber de colaboración que tiene el acreedor respecto del deudor para facilitar la relación contractual sea en su perfeccionamiento como en su ejecución. Al principio en la etapa de las tratativas, la información brindada entre la partes es esencial para determinar la existencia de un consentimiento con conocimiento. Llegado el momento de la ejecución el acreedor debe colaborar con el deudor pues de lo contrario esta falta de colaboración puede determinar la mora de acreedor.

Betti <sup>87</sup> entiende que la buena fe en los deberes de convivencia se presenta desde un doble punto de vista; uno *negativo* previsto en la máxima de Ulpiano *alterum non laedere* o de no dañar y otro positivo imponiendo la activa colaboración con el grupo social a fin de promover su interés.

En ciertos países se presenta como el principio de *correttezza*, corrección, y se concreta en el deber de solidaridad o de cooperación que es una derivación del principio general de la buena fe <sup>88</sup>.

Carusi <sup>89</sup> destaca que el acreedor en toda prestación tiene el deber de cooperación. Cooperar es facilitar la toma de decisiones y la ejecución de la prestación. En la etapa preliminar se coopera con una *información clara, veraz y completa*; en la ejecución de la prestación se coopera colaborando y brindando lo necesario para que el deudor pueda cumplir.

Especial importancia tiene este principio *en la instancia precontractual* donde puede no estar claro hasta qué punto se debe informar a la contraparte previo al contrato.

Sólo se debe informar sobre la representación fiel de la realidad que presupone el contrato no sobre las intenciones o proyectos o motivación del proceder de la parte

*Curioso resulta destacar que este deber de colaborar en ciertos casos se proyecta con el deber de informar y en otro actuar de buena fe implica no informar.* Así en la relación médico-paciente si bien el principio es el deber de informar, en ciertos casos proceder de buena fe y para proteger la salud del paciente exige no informar al menos en forma directa al paciente derivando la información a los familiares.

Este principio se vio expresamente consagrado en el art. 1.102 de los Principios Lando al señalarse: “cada una de las partes está obligada respecto de la otra a cooperar para lograr la plena efectividad del contrato”.

En nuestra opinión quien presentó con más claridad este principio fue Betti cuando afirmaba que el contrato no es reflejo del interés de una parte opuesto o predominante al de la otra sino que debe primar un espíritu de colaboración para el logro de las respectivas expectativas.

## 17. Principio *favor contractus*

### A. Presentación del tema

En otra ocasión <sup>90</sup>, destacábamos que la labor de interpretación se ordena sobre la base de principios generales básicos como ser el de la buena fe; el principio de la conservación del contrato. En toda interpretación se parte de que existió buena fe y se conformó una voluntad sana, positiva, razonable y que se buscó actuar con seriedad y justicia. Grassetti <sup>91</sup> considera que el principio de conservación es importante no sólo en el contrato sino en todo el orden jurídico pues parte de la presunción de seriedad de todo el que emite una declaración. La aplicación del principio de la conservación que tiende a preservar el acuerdo de partes puede llevar, en ciertos casos, a la integración del contrato. Para conservar no es posible cambiar pues se estaría, en este

caso, en un proceso de conversión y no de conservación. La conservación no justifica ninguna alteración de lo previsto por las partes sino que en el caso de que no esté clara esta previsión, o que exista más de una interpretación de la que pueda derivar la inexistencia o el mantenimiento del contrato, el camino a seguir es este último, valiéndose para ello de la vigencia de este principio respaldado en la buena fe y la equidad. Si la ambigüedad lleva a dos interpretaciones, una de las cuales determina la nulidad y, otra, la validez, se debe optar por esta última -art. 1300 inc. 1 C.C.. Pero si las dos interpretaciones, siendo diferentes, no cuestionan la validez o eficacia del contrato, debe priorizarse el sentido que más convenga a la naturaleza y equidad -art. 1300 inc. 2 C.C..

La conservación del contrato en estos casos se logra recurriendo a la solución más acorde a la *naturaleza del contrato*, o sea, al fin económico y social la causa. Si bien el art. 1300 C.C. alude a la conservación de las cláusulas contractuales, ello lleva implícito también similar criterio para la conservación del contrato en su totalidad.

En las sociedades organizadas, dentro de los conceptos de propiedad y la autonomía privada, es necesario que la aplicación del derecho y los institutos por él creados, lleven a que se respete lo acordado por las partes. La aplicación del principio a estudio conduce a que el derecho y *el juez deban inclinarse preferentemente por las soluciones que se traduzcan en lograr el cumplimiento normal y efectivo del contrato*. En el caso de comportamientos ilícitos y ante la duda de la validez del contrato, las soluciones deben orientarse preferentemente en el sentido de permitir que el contrato desempeñe su función, conduciendo a las partes a su realización, con las correcciones necesarias para eliminar los efectos perjudiciales que pueda haber causado el incumplimiento.

Este principio rige no sólo en la esfera de la interpretación del contrato, donde tiene referencia expresa en el art. 1300 C.C.; está implícito en el art. 1291 C.C., en cuanto esta norma sienta el efecto vinculante de la autonomía de la voluntad, y está, además, presente en las normas que para el caso de incumplimiento otorgan preferencia a la ejecución forzada, arts. 1338 y 1339 C.C..

Amunategui Rodríguez <sup>92</sup> señala cómo la actividad del principio del *pacta sunt servanda* se enfrenta al principio *de la preservación* o conservación del contrato, tendiente al cuidado de éste no sólo en lo que a su validez se refiere sino ante interpretaciones dudosas respecto de su existencia o no y, además, preservándolo ante los efectos del quiebre que puedan causar hechos imprevistos que determinan excesiva onerosidad.

La vigencia del principio *favor contractus* es la que, entre otros aspectos, justifica, por ejemplo, la exigencia de que el incumplimiento, para generar la resolución del contrato, o sea, su extinción, sea grave o de entidad.

## *B. De la conservación a la conversión del contrato*

José Luis de los Mozos <sup>93</sup> analizando el sistema jurídico español donde, como en el nuestro, no existe regulación del tema, comienza por destacar que una cosa es el juego de las normas y otra la función de los principios en el conjunto del ordenamiento.

Propone la resolución del tema no a través de aplicar voluntades hipotéticas que no existieron sino con la consideración del art. 1258 C.C. español nuestro art. 1291, procediendo a la integración del contrato.

De Castro y Bravo <sup>94</sup> entendió que con la figura de la conversión se subsanan ciertos resultados injustos del sistema formalista del negocio jurídico. Se busca una suerte de “tutela sobre lo querido por las partes que se ve afectado por aspectos formales”.

Algún país como Portugal, en su Código Civil de 1967, reguló expresamente el tema cuando en el art. 93 prevé: “El negocio nulo, anulado, puede convertirse en un negocio de tipo de contenido diferente del que contenga los requisitos esenciales de sustancia y forma cuando el fin perseguido por las partes permita suponer que ellas lo hubieren querido si hubiesen previsto la invalidez”.

A la conversión es posible llegar por una nueva calificación del negocio y por la aplicación del principio general de la buena fe.

Por la conversión opera lo que se denomina transformación jurídica del negocio, manteniendo válido y eficaz lo afectado de nulidad o ineficacia. Se ha sostenido que en ocasiones, por la conversión, se logra la conservación del contrato pero, en realidad, la conversión más que conservar transforma. En nuestro derecho el tema carece de regulación expresa. Caffaro <sup>95</sup> se pronunció por la tesis negativa en el sentido de que en nuestro derecho no es posible aplicar este instituto pues no hay normas que lo prevean y es de aplicación excepcional.

Arezo Piriz <sup>96</sup> sostuvo que en este tema existe una laguna jurídica y, por tanto, debe integrarse el orden jurídico. Aplicando los arts. 16, 1300 y 1291 inc. 2, entiende que la conversión del negocio es principio general del derecho. Se parte de un negocio jurídico nulo absoluto, que tiene los elementos estructurales de otro contrato válido y puede salvar su defecto convirtiéndose en otro negocio pero con lo ya existente.

Sostuvimos en otra oportunidad <sup>97</sup> la vigencia del fenómeno de la conversión fundado no en interpretaciones de voluntades presuntas, inexistentes, sino en la posible calificación del negocio ya perfeccionado. Siendo aplicable el principio de la conservación y de la buena fe, se produce una reducción o concreción de efectos paralizados en principio por la nulidad. No se sustituye un contrato por otro sino que se ajusta su causa y se realiza una nueva calificación jurídica.

### *C. Jurisprudencia*

La jurisprudencia nacional, en diferentes circunstancias ha aplicado este principio, por cierto, muy importante en lo que hace referencia a la dinámica del contrato. Maestro sostuvo: los jueces tienen el deber de velar por el mantenimiento de la vinculación contractual, siempre que ello sea posible, y en el bien entendido de que la ejecución no altera fundamentalmente la ecuación del contrato.

La jurisprudencia ha sido clara al sostener que cuando de la duda de interpretación pueda deducirse en la eventualidad la extinción o nulidad del contrato, debe optarse por su conservación.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, por Sent. Nº 227 del 6 de octubre de 1993, entendió que es fundamental que surja claramente de lo estipulado la existencia de un incumplimiento, presupuesto de la resolución, pues en caso de duda en cuanto a lo convenido, deberá optarse, en razón de la conservación del negocio, por la negación de la cláusulas donde se dice haber pactado la resolución <sup>98</sup>.

En varios fallos se analizó en la práctica la vigencia del principio de la conservación del contrato. A modo de ejemplo podemos consultar L.J.U., t. 125 caso 14.362 y t. 130 caso 14.927.

## **18. Principio de la congruencia o ponderación de la realidad**

Ha sido en el ámbito del derecho contractual donde la vigencia de la buena fe proyectó la necesidad de no apartarse de la realidad y perderse en las formas cuando éstas son utilizadas para tratar de mostrar algo que realmente no es.

### *A. Presentación del tema*

En un excelente artículo D'Angelo <sup>99</sup> destaca que las técnicas de resolución de conflicto fundadas en una concepción objetiva de la causa terminaron por hacer abstracción del negocio como realidad particular causándose con ello desorientación en el conocimiento de la realidad.

Con buen criterio Rodota <sup>100</sup> ya nos decía que el vínculo obligacional contractual se respalda en fuentes legales y convencionales y que dentro de ello la buena fe cumple una función integrativa indiscutible. Es precisamente la relevancia de esta buena fe la que nos lleva a sostener que no puede considerarse el contrato aislado de la operación económica a la que responde .

### *B. La buena fe y la relevancia de la operación económica*

Todo contrato responde a cierta operación económica y a un determinado equilibrio programado por la autonomía privada. El deber de lealtad que se proyecta a través de la vigencia plena del principio de la buena fe lleva a que se respeten y consideren las realidades y operaciones económicas que subyacen en la relación obligacional.

*La naturaleza normativa del orden económico del contrato se deduce de la cláusula que exige actuar de buena fe y con lealtad.* Proceder de buena fe lleva a presuponer como cierto que las partes llegaron a un acuerdo económico equilibrado coherente con la operación económica que se sustancia en el contrato. Dicho de otra forma, consideramos que la operación económica querida como una realidad equilibrada y coherente se proyecta como norma al contrato a través de la vigencia del principio de la buena fe.

### *C. Relevancia de la operación económica en la interpretación del contrato*

Cuando es necesario superar situaciones de ambigüedad no resulta con claridad por el acuerdo de partes no sólo hay que considerar las pautas normativas de interpretación previstas en el Código Civil, art. 1297 y ss. C.C..

Los contratos no están separados de la operación económica a la que responden. El contrato no es el “ropaje” o la mera forma jurídica de la operación económica sino el esqueleto de la misma estructura. *Así, el contrato es una realidad unitaria conformada por aspectos jurídicos económicos y valorativos enfoque tridimensional del contrato.* No es posible conocer realmente el contrato si se desconoce su estructura económica y sus fines reales pues se trata de elementos que se complementan e integran mutuamente.

La necesidad de considerar la operación económica que subyace al contrato y forma parte de su misma estructura no es una construcción meramente dogmática sin respaldo normativo sino que por el contrario algunas normas del Código Civil aluden a su necesaria ponderación. En este sentido no podemos ignorar que en el art. 1291 inc 2 C.C. se señala que: “Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según *su naturaleza* se conformen a la equidad, al uso o a la ley”. También en el art. 1300 C.C., al regular la interpretación del contrato se establece: “... debe tomarse en el sentido que más convenga a la *naturaleza* del contrato y a las reglas de la equidad”.

La remisión a la consideración de la naturaleza del contrato a la hora de su interpretación o integración supone “llevar un cable a tierra” para no apartarse de la realidad o sea de la operación económica a que responde el contrato.

En otro orden, en la relación e interacción necesaria entre la operación económica y el contrato rige el “principio de la congruencia” que lleva a exigir una necesaria correspondencia entre los aspectos que integran esta misma realidad, económicos y jurídicos.

#### *D. Aplicaciones practicas del principio de la realidad*

Tendiendo a la preservación de la realidad y evitando que se usen formas para disuadir o evitar responsabilidades o programar diferentes formas de fraudes sobre la vigencia real de este principio de la buena fe cobra especial énfasis la **“Teoría de los contratos conexos”** y la **“Teoría del abuso de la persona jurídica”**.

a. *Contratos conexos*: En ocasiones, el interrelacionamiento entre empresas se hace en forma operativa dependiente pudiéndose actuar en forma organizacional con fines comunes. Así, por ejemplo, en los casos de concesionarias distribuidoras... que actúan unas sociedades bajo el control de otras. Pues bien en esta operativa es posible que esta operativa entre empresas que se presentan como independientes en realidad no lo sean pues sus contratos en realidad son conexos. Esta calificación desde el punto de vista jurídico lleva entre otros aspectos a justificar la acción directa entre los partícipes de esta realidad contractual. Se dejan de lado las formas y se va a la realidad operacional que subyace a ella reconociendo la conexidad de los negocios y sus consecuencias pues se prioriza la realidad

b. *Abuso de la personería jurídica*: La persona jurídica es legitimada para instrumentar los fines con los que se solicita para su operativa en el mundo jurídico. Puede suceder que se pretenda usarla con otros fines. Se usa una persona jurídica para evadir la aplicación de normas, defraudar al fisco, a los acreedores... pues bien se sabe que la responsabilidad de las sociedades es limitada al patrimonio que la integra a que se quiere hacer aparecer... En estos casos es posible recurrir a la vigencia del principio de la realidad “levantando el velo de la persona jurídica” y ver qué es lo que está detrás para que asuma las consecuencias que se quisieron evadir priorizando la realidad sobre las formas.

Cuando se ejercita un derecho para esconder la realidad no se actúa de buena fe.

### **19. Consecuencias de transgredir el principio de buena fe**

Roppo <sup>101</sup> bajo el título “Norma imperativa y contrariedad a la buena fe”, analiza uno de los temas más interesantes desde el punto de vista práctico y poco estudiado por quienes entraron en el análisis del fascinante mundo de la buena fe contractual. Nos referimos al hecho de que si la buena fe no es en esencia negociable y las normas que la consagran son imperativas, la pregunta que queda por formular es ¿cuál es la consecuencia de la transgresión de la normativa que se refiere a este principio general?

El art. 1291 inc. 2 C.C., que impone la ponderación de la buena fe en la ejecución del contrato, o el art. 32 de la ley 17.250, que impone la consideración de este deber en las tratativas de las relaciones de consumo, en principio serían normas con un alto índice de caracterización en lo que se refiere a su imperatividad.

Galgano <sup>102</sup> considera que la transgresión de la buena fe en cuanto importa en sí la violación de una norma imperativa, comporta la nulidad que debe ser calificada como virtual.

Al tema de la nulidad virtual aludimos en otra ocasión <sup>103</sup> refiriéndonos a los casos en que si bien la norma que se transgrede es de orden público, en ésta no se señala ni se regulan las consecuencias de su transgresión, faltando el presupuesto de la tipicidad de la consecuencia para poder hablar en todos sus términos de nulidad. Pero, como señalábamos en aquella ocasión, el art. 8º C.C. es muy claro al señalar que la transgresión de una norma prohibitiva acarrea nulidad, salvo que la ley regule otra consecuencia.

Si no existe otra consecuencia prevista sobre la transgresión de la norma que se refiere a la buena fe, y siendo ésta de orden público, en principio podría hablarse de una hipótesis de nulidad virtual.

La nulidad virtual se presenta como figura antitética de la nulidad textual <sup>104</sup> y se concreta en la transgresión a la norma imperativa sin necesidad de que expresamente esa transgresión sea calificada como nulidad o se disponga otra consecuencia.

Betti <sup>105</sup> aclara que, en ciertos casos, la transgresión de la buena fe no causa nulidad y cuando la causa, en realidad no es por la transgresión de la buena fe en sí sino por el acto que la conforma. No es el desequilibrio de la prestación lo relevante sino el acto que la causa, como puede ser, por ejemplo, el actuar por intermedio de actos de explotación, de abuso de la dependencia, con actitudes fraudulentas, etc..

Para configurar una nulidad virtual no alcanza con invocar la transgresión de la buena fe sino que se debe señalar los caracteres de la conducta transgresora, e identificarla como abusiva de dependencia; con caracteres de explotación, etc..

En forma aislada, la transgresión de la buena fe puede configurar un incumplimiento contractual en la ejecución del contrato y en la instancia de las tratativas puede significar o resultar una conducta, según los casos, transgresora del orden público o la moral.

## **20. Autonomía privada negocial y la buena fe**

La buena fe no fue pensada para desplazar a la autonomía privada negocial sino para protegerla y proyectarla dentro de los parámetros marcados por la naturaleza del contrato y lo que sobre éste dispone el orden jurídico.

La buena fe, lejos de sustituir la autonomía privada negocial, actúa en su salvaguardia y viene en su ayuda y complementación, dándole flexibilidad y adaptabilidad al acuerdo de partes, de forma que éste se ajuste a la realidad y lo que surja ser traduzca en una distribución de riesgos, derechos y obligaciones equitativa.

Ghestin <sup>106</sup> destaca el papel cada vez más preponderante de la buena fe en el contrato no sólo por su función jurígena en la interpretación o integración de éste sino que, además, en ocasiones viene a cumplir una importante misión limitando los excesos a que puede dar lugar la autonomía privada negocial, particularmente en aquellos casos en los que existe desigualdad en el poder negociador, que permite al fuerte tratar de imponer cláusulas abusivas sobre el débil y desequilibrar injustamente la prestación.

*La buena fe ejerce, respecto de la autonomía privada negocial, una especie de tutela o de paternalismo contractual, protegiendo la voluntad de la parte débil y logrando un equilibrio ante las posibles injusticias en la distribución de derechos y obligaciones.* Esta tutela se ejerce en el fundamento dado en ciertos contratos a la obligación de informar; o en establecer criterios de abusividad respecto de ciertas cláusulas. La buena fe protege el proceso formativo del consentimiento, tutelando la libertad de las partes para lo cual es necesario que consienta con conocimiento. La buena fe amplía y protege el alcance de la libertad contractual. Sustenta el principio de la confianza en la declaración sobre la misma voluntad. En la apariencia que se crea es lícito confiar y ello es protegido por el orden jurídico.

La voluntad de las partes, la ley, la buena fe, los usos y la equidad se complementan en la determinación del alcance del contrato, art. 1291 inc. 2 C.C..

*Existe una verdadera tensión entre la autonomía privada y la buena fe* en coordinación y complementación. Hoy la tendencia de la civilística moderna está en coordinar la autonomía privada y la buena fe. De hecho, por tomar sólo un ejemplo, en el Código Civil brasileño de 2002, en diversas disposiciones se siguió esta línea. Miguel Reale, que actuó como supervisor de la comisión redactora, en sus notas introductorias destacó precisamente el principio de tipicidad y de buena fe como fundamento del vínculo contractual. La autonomía privada, como destacamos en otra ocasión <sup>107</sup> no es libre de pactar lo que se le ocurra sino que esta libertad

existe porque y siempre que se desarrolle dentro de los límites del orden público, de la moral, de las buenas costumbres, de la buena fe y de la equidad. Así, el ejercicio del derecho contractual es funcional, debiéndose adaptar a la función social que justificó la concepción del derecho en cuestión y la misma existencia del contrato. La vigencia del principio de la buena fe desde adentro y afuera de la autonomía de la voluntad, permiten controlar excesos en el ejercicio del derecho de contratar.

Alpa <sup>108</sup> sostiene que los principios fundamentales de la contratación son el de la libertad de contratación, el de la confianza y el de la buena fe. Hoy no sólo importa “lo querido” sino la tutela de la confianza de quien creyó legítimamente en algo aparente. Se tutela la legítima expectativa. Todo ello se sustenta en la vigencia plena del principio de la buena fe, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva.

Ghestin <sup>109</sup> bajo el título “Conciliación necesaria de los principios” destaca cómo el principio de la buena fe debe conciliarse con el de la libertad contractual. Por ello se presume que es acorde a la buena fe pensar que un contrato concluido entre personas libres y responsables se hizo conforme a la justicia. Pero esta “presunción” cae al constatarse los desequilibrios o abusos excesivos entre las prestaciones. Hacer respetar la justicia y la buena fe debe llevar a encontrar los cambios necesarios para recuperar el equilibrio perdido. Ello surge por aplicación y el respaldo que da en la vigencia de estos principios la conciliación necesaria entre el respeto del interés general, el principio de justicia, de buena fe, de seguridad jurídica, de libertad contractual y de responsabilidad. En definitiva, lo que importa destacar aquí es que la libertad contractual está subordinada al respeto del orden público, de la justicia y de la buena fe. Portalis <sup>110</sup> destacaba que la libertad contractual no puede ser limitada más que por la justicia, las buenas costumbres y la utilidad pública.

La íntima relación existente entre autonomía privada negocial y la buena fe está en que aquella orienta su significado y alcance a través de ésta. La autonomía privada negocial sólo es concebible siempre que suponga un actuar de buena fe y de allí que, a partir de este criterio, la doctrina deja de hacer referencia a la autonomía de la voluntad y se adhiere a la autonomía privada.

El prestigioso maestro francés Ghestin <sup>111</sup> con acierto consideró que el valor de la voluntad está subordinado a las exigencias de justicia y a la buena fe. El derecho concede relevancia al acuerdo con fuerza obligatoria si tiene como elementos esenciales la utilidad social y la justicia contractual, siendo la buena fe un complemento esencial de esta última. La autonomía privada negocial no es un fin en sí misma sino que es un medio al servicio de los derechos y valores esenciales que la integran y a los que se orienta.

En ciertos aspectos advertimos un verdadero *desplazamiento de la autonomía privada negocial* por la buena fe que impone, por ejemplo, *la tutela de la confianza* que inspira cierta conducta, priorizándola a la sacralidad del contrato.

En el proceso de despersonalización y automatismo de las relaciones entre centro de interés en los que las tratativas desaparecieron y lo único que queda son “*conductas concluyentes* de un lado y del otro” seguir pensando en el consentimiento como centro del contrato ya no tiene mucho sentido. Las definiciones tradicionales se vuelven cada vez más insuficientes y se hace famoso el artículo de Irti titulado “Intercambio sin acuerdo” <sup>112</sup> donde se destaca cómo se contrata sin dialogar y el de Oppo titulado “Deshumanización del acuerdo” <sup>113</sup>.

Esta realidad hizo imprescindible ampararse en diversas proyecciones de la buena fe contractual que comienzan por la protección de la confianza, la transparencia, el equilibrio prestacional... en forma objetiva propiciando una transformación de lo que realmente es el contrato dando respuesta a una nueva realidad y las necesidades de la tecnología del siglo XXI.

Especialmente en el ámbito de la relación del consumo se previó priorizar el contenido de la publicidad referente a un contrato asignándole fuerza vinculante e inclusive regulando la misma fuerza vinculante en la oferta al público. La imposición de la buena fe al acuerdo de voluntades surge porque la norma así lo establece. En su vigencia el contrato obliga en ausencia de regulación expresa de determinado tema a lo que razonablemente se hubiera obligado un

contratante en similar situación, actuando con la diligencia y previsión medias, acorde con las exigencias del contrato y con las circunstancias de tiempo y lugar.

No creemos exagerar cuando decimos que en realidad la buena fe es un elemento estructural más del contrato pues conforma su esencia originaria e incide sobre él durante la ejecución y hasta su extinción. Así la buena fe reactiva la figura del contrato marcando su verdadera identidad y alcance.

Ya en otra ocasión sostuvimos que la mejor forma de entender el alcance del derecho civil es comenzar a estudiarlo desde la misma Constitución pues en ella están los fundamentos de varios de sus institutos esenciales como la propiedad, el contrato, la familia, la persona. Entendemos que existe un verdadero *derecho civil constitucional* <sup>114</sup> integrado por principios generales que tienen respaldo concreto en las normas de la Constitución.

Esta Carta Magna se refiere expresamente a los principios generales del derecho en el art. 332 cuando establece que “los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

De aquí se deduce que principios generales como el de la buena fe deben tener incidencia necesariamente en la gestión administrativa pudiendo de su aplicación derivar deberes para la Administración.

Como expresa Gordillo <sup>115</sup> la Constitución no sólo tiene normas jurídicas supremas, también tiene principios jurídicos de especial importancia. Los principios de derecho público contenidos en ese ordenamiento superior son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras la norma es un marco dentro del cual existe cierta libertad, el principio tiene un sentido integral. La norma es límite, el principio es límite y contenido.

El hecho de que la Administración invoque el interés general o actúe en función de la utilidad pública no quiere decir que pueda dejar de lado la moral y el bien común reflejados en la vigencia del principio de la buena fe.

Como bien anota Brito <sup>116</sup>, estas normas son realmente importantes pues consagran normas de intenso contenido ético proclamados por su intermedio con fuerza de derecho positivo. Se erigen en parte de aquel contenido ético mínimo que el derecho recoge de la moral y proclaman en forma indispensable para la convivencia social.

La afirmación de estas categorías morales -normadas positivamente- supone un claro rechazo del relativismo ético y de las posturas propias consecuentes de la moral de situación para postular la sujeción a las reglas de la moralidad objetiva.

La consagración del principio de la buena fe en el derecho positivo revela que el principio de la legalidad no comporta que cuantas controversias puedan surgir en el ámbito de las relaciones administrativas deban resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración sin que tenga cabida la aplicación de la buena fe.

Corresponde reconocer junto con Bidart Campos <sup>117</sup> que no se puede negar la filiación iusprivatista de la buena fe. Este principio si bien nació y se gestó en el derecho privado luego en su desarrollo ingresa al derecho público.

Pensamos que antes que iusprivatista este principio es iusnaturalista y podemos descubrirlo en las raíces de nuestra Constitución precisamente cuando en el art. 72 se alude a los derechos que son inherentes a la personalidad humana y derivan de la forma republicana de gobierno.

Quienes siempre hemos pensado que las fronteras entre el derecho público y el privado nunca estuvieron ni estarán claras constatamos permanentemente una integración mutua o un fenómeno de retroalimentación recíproca que se constata cuando al analizar principios como el de la buena fe se advierte que primero se desarrolla en el derecho privado luego aparece en las raíces de la misma constitución y que es a través de este cuerpo normativo que logra irradiar con fuerza su vigencia en las diferentes ramas del derecho, penetrando vigorosamente en ellas



alineándolo a un mayor respeto e integración a su vez con las normas éticas y de allí el motivo de que este tema brille hasta encandilarnos.

La importancia de este tema determinó que en algunos países como Colombia en un ejemplo a seguir, su Constitución en el art. 83. estableciera ***“las actuaciones de los particulares y de las actividades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”***.

Como principio general del derecho opera en la actualidad en el ámbito del derecho administrativo contractual en una tendencia civilizadora realmente destacada.

El Estado policía fue sustituido por el Estado de derecho en el que gobierna la legalidad pero por cierto no alcanza con la legalidad o el mero respeto de la ley sino que se debe contemplar cómo se actúa con la legalidad. No alcanza con el respeto formal de la ley sino que es imprescindible contemplar hacia dónde se orienta la aplicación de la ley.

Como regla de derecho que debe ser acatada por el Estado está el principio general de la buena fe que orienta lo que debe ser la conducta debida y la buena administración.

Operó como freno a los poderes o prerrogativas implícitas teoría con la que se pretendió justificar cierto despotismo en el Estado de derecho.

Las proyecciones prácticas trascendentes de lo expuesto las enfrentamos cuando constatamos que en ciertos fallos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para justificar por ejemplo, nada menos que la rescisión de un contrato por parte de la Administración se sostiene que esta facultad esta ínsita en todo contrato aun cuando no se pacte expresamente por qué responde al interés general. Se trata de un tema que no se debe discutir pues la Administración tiene ilimitadas facultades para rescindir el contrato: <sup>118</sup> *¿corresponde preguntarnos a la luz de la buena fe, a qué se obliga el Estado cuando se obliga?*

No se puede dudar -se dice- de la potestad de la Administración para proceder por su voluntad unilateral a la rescisión del contrato pues esta facultad está ínsita en el contrato y forma parte de él. No se puede dudar de que la Administración como contratante cuenta con este privilegio en función de la naturaleza pública de la contratación Tal facultad respondería entonces a las características propias del contrato administrativo y a la finalidad que supone actuar en función del interés general.

¿Cómo puede el Estado tener autoridad para pretender el cumplimiento de las obligaciones contractuales cuando él no se siente obligado a cumplir correlativamente pudiéndolas dejar sin efecto cuando no le conviene? ¿Tiene sentido el postulado del art. 10 de la Constitución cuando ordena que “ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe cuando lo que se manda o prohíbe no responde a la norma sino al antojo o conveniencia circunstancial de la administración y no a la objetividad razonable de la legalidad?”.

La conclusión a que llegamos es que si seguimos por el camino que propicia el tribunal, en definitiva, el Estado se esconde en una apariencia de contractualidad en lo que le conviene y cuando no le conviene lo deja de lado lo que es realmente contrario a derecho.

Debemos ser coherentes y respetuosos de los alcances reales del principio de la legalidad o juridicidad y asumir que el Estado sólo puede hacer lo que la ley le permite respetando el orden jurídico en su integralidad. No puede usar del contrato y luego transgredirlo cuando ya no nos sirve.

No existen leyes que le den al Estado facultades de rescindir unilateralmente los contratos cuando éstos no responden a sus intereses.

El Estado debe respetar la fuerza normativa de la Constitución que es de donde surge el necesario respeto del principio de la legalidad y de la buena fe que imponen el respeto de la norma, el acatamiento de lo acordado. Se debe dejar de lado la idea de que el Estado hace con los contratos lo que le venga en ganas según los intereses de turno

El desafío al que quedamos todos convocados y que fue por el que realmente aventuramos la realización de estos estudios es el de asumir todos -el Estado y los particulares- que estando vigente el principio de la legalidad o de juridicidad y de la buena fe con respaldo constitucional en los contratos administrativos no puede reinar la anarquía escondida en la invocación de la tutela del interés general.

## 21. Conclusiones

1. En dos normas de igual jerarquía, el codificador al mismo tiempo nos dice que se debe respetar la fuerza vinculante del contrato y que los contratos se deben ejecutar de buena fe y, en consecuencia, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la equidad, el uso o la ley, art. 1291 C.C..

2. Así la fuerza vinculante y la buena fe no están sometidas o sobrepuestas sino operan en forma interdependiente y se interaccionan mutuamente.

3. La función integradora de la buena fe no es una construcción doctrinaria sino un imperativo legal que presupone un fenómeno de delegación al juez para que adecue o integre el contrato con remisión que el mismo codificador hace a estándares jurídicos o normas en blanco o criterios genéricos como lo es el de la misma buena fe.

4. Invocando la buena fe no se puede desvirtuar lo acordado si ello está dentro de lo protegido por el orden jurídico.

5. Invocando la buena fe se deben evitar excesos, desequilibrios, incoherencias, falta de previsión de las partes.

6. Cuando el juez emplea estas facultades dadas por el codificador no actúa arbitrariamente sino discrecionalmente, o sea, en forma fundada.

7. La integración se debe respaldar en elementos que la misma norma le marca:

a. La consideración de la naturaleza del contrato;

b. Las circunstancias del caso, tiempo, lugar, usos;

c. Los principios generales como la buena fe que forman parte del orden jurídico y del mismo contrato;

d. Operan las máximas de la experiencia la sana crítica y el criterio de lo razonable.

Estos términos indeterminados no deben ponernos nerviosos pues no existe ninguna denuncia a un juez por abuso de la utilización de pautas de buena fe.

8. Llegada la hora de tener que encarar la resolución de asuntos imprevistos y adecuar el contrato, la buena fe no sólo marca pautas de integración sino que a través del deber de colaboración traducido en la necesidad de hacer los mejores esfuerzos para una renegociación propicia a que sean las mismas partes las que en primer lugar resuelvan qué hacer con lo imprevisto.

9. La buena fe es como el “Espíritu Santo” que está en todos lados pero nadie lo ve.

a. Antes, durante y aun después del contrato regula la conducta de las partes;

b. Marca una huella de presencia notable en el contrato cuando:

- Para proteger a la persona asume la forma de obligación de seguridad.

- Para evitar abuso se convierte en la esencia misma del concepto de cláusula abusiva.

- Para imponer conductas coherentes se presenta como teoría de los actos propios.

- Para evitar excesos y desequilibrios aparece detrás de la teoría del exceso del sacrificio justificando la inexigibilidad de ciertas prestaciones.

- Para lograr las conductas debidas impone el deber de colaborar para que la prestación se pueda cumplir eficazmente.

10. Por este camino se logra, en definitiva, en todas partes del mundo y casi naturalmente que el contrato se adapte a las nuevas exigencias; se logra que la norma, la voluntad de las

partes y los valores esenciales contribuyan a la existencia de un contrato que deja de ser un instrumento de explotación dentro de la legalidad.

11. No se está ante el encuentro de dos buitres que se sacan pacíficamente los ojos sino ante dos personas que saben que deben colaborar mutuamente entre sí para lograr los intereses correlativos.

Concluyo con palabras de don José Luis de los Mozos cuando decía: “Acudiendo a la buena fe tanto las partes como el juez gozan de mayor libertad para restablecer el equilibrio contractual dentro de la legalidad”.

#### Notas:

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay, pronunciado el 27 de noviembre de 2007.

<sup>1</sup> IRTI, *Revista Trimestral de Diritto e Procedura Civile*, 1988, pág. 347 y ss..

<sup>2</sup> BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1989, t. I, pág. 71.

<sup>3</sup> PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, París, 1926, t. VI, n. 379.

<sup>4</sup> MARTINS COSTA, *A boa fe no direito privado*, San Pablo, 2000, pág. 273.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1983, págs. 18 y 40.

<sup>6</sup> TRAZEGNIES, “Desacralizando la buena fe en el derecho”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, 2004, t. II, pág. 25.

<sup>7</sup> DE LOS MOZOS, voz “Buena fe” en *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1996, pág. 789.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, pág. 173.

<sup>9</sup> WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1986.

<sup>10</sup> GAMARRA, *Tratado*, t. XVIII, pág. 302.

<sup>11</sup> LARENZ, ob. cit., pág. 145.

<sup>12</sup> WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1977, pág. 29.

<sup>13</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005, pág. 78.

<sup>14</sup> DANS, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1931, pág. 195.

<sup>15</sup> BETTI, *La interpretación*, ob. cit., pág. 24.

<sup>16</sup> SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Colombia, 1983, pág. 242.

<sup>17</sup> ALPA-BESSONE, *Elemento di diritto civile*, Milán, 1990, págs. 290 y 291.

<sup>18</sup> SACCO, “L’integrazione” en *Trattato de diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, Torino, 1982, t. X, pág. 472.

<sup>19</sup> RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, pág. 225.

<sup>20</sup> FRANZONI, “La buena ley equidad como fuente de integración” en la obra *Estudios sobre el contrato en general*, Perú, 2004, pág. 693.

<sup>21</sup> ROPPO, ob. cit..

<sup>22</sup> BETTI, ob. cit., t. I, pág. 103.

<sup>23</sup> VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1999, t. I, pág. 104.

<sup>24</sup> ALPA, “El contrato en el derecho italiano actual” en la obra *Estudios sobre el contrato en general*, Perú, 2004, pág. 139.

<sup>25</sup> GAMARRA, *Integración del contrato con la buena fe*, ADCU, t. 37, pág. 628.

<sup>26</sup> GAMARRA, *Tratado*, t. XVIII, pág. 295.

<sup>27</sup> VON THUR, *Teoría general del derecho civil alemán*, Madrid, 1934, t. II, vol. 1, pág. 550.

<sup>28</sup> RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 1989.

<sup>29</sup> BETTI, ob. cit..

<sup>30</sup> BALLESTEROS, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, pág. 165 y ss..

<sup>31</sup> Obra citada en nota anterior, pág. 194.

<sup>32</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2000, pág. 206.

<sup>33</sup> ROPPO, “Il contratto” en *Trattato di diritto privato*, a cargo de Iudica Zatti, Milán, 2001, pág. 913.

<sup>34</sup> VETTORI, *Codice del consumo*, Milán, 2007, pág. 232.

<sup>35</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, ob. cit., pág. 206.

<sup>36</sup> VETTORI, ob. cit., pág. 233.

- <sup>37</sup> RESCIGNO, “El principio de eguaglianza nel diritto privato”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, pág. 1519.
- <sup>38</sup> MESSINEO, *Il contratto in generale*, t. I, pág. 47.
- <sup>39</sup> FLUME, ob. cit., pág. 33.
- <sup>40</sup> GAMARRA, “Tendencia hacia la objetivización...”, ob. cit., pág. 51.
- <sup>41</sup> LORENZETTI, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, 1995, pág. 98.
- <sup>42</sup> VERGEL PAOLANTONI, “Abuso de la posición dominante y abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 16, pág. 14.
- <sup>43</sup> DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada de ilícito concurrencial*, Madrid, 2001, pág. 35.
- <sup>44</sup> GAMARRA, *Imprevisión y equivalencia en los contratos*, pág. 15.
- <sup>45</sup> GAMARRA, pág. 23.
- <sup>46</sup> GAMARRA, ob. cit., pág. 29.
- <sup>47</sup> GAMARRA, ob. cit., pág. 50.
- <sup>48</sup> GAMARRA, ob. cit., pág. 60.
- <sup>49</sup> GAMARRA, ob. cit., pág. 24.
- <sup>50</sup> GAMARRA, “Tendencia hacia la objetivización del contrato. Equilibrio contractual” en *Revista Crítica de Derecho Privado*, t. III, pág. 52.
- <sup>51</sup> GAMARRA, ob. cit., pág. 53.
- <sup>52</sup> BLENGIO, “El principio del equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica”, ADCU, t. XXXV, pág. 571.
- <sup>53</sup> FERNÁNDEZ, “La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia”, ADCU, t. XXXVI, pág. 553.
- <sup>54</sup> FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 561.
- <sup>55</sup> FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 557.
- <sup>56</sup> FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 560-561.
- <sup>57</sup> BLENGIO, “Incidencia del principio de igualdad en la contratación privada” en *Revista de Derecho*, n. 6 de la Facultad de Derecho de la UCUDAL, pág. 111.
- <sup>58</sup> BLENGIO, ADCU, t. XXXV, pág. 582.
- <sup>59</sup> ROPPO, *Tratado del contrato*, t. II, Milán, 2007, pág. 143.
- <sup>60</sup> GAMARRA, pág. 51.
- <sup>61</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2006, pág. 198.
- <sup>62</sup> VISINTINI, *Tratado la responsabilidad civil... cit.*
- <sup>63</sup> ARCE Y FLORES VALDÉS, *El derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, pág. 30.
- <sup>64</sup> LARENZ, *Derecho civil*, pág. 99.
- <sup>65</sup> ALPA, *I principi generali*, Milán, 1993, pág. 269.
- <sup>66</sup> LARENZ, *Derecho justo*, pág. 91.
- <sup>67</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2001, pág. 187.
- <sup>68</sup> WEINGARTEN, *La confianza en el sistema jurídico*, Cuyo, 2002, pág. 23.
- <sup>69</sup> LARENZ, ob. cit., pág. 95.
- <sup>70</sup> WEINGARTEN, ob. cit., pág. 51.
- <sup>71</sup> CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, n. 19, pág. 54.
- <sup>72</sup> SANTORO PASSARELLI, *Doctrina general del derecho civil*, pág. 277.
- <sup>73</sup> JOSSERAND, *Derecho civil*, t. II, vol. 1, n. 512.
- <sup>74</sup> GHESTIN-GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I, París, 1982, pág. 696.
- <sup>75</sup> FALZEA, “Apparenza”, *Enciclopedia del diritto*, t. II, Milán, 1958, pág. 700.
- <sup>76</sup> BUSTO PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pág. 107.
- <sup>77</sup> WEINGARTEN, ob. cit., pág. 57.
- <sup>78</sup> GHESTIN-DESCHE, *Traité des contrats. La vente*, París, 1980, pág. 183.
- <sup>79</sup> ALTERINI, “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza” en la obra *Derecho de daño*, Buenos Aires, 1992, pág. 546.
- <sup>80</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, “El contrato en el año 2000: protección de la confianza e integración de la publicidad al contrato”, *Anales del Foro*, n. 125, Montevideo, 1996.
- <sup>81</sup> ALTERINI, ob. cit.
- <sup>82</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Derecho del consumo*, pág. 94.
- <sup>83</sup> TRABUCCHI, *Instituciones de derecho civil*, pág. 209, n. 85.
- <sup>84</sup> FULLER PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la apariencia*, Madrid, 1958; LADARIA CALDENTEI, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 145.
- <sup>85</sup> LIMA MÁRQUEZ, *Contrato de servicio a los consumidores*, Santa Fe, 2005, pág. 46.

- <sup>86</sup> JOSSEAND, *Derecho civil*, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. 1, pág. 393.
- <sup>87</sup> BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, pág. 71.
- <sup>88</sup> BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1975, págs. 82 y 394; RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 1989, pág. 52.
- <sup>89</sup> CARUSI, voce “Correttezza” en *Enciclopedia del Diritto*, t. X, Milán, 1962, pág. 710.
- <sup>90</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, “Interpretación del contrato en el régimen uruguayo” en la obra *Contratación contemporánea*, Perú, 2001, pág. 347.
- <sup>91</sup> GRASSETTI, voce “Conservazione” en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, pág. 172.
- <sup>92</sup> AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, 2003, pág. 377.
- <sup>93</sup> DE LOS MOZOS, “La conversión del negocio jurídico” en obra *Homenaje a Bueres*, Buenos Aires, 2001, pág. 785 y ss..
- <sup>94</sup> DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 498
- <sup>95</sup> CAFFARO, “El instituto de la conversión del negocio jurídico nulo en el derecho positivo nacional” en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 73, pág. 7 y ss..
- <sup>96</sup> AREZO PIRIZ, “La conversión del negocio jurídico nulo” en *Revista de la Asociación de Escribanos*, t. 72, pág. 151 y ss..
- <sup>97</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, t. III, vol. 2, pág. 287.
- <sup>98</sup> *Anales de Jurisprudencia Uruguaya*, t. I, vol. I, N° 26, pág. 97.
- <sup>99</sup> D’ANGELO, “Contratto e operazione economica” en la obra de ALPA BESSONE, *I contratti in generale*, Turín, 1998, pág. 257 y ss..
- <sup>100</sup> RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 1969, pág. 104.
- <sup>101</sup> ROPPO, *Tratato*, ob. cit., t. II, pág. 251.
- <sup>102</sup> GALGANO, *Diritto civile e commercial*, Milán, 2004, t. II, pág. 637.
- <sup>103</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Lecciones*, t. III, vol. 2, págs. 214 y 236.
- <sup>104</sup> TOMASINI, “Nulità” en *Enciclopedia de Diritto*, t. XXVIII, Milán, 1978, pág. 871.
- <sup>105</sup> BETTI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, págs. 176 y 177.
- <sup>106</sup> GHESTIN, ob. cit., n. 490, pág. 440.
- <sup>107</sup> ORDOQUÍ CASTILLA, *Buena fe contractual*, pág. 108.
- <sup>108</sup> ALPA, *I principi generali*, Milán, 1993, pág. 296.
- <sup>109</sup> GHESTIN, ob. cit., n. 187, pág. 144.
- <sup>110</sup> PORTALIS, *Discorso preliminar*, n. 84.
- <sup>111</sup> GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat, formation*, París, 1988, pág. 154.
- <sup>112</sup> IRTI, “Scambi senza acordó” en *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, 1988.
- <sup>113</sup> OPPO, *Disumanizzazione del contratto Rivista di diritto civile*, 1998.
- <sup>114</sup> Ver ORDOQUÍ CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, Montevideo, 1997, t. I, pág. 9.
- <sup>115</sup> GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1998, t. I, *Parte General VI*, n. 36.
- <sup>116</sup> BRITO, *Derecho administrativo. Permanencia. Contemporaneidad. Perspectiva*, Montevideo, 2004, pág. 394.
- <sup>117</sup> BIDART CAMPOS, “Una mirada constitucional al principio de la buena fe”, en la obra *Tratado de la buena fe*, dirigida por M. Córdoba, en *El Derecho*, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 45.
- <sup>118</sup> ADLA, t. VIII, n. 302, Sent. N° 243 de 2/4/97; ADLA, t. X, c. 195; Sent. N° 3 del 1/11/01.

## **HOMENAJES**

## HOMENAJE AL DR. ALFREDO FRAGUEIRO

-realizado el día 22 de mayo de 2007-

*Palabras pronunciadas por el Sr. Presidente honorario, Dr. Olsen Ghirardi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

Señor presidente, señor presidente honorario, señoras y señores académicos, señoras y señores:

Personalmente, creo que los pueblos que no honran a sus maestros no tienen futuro. En el Instituto de Filosofía del Derecho, perteneciente a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se ha honrado a intelectuales insignes de la especialidad y hoy continuamos con esa práctica, que es también la de la Academia, esta vez como homenaje al que fuera profesor Dr. Alfredo Fragueiro. Coincidentemente, se ha hecho llegar a mi domicilio, por gentileza del Dr. Luis Rueda, la copia certificada del acta cuya lectura realizaré:

“En la ciudad de Córdoba a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil siete, reunidos en Acuerdo el señor Presidente de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial, Dr. Abel Guillermo Sánchez Torres, el señor Vicepresidente Dr. Ignacio María Vélez Funes y los señores Jueces de Cámara Dres. Luis Roberto Rueda, Humberto J. Aliaga Yofre y Gustavo Becerra Ferrer, encontrándose ausente el señor Juez Dr. José Alejandro Mosquera; tomaron en consideración las actuaciones caratuladas “Señores Magistrados de la Circunscripción s/ pedido de denominación del aula de la Escuela de Capacitación como “doctor Alfredo Fragueiro” (Expte. de Superintendencia Nº 4/”S”/2007), y dijeron: “Que este cuerpo comparte las expresiones de los señores magistrados al solicitar la denominación de Dr. Alfredo Fragueiro al aula de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, toda vez que ello constituye un merecido reconocimiento al destacado Jurista Cordobés, cuyas enseñanzas en Filosofía del Derecho, como docente en la Universidad Nacional y Católica de Córdoba, y sus fallos como miembro del Tribunal Superior de Justicia, aun resultan perdurables, habiendo alcanzado no solamente un reconocimiento nacional sino, también, a nivel internacional, como reseña el Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de esta ciudad y discípulo del nombrado, Dr. Olsen A. Ghirardi, en su trabajo “El último Fragueiro”, y, desde que sus obras fueran citadas por juristas como Luis Récasens Siches, Luis Legaz y Lacambra, Giorgio del Vecchio y Ruggero Meneghelli, entre otros. Estas sucintas ponderaciones, incluida la circunstancia de haber sido el Decano Fundador de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, de la cual fuera apartado, devienen en procedente adjudicar al espacio áulico de mención, el nombre de Dr. Alfredo Fragueiro, en el entendimiento de que ello en nada desmerece las calidades éticas e intelectuales de otros jueces, juristas y estudiosos del Derecho y la Filosofía que emergieran, conforme nuestra Historia, de esta Provincia de Córdoba, RESOLVIERON: Imponer el nombre de “Doctor Alfredo Fragueiro” al Aula de Capacitación Judicial ubicada en el piso número trece de este Edificio. Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando se comunique y registre en el libro correspondiente por ante mí, que doy fe”.

Muchas gracias señores miembros de la Excma. Cámara Federal de Córdoba. Es éste un reconocimiento que queremos valorar. Personalmente, me siento orgulloso de que esa aula, que sirve de ambiente para facilitar el estudio de las ciencias jurídicas, filosóficas y sociales a los interesados en esas disciplinas, lleve el nombre de tan ilustre profesor de Córdoba.

Quiero resaltar la presencia en este recinto del Dr. Alberto Caturelli y su señora esposa. El Dr. Caturelli nos ha dejado en uno de sus últimos libros, *Historia de la Filosofía en Argentina* (desde el año 1600 al 2000), una historia filosófica impresionante, que es realmente una muestra indeleble, a la vez, de la profundidad de sus conocimientos, y de la riqueza de la realidad intelectual argentina. En esa obra, he leído, precisamente en estos días, esas ocho páginas que le dedica a Alfredo Fragueiro; ellas son el mejor resumen, en tan poco espacio, de la filosofía del Dr. Alfredo Fragueiro, que yo he conocido.

No voy a hablar ahora de la filosofía del Maestro, que he tratado de sintetizar en una breve publicación de dos conferencias. Simplemente, hablaré, como ex alumno, como discípulo y como testigo de una serie de acontecimientos. Algunos de ellos, que voy a recordar, espero que no se repitan más, y, de otros, deseo que tengamos plurales repeticiones.

Yo le conocí en el año 1944 cuando él tenía 45 años y dictaba sus clases de Introducción a la Filosofía en el Instituto de Filosofía (no era Facultad todavía) en un edificio de la avenida General Paz número 120, en un primer piso, que hoy ya no existe. Recuerdo que se accedía a esa parte alta por una vieja escalera de madera, cuyos escalones de la parte media emitían un audible crujido. Al llegar nos recibía un antiguo reloj, que llevaba una siniestra leyenda en latín: *Vulnerant omnes, ultima neecat* (Todas vulneran, la última mata). Nuestra juventud hacía caso omiso de la verdad de las horas y, ahí nomás, se accedía al aula magna, un humilde salón que daba sobre la Avenida General Paz y, hacia el patio, en el lado opuesto, dictaba sus clases Alfredo Fraguero. Tenía un don: era claro, tremendamente claro en su exposición filosófica. Por unanimidad era ésta una verdad reconocida por las 27 alumnas y los tres alumnos del curso. Recuerdo, especialmente, a Tomás Marull (rosarino), Manuel Ferrer (riocuartense) y quien habla, recién llegado de San Francisco, iniciado ya en las cuestiones filosóficas por las clases que había recibido de don Manuel Gonzalo Casas.

Las clases de los sábados de Fraguero tenían un especial sabor. Se dictaban a las 17 horas y asistían, aparte de nosotros sus alumnos, personas de ambos sexos mayores. Alguien decía que el episodio le recordaba la Universidad de la Sorbona -seguramente que el símil era mencionado para darse pisto- cuando Henri Bergson dictaba sus clases: acudía mucha gente sólo por el placer de escucharle, sin seguir regularmente un curso.

Sea lo que fuere, el gesto de Fraguero era austero, sin inspirar temor o recelo en sus alumnos. Pero sí se advertía en él la autoridad del maestro, del verdadero maestro, que no necesitaba del gesto altivo para inspirar respeto.

Recuerdo cuando nos hablaba de la fenomenología de Husserl y sonaban al atardecer las campanas de Santo Domingo y luego las de la Merced, y Fraguero nos explicaba cómo se aprehende el sonido de cada una poniendo entre paréntesis los objetos. Veo aun su rostro dirigido hacia el patio, como oyendo el sonido, lo que hacía que todos mirásemos hacia afuera, en pleno silencio, salvo el tañido regular, como llamando a la oración.

Ya en ese año de 1944, Fraguero tenía varios libros escritos. Su paso por las aulas de la Facultad de Derecho le había dado seguridad pues, siendo aun profesor suplente (denominación de la época), se encaminaba hacia la titularidad de la Cátedra de Filosofía del Derecho. El Instituto de Filosofía se había creado en el año 1934 y fue Fraguero quien pronunciaría el discurso inaugural, como después lo haría como decano al transformarse el Instituto en Facultad.

Fue Fraguero suplente de Enrique Martínez Paz, en la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Facultad respectiva. Caturelli ha llamado la atención sobre este período en el que advierte cierta influencia kantiana. No es de extrañar, entonces, dado su titular y el hecho de que en el año 1924 se cumplía el bicentenario del nacimiento de Manuel Kant. Por esos años, todo el mundo filosófico se volcó hacia el estudio de Kant, lo que produjo una inundación de trabajos y artículos, en libros y revistas, acerca de la filosofía kantiana.

Los alumnos de Introducción a la Filosofía tuvieron la atención de su profesor, que escribió su manual. Dictaba también metafísica en el tercer curso; en este último caso, el manual no llegó a concretarse. Francisco Suárez, a quien seguía bastante al pie de la letra en esta época, le había deslumbrado. Sus clases tenían, por consiguiente, la remembranza del jesuita español de quien gustaba repetir los ejemplos que se encuentran en sus *Disputaciones*.

Fraguero, más que filósofo, fue un metafísico del derecho. Tenía especial predilección por las cuestiones sutiles y cosechó un prestigio internacional en función de su vocación metafísico-jurídica.

Recuerdo que en el año 1961, con motivo del Congreso Extraordinario de Filosofía, realizado en San José de Costa Rica, conocí al notable filósofo del derecho y sociólogo español, Luis Recasens Siches, que, por aquel entonces se había exiliado en México. Al preguntarme de



dónde venía yo y, al enterarse de mi origen cordobés, exclamó: “¡la Patria de Alfredo Fraguero, el solitario de Córdoba!”. Hacía, así, una doble referencia: conocía a nuestro maestro, por su indudable prestigio y, por otra parte, le calificaba como quien tenía una actitud especial en su quehacer filosófico. Su libro sobre *La analogía del derecho* fue, precisamente, al aparecer en la década de los años cincuenta del siglo XX, un hito capital en el orden de su pensamiento.

Fraguero fue conocido internacionalmente y mencionado por muchos autores. Como ejemplo de ello, anotamos: el profesor de la Universidad de Roma, Giorgio del Vecchio, en su obra *Filosofía del derecho* (Barcelona, Bosch, 1963, 8ª ed., pág. 238) cita el libro antes mencionado, como así los artículos: “Il fondamento sociologico nel pensiero diuridico di L. Duguit”, publicado éste en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* (Roma, 1929), “La justicia en el idealismo crítico” (1928), “El positivismo jurídico contemporáneo” (1929) y “El derecho natural en la obra de F. Geny” (1931).

Si queremos hacer una rápida mención de quienes le conocieron en el orden internacional, anotamos: Luis Recasens Siches le menciona en su *Tratado general de filosofía del derecho*, 3ª ed., México, Porrúa, 1965, págs. 35 y 373; Luis Legaz y Lacambra, en *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1972 (nota de la página 806); Ruggero Meneghelli, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1975; Jean-Marc Trigeaud, en la obra *Droits Premiers*, Bordeaux, Bière, 2001, entre otros.

Casi anecdótico podría calificarse el hecho de que en mi visita de unos breves días a la Universidad de Kansas (U.S.A.) pudiera consultar el discurso que Fraguero pronunciara al inaugurarse la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba (año 1946).

En los años cincuenta del siglo XX, Fraguero dictó los cursos de la carrera de investigadores de Filosofía del Derecho (duraba seis años), cursos que se dictaban en el edificio Stabio de nuestra ciudad y que seguí fielmente hasta culminarlos. Con el diploma final se acreditaba que se había cumplido la carrera docente respectiva.

Fraguero dividió su tiempo entre la docencia y el ejercicio de la magistratura judicial en la que llegó a ser miembro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en cuyo ministerio dictó fallos señeros, como el que citáramos en nuestra obra *Lógica del proceso judicial* (caso N° 2, autos: “Vera, Luis Argentino”, pág. 134), como ejemplo de las relaciones de la ciencia de la lógica con las disciplinas jurídicas.

Los quebrantos constitucionales que el país sufrió le marcaron de manera indeleble. El año 1955 le significó ir en busca de la calle al que fuera el primer decano de nuestra Facultad de Filosofía. Perdió sus cátedras universitarias y jamás quiso volver a la Universidad Nacional, tan hondo había calado la herida. Cuando le ofrecimos volver -muchos años después- nos dijo que era demasiado tarde. Sólo aceptó ser designado profesor extraordinario de la Universidad, pero permaneció en la penumbra.

Preocupado por el hombre, inspirado por la enseñanza de P. Teilhard de Chardin, escribió acerca de la despersonalización, en páginas apenas reconocibles si se las compara con su obra anterior. Permanecía en él, no obstante, su gran amor por la naturaleza. Hizo donación a la Universidad Nacional de su colección de minerales, que, pacientemente había recogido a lo largo de su vida.

Es cierto que, arrojado de la Universidad Nacional, se refugió en la Universidad Católica -cosa que muchos de nosotros imitamos- y fue fundador de la Cátedra de Filosofía del Derecho. Para mí fue un honor sucederle en la década de 1970, y no sólo eso, saber que él había sugerido ese criterio.

Personalmente, no tengo sino agradecimientos para este educador, de mirada profunda, de conceptos claros en las cuestiones filosóficas más sutiles. No hay duda alguna acerca de sus aportes en la materia. ¡Cuántas veces me había comentado acerca de los problemas que planteaba a los alumnos la aprehensión de la materia! ¡Cuántas veces me había confiado las dificultades de su enseñanza! ¡Cuántas veces me había indicado que debíamos ser tolerantes y pacientes en la explicación de los temas!

Jamás le oí una queja sobre las vicisitudes de la docencia universitaria en el siglo que pasó. Las idas y venidas de los gobiernos, los golpes institucionales de 1930, 1943, 1955, 1966, etc., de los cuales nadie fue del todo inocente, fueron soportados por él en la austeridad y en la resignación.

Quizá el amor a la naturaleza, a la música, y a la filosofía, fueron un consuelo en la casi absoluta soledad de su pensamiento.

El homenaje póstumo que hoy le rendimos es un justo reconocimiento a quien enseñó el amor a la ley a varias generaciones.

Muchas gracias a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y a todos los presentes.

Nada más.

\*\*\*

*Palabras pronunciadas por el Prof. Gustavo E. Funes, en representación del Colegio Nacional de Monserrat*

*Autoridades, señores académicos, damas y caballeros:*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en su recordación y homenaje al doctor Alfredo Fragueiro, decidió hacer partícipe del mismo al Colegio Nacional de Monserrat; el señor rector del Colegio, licenciado Héctor Martínez, me ha distinguido al disponer por Resolución 166/07 haga uso de la palabra en esta circunstancia en nombre de él.

Alfredo Fragueiro nacido en la ciudad de Río Cuarto, el 4 de junio de 1899, cursó estudios secundarios en el Monserrat; se distingue con nítidos perfiles y vive un liderazgo natural, siendo elegido por sus condiscípulos presidente del Club de Estudiantes.

Egresó como abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1926; en 1935 fue designado profesor de Filosofía en el Monserrat en la vacante dejada por el Dr. Manuel Río. En octubre de 1936 recibe en la universidad pronunciando las palabras pertinentes en trascendente ocasión a Jacques Maritain.

Enseñó filosofía del derecho por largos años en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad y también dictó Cátedra de Derecho Natural en la Universidad Católica de Córdoba.

Siendo rector de la Universidad Nacional de Córdoba, el Dr. Olsen Ghirardi, uno de sus alumnos que siguió profundizando y en búsqueda de la *Verdad* y la *Justicia*, le designó profesor honorario de ésta.

Conociendo a Fragueiro, abogado, docente, músico, aficionado a la mineralogía y todo lo que fuere manifestación de la cultura, que en todos sus actos manifiesta un profundo respeto por el prójimo, habiendo tenido el honor como docente de formar parte como miembro del Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. Alfredo Fragueiro” de nuestra Facultad de Derecho, aprendiendo allí de maestros que fueron sus alumnos, *asistimos a este acto con sentido de pertenencia*, como hombre de derecho, como docente que fui de derecho natural en la Universidad Católica de Córdoba, como alfarero de la Casa de Duarte y Quirós que no dudamos nutrió a Fragueiro del humanismo que al decir de Pedro José Frías nos permite discernir y elegir.

Alfredo Fragueiro nacido en el siglo XIX, alumno y docente del Monserrat en el siglo 20, hoy en el siglo 21 le rendimos homenaje por iniciativa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cuyo primer presidente fue alguien entrañablemente unido al Monserrat, que dictó Cátedra de Lógica e Historia de la Civilización en el mismo, el Dr. Sofanor Novillo Corvalán que ocupó como tal el sillón “Dalmacio Vélez Sársfield”, otro ilustre monserratense.

Cabe agregar que Novillo Corvalán fue creador como rector de la Universidad, del Instituto que fue semilla nutricia de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la que Fragueiro fue

decano; por añadidura digamos que en junio de 1934 se inauguró el Instituto de Filosofía, allí disertó Fragueiro.

En nombre de la Casa que fue luz y forja de muchos destacados catedráticos de nuestra Universidad, de la institución de la República que en este año 2007 avanza hacia los 320 años de vida institucional y cumple 100 años de pertenencia a la Universidad, damas y caballeros, en estos días de exitismo y descarte, honremos a Fragueiro que tan intensamente vibró por la vida y la libertad, luchemos por los principios esenciales, aquéllos que han estado siempre y que siempre estarán, el surco y la madera, el fuego y la oración, agradezcamos al motivo creador el hecho de vivir este momento de especial recordación a un Maestro. Nada más.

\*\*\*

*Palabras pronunciadas por el Sr. decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y miembro de número, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira.*

Como decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, constituye para mí un enorme honor participar en este acto académico de homenaje a la memoria del doctor Alfredo Fragueiro, a quien hoy recordamos en esta Corporación.

El doctor Alfredo Fragueiro nació en la ciudad de Río Cuarto, provincia de Córdoba, el 4 de junio de 1899.

Hijo de don Carlos Julio Fragueiro y doña Justa Tissera fue un hombre enlazado a la historia de la misma Universidad Nacional de Córdoba desde sus tempranos estudios. Su formación comenzó en el histórico Colegio Nacional de Monserrat. Más tarde, Alfredo Fragueiro inició sus estudios de derecho en la Facultad de Derecho, donde se graduó de abogado.

En 1928 publica un notable trabajo de investigación titulado *La justicia en el idealismo crítico*.

Su formación universitaria culminó en 1929, cuando obtuvo el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, al defender su tesis doctoral titulada "*El positivismo jurídico contemporáneo. Exposición y crítica de la doctrina jurídica de León Duguit*" presentada a la Facultad de Derecho el día 10 de junio de 1929 según consta a fs. 111 del tomo 123, año 1929 de "*Asuntos Resueltos*" del Archivo de dicha Facultad <sup>1</sup>.

Los miembros del tribunal, los doctores Enrique Martínez Paz, Raúl Orgaz, José M. Martinoli, Santiago F. Díaz y Luis G. Martínez Villada presentaron sus votos el día 6 de noviembre de 1929 que resolvieron la aprobación del trabajo de tesis doctoral presentado.

En su mérito, la Comisión de Enseñanza aconsejó por unanimidad, extender el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, el 7 de octubre de 1929, dictamen que a su vez hizo suyo el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, por voto unánime de sus miembros, pronunciado el 15 de octubre de ese mismo año en la sesión respectiva del Consejo.

La tesis fue publicada por la Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba durante ese mismo año.

Integró, como solía ocurrir con los más brillantes aportes de la comunidad universitaria, los números 3 y 4 de la *Revista de la Universidad* correspondientes a los meses de mayo y junio de 1929 (Año XVI de dicha prestigiosa publicación).

Fue Fragueiro un incansable y generoso maestro, dispuesto siempre a brindar a sus discípulos el tesoro de sus consejos, la inagotable riqueza de su vida y su paternal y afectuoso aliento para orientar y dirigir incesantemente nuevas líneas de estudio y de investigación en el área de su especialidad, la filosofía jurídica.

Entre los años 1928 a 1946 se desempeñó como profesor suplente del doctor Enrique Martínez Paz en la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Colaboró con numerosos artículos en el Diario Tribuna durante los años 1928 y 1929.

En 1934, por iniciativa del entonces rector Sofanor Novillo Corvalán, se creó el Instituto de Filosofía, del cual formó parte desde su fundación, disertando en su acto inaugural <sup>2</sup>.

A partir de 1940, dictó en este instituto, las asignaturas: Introducción a la Filosofía y Metafísica.

Cabe recordar que dicho Instituto se transformó años más tarde, más precisamente en 1946, en Facultad de Filosofía, en la que se desempeñó como su decano fundador.

Fue, catedrático de Introducción a la Filosofía y Metafísica en esa unidad académica.

El 1º de octubre de 1936, el doctor Fragueiro pronuncia el discurso de presentación del famoso filósofo francés Jacques Maritain quien con su prédica constante defendió los valores del humanismo cristiano y una concepción pluralista, basada en un humanismo integral que se oponía a toda forma de totalitarismo de Estado.

En tal oportunidad sostuvo: *“Jacques Maritain, maestro insuperable, filósofo eminente, metafísico profundo, ocupa hoy esta cátedra de filósofos y juristas por lo que la unción y la sabiduría que brotaran de sus palabras han de quedar eternamente impresas en el espíritu de esta casa de estudios tan propensa siempre por gloriosa tradición y herencia temperamental al culto intelectual de lo abstracto y metafísico”* <sup>3</sup>.

Se destacó, además, como docente de Filosofía en el Colegio Nacional de Monserrat.

Fue catedrático de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba entre 1946 y 1955.

En 1972 fue nombrado “Profesor Honorario” de la Universidad Nacional de Córdoba.

Además, fue profesor de derecho natural en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba desde su fundación, hasta su fallecimiento, lo que demuestra acabadamente la inquebrantable voluntad del doctor Fragueiro de trabajar hasta el último aliento.

Fue autor de numerosos y calificadísimos trabajos en el campo de la filosofía del derecho entre los que se destacan:

- La justicia en el idealismo crítico, Córdoba, 1928.
- El positivismo jurídico contemporáneo. Exposición y crítica de la doctrina jurídica de León Duguit, Córdoba, 1929 (tesis doctoral).
- Il fondamento sociologico del diritto nel pensiero di León Duguit, Roma, 1931.
- El derecho natural en la obra de F. Geny, Córdoba, 1931.
- Libertad y autoridad. Bases para una distinción entre ciencia y técnica del Estado. (impresa por la Universidad Nacional de Córdoba en 1933)
- El intuicionismo bergsonianiano en la Filosofía del Derecho, Córdoba, 1936.
- El derecho natural de contenido progresivo, Córdoba, 1939.
- El derecho natural de contenido variable, Córdoba, 1940.
- Una especulativa jurídica. Ensayo gnoseológico, Córdoba, 1941.
- El derecho natural y el Estado totalitario, Córdoba, 1942.
- Introducción a los problemas de la filosofía (preliminares -Gnoseología- Primera parte) 1943 (manual para sus alumnos de la Cátedra de Filosofía).
- Aberraciones teóricas del normativismo jurídico de Hans Kelsen, Buenos Aires, 1943.
- Reflexiones críticas sobre el concepto y el juicio en el formalismo kantiano, Córdoba, 1944.
- La libertad en relación a la persona y a la personalidad, Córdoba, 1944.
- Civilización y cultura, Córdoba, 1944.
- El problema de la libertad de Leibniz, Córdoba, 1946.

- Introducción a los problemas de la filosofía, Córdoba, 1947.
- De las causas del derecho. Ensayo metafísico, Córdoba, 1949.
- Naturaleza jurídica de la relación en los derechos reales, Córdoba, 1951.
- La analogía del derecho, 1952.
- Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sársfield. Naturaleza jurídica de la relación de los derechos reales, 1950.
- Estructuralismo y despersonalización, (su último libro, publicado en 1974).

Cabe una mención especial por su labor en su desempeño como magistrado, habiendo alcanzado el cargo de vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Falleció en la ciudad de Córdoba, el 13 de junio de 1975, a los 76 años de edad.

Nos ha dejado la memoria de un docente ampliamente abocado a su labor, un docente apasionado por la enseñanza, que unía la belleza de sus exposiciones, el talento de un estudioso y la pasión de un verdadero maestro. Quisiera que el luminoso recuerdo del homenajeado guiara siempre la labor de los jóvenes que ingresen a nuestras aulas con el decidido propósito de espigar en el fértil campo de la filosofía jurídica.

Que la memoria imborrable y el ejemplo señero del doctor Alfredo Fragueiro permanezcan para siempre entre nosotros, que su luz se imponga desde nuestra historia para iluminar a generaciones futuras.

Que así sea.

\*\*\*

*Palabras pronunciadas por el Sr. académico de número, Dr. Armando S. Andruet (h), en representación del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.*

Buenas noches autoridades ya mencionadas, familiares de Alfredo Fragueiro, señoras y señores:

En verdad, trataré de ser lo suficientemente breve como para dejar una semblanza valiosa del Dr. Fragueiro, tratando de contener todas aquellas emociones que aún a la distancia todos los profesores vinculados a la filosofía del derecho tenemos para con el Dr. Fragueiro.

Me voy a referir a nuestro homenajeado en dos ámbitos; inicialmente quiero recordar la figura de Fragueiro en la Universidad Católica de Córdoba, a tal respecto y seguramente por las razones que apuntó recientemente el Dr. Ghirardi, después del año 1955 indudablemente que Fragueiro vio fragmentada su actividad académica y científica.

Paralelamente a finales de la década del cincuenta, la Universidad Católica estaba comenzando a funcionar previamente como Instituto Pro Universidad hasta que en el año 1958 se recogieran a ilustrísimos pensadores y profesores de Córdoba, en la flamante Universidad Jesuítica que por otra parte, se presentaba como la primera Universidad privada de la República, y entre ellos invitó al Dr. Alfredo Fragueiro.

El Prof. Fragueiro fue titular en tres materias en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, y lo fue desde el primer año de iniciación de esta Universidad, dio los cursos de Introducción a la Filosofía en 1959, cursos de Derecho Natural el mismo año y los cursos de Filosofía del Derecho en 1961 que fue la primera promoción. Esto muestra indudablemente que aquellos que fueron alumnos por la época indicada, indudablemente que hoy aún cuando no hayan cultivado la filosofía del derecho, seguramente tienen una solidez intuitiva en los temas de la iusfilosofía que sólo los que cultivamos la filosofía del derecho, en manera profesional podemos llegar a tener.

La Cátedra de Filosofía del Derecho del Dr. Fragueiro fue ocupada por el nombrado desde 1961 hasta 1974, un año antes de su fallecimiento, lo cual muestra la gestión ininterrumpida de esos años, y donde forjó no solamente el temple de sus alumnos sino también una estructura de pensamiento que hasta el día de hoy se sigue manteniendo en los diferentes programas de la Cátedra de Filosofía del Derecho.

El Dr. Fragueiro fallece en 1975 y a lo largo de todos esos años en que había ejercido la titularidad de la cátedra, había hecho sólo tres modificaciones al programa de Filosofía del Derecho; su programa de 1962 hasta 1966 estaba estructurado en cuatro secciones: a) lógica jurídica; b) metafísica jurídica; c) ontología jurídica, y d) filosofía política; recuerdo lo señalado por el Dr. Ghirardi hace un momento, en que indudablemente este es un programa con secciones que traspasaban y perforaban cualquier alumno medio de derecho, por la clara preocupación metafísica existente allí.

En el segundo programa que va desde el año 1967 al 69, se advierte que el Dr. Fragueiro sólo modifica la última sección de las cuatro indicadas que inicialmente se llamaba “Filosofía política” y la nombra como “Filosofía política. Origen del poder”; el último programa que utiliza para el dictado el Dr. Fragueiro es del año 1970-72 en donde una vez más vuelve a cambiar la cuarta parte, con lo cual se advierte que el nudo epistemológico de la esencia metafísica y ontológica trascendental que tenía dispuesta la asignatura, era un capítulo no negociable a la modificación y lo único que aparece modificado es algo que se pasó a llamar “Filosofía del Estado”. De tal manera que hemos pasado desde la filosofía política a lo que termina siendo la filosofía del Estado.

Debo señalar que estando el Dr. Ghirardi aquí presente, lo hago con libertad suya, puesto que indudablemente que si hay un discípulo del Dr. Fragueiro es el nombrado profesor Ghirardi y así es como a partir del año 1975 cuando el Dr. Fragueiro ha dejado su cátedra es ejercida ella por su discípulo presente, quien la efectiviza a dicha titularidad durante trece años, hasta que decide apartarse de esa actividad académica.

El Dr. Olsen A. Ghirardi durante los trece años que es titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica, propone cuatro programas, y a lo largo de esos cuatro programas, se va advirtiendo como indudablemente hay un mantenimiento del nudo ontológico duro, que podríamos decir que había quedado de la cátedra inicial del Dr. Fragueiro y como el Dr. Ghirardi, venía acumulando una aquilatada experiencia que provenía del ejercicio profesional y por ello, internándose en los elementos vinculados con la lógica jurídica los empezó a reflejar moderadamente en su programa académico.

Finalmente cuando el Dr. Ghirardi se aparta de la cátedra en el año 1989 quien habla, queda en el ejercicio de la titularidad de la misma, aunque por supuesto no con su entidad, y por ello nos permitimos decir que somos discípulos de tercera generación del Dr. Fragueiro y en verdad nos sentimos muy orgullosos de ello. Nuestro programa de la asignatura filosofía del derecho sigue teniendo partes en las que se hacen una referencia expresa al pensamiento jurídico de Alfredo Fragueiro y aunque para algunos alumnos pueda parecer una pedertería, nosotros integrantes de esta Cátedra de Filosofía del Derecho nos sentimos orgullosos que a lo largo de cuarenta y seis años haya tenido sólo tres titulares: el Dr. Alfredo Fragueiro, el Dr. Olsen A. Ghirardi y quien les habla. En verdad ésta es una de las reflexiones a propósito del Dr. Fragueiro.

La segunda va a ser su realización en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; el Dr. Fragueiro ingresa al Poder Judicial en el año 1927 y en este primer período se desempeña en él, hasta el año 1943, cumpliendo funciones de secretario de primera instancia; posteriormente por pocos meses es ascendido a secretario de cámara y posteriormente es designado juez de primera instancia, cargo que ocupa durante cuatro años en el Juzgado de 7ª Civil y Comercial, esto va entre los años 1943 y 1947. En el último año indicado, renuncia al Poder Judicial y en el año 1948 es nuevamente requerido por dicho Poder Judicial, aunque ahora en el cargo de vocal del Tribunal Superior de Justicia, cargo que ocupa durante escaso tiempo -en verdad año y medio-, pero son estas extrañas pero felices coincidencias de poco

tiempo en el cargo pero no efímero para el futuro jurisprudencial y doctrinario lo que ha dejado de cosecha durante tan breve pasar.

Del Dr. Fragueiro hemos podido coleccionar a partir que otrora el Dr. Ghirardi nos diera como tarea de investigación, la de coleccionar la totalidad de resoluciones que habían sido dictadas por el Dr. Fragueiro en su paso por la máxima magistratura provincial y que tenemos en nuestro poder, quizás allí es donde cualquiera -y no sólo uno- termina por descubrir el peso del jurista, puesto que allí se advierte cuando un juez, no sólo mira el derecho desde la positividad, sino cuando puede mirar el derecho más allá o a través de lo no escrito, de lo no positivo.

En este marco, quiero traer sólo una resolución que es indudablemente quizás la que a nosotros juristas más nos atrae, porque en un solo párrafo se puede advertir la grandeza de un hombre intelectualmente brillante, en un solo párrafo, encierra una llave que nos ha permitido hasta el día de hoy, seguir ponderando una resolución, un párrafo recaído en los autos: “Vera, Luis Argentino - p.s.a. Homicidio culposo - Recurso de casación” de fecha 11/11/48 y que dice simplemente esto: “En efecto: por encima de la ley y la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica, o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma”.

Quienes cultivamos la filosofía del derecho y, en particular, la lógica jurídica, hemos realmente hecho de esta pequeña astilla del pensamiento de Fragueiro un verdadero bosque y esto creo que es lo importante que deja un hombre cuando piensa con la claridad que lo hacía el Dr. Fragueiro.

La labor en la vocalía del Tribunal Superior de Justicia es cumplida por el Dr. Fragueiro desde el 6 de marzo del año 1948 hasta el 10 de agosto del año 1949 donde se retiró por renuncia y para dedicarse seguramente a la actividad académica concreta.

Por último no quiero concluir con esta pequeña consideración, en homenaje al Dr. A. Fragueiro sin dar lectura a una pequeña esquila que acompaña un material fotocopiado del legajo personal obrante en los archivos del Poder Judicial de la Provincia y que especialmente queremos entregar a los familiares del Dr. Fragueiro en adhesión del Poder Judicial de la Provincia al acto que conformamos, ella dice: “A la familia del eximio filósofo cordobés Dr. Alfredo Fragueiro. En sentido homenaje a su persona y trayectoria judicial. El Tribunal Superior de Justicia quiere hacer presente a sus familiares la respectiva copia del legajo personal N° 140 en donde se anotaron durante un poco más de veinte años, la profícua vida laboral al servicio de la justicia y para el cumplimiento del derecho. Firmado en Córdoba en el día de hoy 22/3/07, Dr. Armando Segundo Andruet (h) - Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”. Nada más. Gracias.

Notas:

<sup>1</sup> Archivo Histórico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba: Victorino Rodríguez, tomo 123, fs 111 de Asuntos Resueltos, 1929.

<sup>2</sup> Conforme Olsen GHIRARDI, *El pensamiento de Alfredo Fragueiro*, Separata de Cuadernos de Historia Número 9, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Córdoba, 2000. También del mismo autor: *El último Fragueiro*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Filosofía del Derecho, Número 1, 1978, págs. 55-83.

<sup>3</sup> Conforme Jacques MARITAIN en la Universidad de Córdoba. Discurso de presentación pronunciado por el profesor Alfredo Fragueiro, el 1 de octubre de 1936. En *Pluralismo y Derechos Humanos. Conmemoración de los 70 años de la visita del filósofo francés a Córdoba*, Córdoba, Alveroni Ediciones, marzo de 2007, pág. 14.

## **PREMIOS**



**PREMIO JOVEN JURISTA  
2007**

*Dictamen del jurado*

Córdoba, 2 de octubre de 2007

Señor Presidente de la  
Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss.  
Dr. Luis Moisset de Espanés  
S/D

De nuestra mayor consideración:

Los que suscriben la presente, Dres. Juan Manuel Aparicio, Efraín Hugo Richard y Armando S. Andruet (h), en el carácter de miembros del jurado de designación del “Premio Joven Jurista - Edición 2007” de esta Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss., tienen el agrado de dirigirse al Señor Presidente y por su intermedio al pleno de Sres. académicos, elevando para la consideración y eventual aprobación, el correspondiente dictamen de merituación de postulantes a dicha premiación.

Los postulantes por orden alfabético que han cumplido en tiempo y forma el llamado realizado, son los que a continuación se enuncian: Agüero Iturbe, José; Antonio, Ariel; Barbado, María; Beccaria, Marcela; Bilbao, Ignacio; Bohoslavsky, Juan; Boretto, Mauricio; Buteler, Alfonso; Casol Varela, Claudia; Cosola, Sebastián; Di Chiazza, Iván; Díaz Villasuso, Mariano; Freedman, Diego; García, Lila; Gianetto, Beatriz; Herrera, Marisa; Hiruela de Fernández, María; Montilla Zavalía, Félix; Moro, Emilio; Parise, Agustín; Perotti, Alejandro; Raffo, Carlos; Rocha Pereyra, Jerónimo; Sancari, Sebastián; Savastano Lizabe, César; Vernet, Paula y Viramonte, Carlos.

A tales efectos ponen en conocimiento que para el correspondiente premio, se han presentado la totalidad de veintisiete (27) postulantes, habiendo entre los mencionados graduados de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Universidad Nacional de Cuyo, de la Universidad Católica Argentina, Universidad Católica de Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Universidad de Mendoza, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad del Comahue, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de La Plata. De esta manera, aparece de indiscutible entidad, que el mencionado certamen, cumple con una buena oferta de expectativa para los jóvenes profesionales de todo el país.

Que después de haberse constituido el Tribunal a los mencionados efectos y consultados que fueran la totalidad de los antecedentes académicos y material bibliográfico que ha sido agregado por los presentantes; se advierte en manera clara y evidente y sin con ello, generar ningún grado de detrimento en el resto de los postulantes, que un pequeño grupo de ellos, tienen una jerarquía de producción científica que los pone muy por encima del resto de postulantes, como así también, que han realizado los sindicatos, estudios de posgrado en alguna -o varias- de sus especies, esto es: doctorado, maestrías o especializaciones.

En dicho orden de cuestiones, corresponde ponderar que la Dra. Marisa Herrera, graduada de la U.B.A. con 33 años, es doctora por la Universidad citada en el año 2006 y además de ello, es especialista en Derecho de Familia, ha escrito 3 libros en coautoría, ha publicado un total de 12 artículos propios y en coautoría han sido 18. Por su parte, el Dr. Alejandro Perotti, con 34 años de edad, graduado por la Universidad Nacional del Litoral, es también doctor en derecho y tiene una maestría en el ámbito del derecho internacional y de las integraciones, además es autor de 2 libros propios y 3 en coautoría, además de varios artículos de su especialidad. Finalmente, el Ab. Mauricio Boretto, quien cultiva su estudio en el derecho comercial, tiene 33 años, es graduado por la Universidad Nacional de Cuyo y tiene aprobadas tres especializaciones y admitida su carrera de doctorando ha producido 5 libros propios y 6 en coautoría como también, aproximadamente, 20 artículos publicados.

Tal como se puede advertir, y comparativamente con el resto de los presentantes los mencionados postulantes han sido mucho más proficuos académicamente que el resto de los presentantes y además entre ellos, existe una entidad cualitativa y cuantitativa en los estudios cumplidos, todo lo cual permite homologarlos y considerarlos parificados a los fines de esta premiación.

Que existiendo antecedentes anteriores en esta Academia, en donde dadas las características de similitud entre los postulantes y todos ellos con una excelente condición académica que el galardón que se busca discernir de “Premio Joven Jurista”, edición 2007, sea considerado por los Sres. miembros de la Academia Nacional discernido en forma conjunta a los tres profesionales antes indicados, dada la paridad de producción científica en ellos y las condiciones objetivas de meritución del presente concurso.

Sin otro en particular y poniendo a consideración el presente dictamen, téngase por cumplida la tarea requerida a este jurado del premio.

Reciba el señor presidente y los señores académicos nuestra cordial salutación.

### **Resolución 17/2007**

Córdoba, 10 de octubre de 2007

Y VISTO:

Que en Sesión Ordinaria del día 9 de octubre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el jurado del premio “Joven Jurista”, edición 2007.

Y CONSIDERANDO:

Que para el correspondiente premio, se han presentado la totalidad de veintisiete (27) postulantes, habiendo entre los mencionados graduados de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Universidad Nacional de Cuyo, de la Universidad Católica Argentina, Universidad Católica de Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Universidad de Mendoza, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad del Comahue, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de La Plata. De esta manera, aparece de indiscutible entidad, que el mencionado certamen, cumplió con una buena oferta de expectativa para los jóvenes profesionales de todo el país.

Que a criterio del jurado se advierte en manera clara y evidente y sin con ello, generar ningún grado de detrimento en el resto de los postulantes, que un pequeño grupo de ellos, tienen una jerarquía de producción científica que los pone por encima del resto de postulantes, como así también, que han realizado los sindicatos, estudios de posgrado en alguna -o varias- de sus especies, esto es: doctorado, maestrías o especializaciones.

Que existiendo antecedentes anteriores en esta Academia, en donde dadas las características de similitud entre los postulantes y todos ellos con una excelente condición académica que el galardón que se busca discernir de “Premio Joven Jurista”, edición 2007, se aconsejó discernir a los Sres. miembros de la Academia Nacional que dicho premio sea adjudicado en forma conjunta a los tres profesionales antes indicados, dada la paridad de producción científica en ellos y las condiciones objetivas de meritución del presente concurso.

Por ello, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

**Art. 1º.-** Adjudicar el *Premio “Joven Jurista» año 2007* a la Dra. Marisa Herrera, al Dr. Alejandro Perotti, y al Ab. Mauricio Boretto.

**Art. 2º.-** Fijar como fecha para la entrega de las distinciones a los galardonados para el día 30 de octubre de 2007.

**Art. 3°.-** Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

*Julio I. Altamira Gigena*  
*Académico Secretario*

*Luis Moisset de Espanés*  
*Académico Presidente*

## **PREMIO ACADEMIA 2007**

### *Dictamen del jurado*

En la ciudad de Córdoba, a siete días del mes de agosto de 2007, en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se reunió la Comisión encargada de dictaminar sobre el Premio Academia, integrada por los Dres. Ernesto Rey Caro, Raúl Altamira Gigena y Luis Moisset de Espanés.

La Comisión analizó los antecedentes del único nombre propuesto, Carlos Alberto Livellara, argentino, casado, de 64 años de edad, abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, título otorgado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, y por unanimidad estimó que el nombre propuesto acredita poseer títulos suficientes para hacerse acreedor a esta distinción. Exhibe una larga y fecunda trayectoria de dedicación al estudio, la investigación y la enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, especialidad establecida en esta oportunidad para el Premio Academia. Su actividad como docente comienza en marzo de 1970, primero en las cátedras de Derecho Civil y Comercial y luego Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, para continuar con publicaciones que reflejan su preocupación por los temas de esa disciplina.

Livellara se destaca como jurista y publicista, además de desarrollar una intensa actividad en las cátedras de Derecho del Trabajo y de la Seguridad en las facultades de Derecho y Ciencias Económicas, en las Universidades Nacional de Cuyo, y “San Francisco” de Mendoza, donde se desempeña como profesor titular por concurso. Merece destacarse, asimismo, la distinción acordada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), su participación en la redacción de proyectos legislativos de Mendoza, su actuación como conjuez en la Justicia Federal de Mendoza. Es asesor académico del Programa de Relaciones Industriales de la Universidad San Martín de Porres de Lima, Perú; miembro honorario de la Sociedad de Medicina del Trabajo de Mendoza; obtuvo el diploma de honor por su contribución a la divulgación y desarrollo del Derecho Social en Hispano América, fue designado profesor distinguido en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, miembro titular de los tribunales académicos en las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades de Mendoza y Nacional de Cuyo; evaluador de la CONEAU; miembro de la Comisión Asesora del Consejo de la Magistratura de Mendoza y Nacional. Ha dirigido el Instituto de Investigaciones de Derecho y Ciencias Sociales del Colegio de Abogados de Mendoza, y en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo integró el H. Consejo Superior en representación de los profesores de la Facultad de Derecho. Ha participado en numerosos congresos y certámenes científicos, como los realizados en Buenos Aires, Córdoba, Rosario, Santa Fe y La Plata. A todo ello debe sumarse su actividad como conferencista y disertante en universidades argentinas y extranjeras.

Su actividad como publicista es notable por la variedad, número y calidad de sus publicaciones, autor de los libros: *Accidentes y enfermedades inculpables del trabajador*, publicado por la Unión Comercial e Industrial de Mendoza en marzo de 1975; *El trabajo del hombre y su regulación por el derecho del trabajo*, editado por la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N. de Cuyo, en 1981; *El constitucionalismo social y la Constitución Nacional* editado por la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N. de Cuyo; *Infortunios del*

*trabajador*, editado por Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, en 1986; *Medicina, higiene y seguridad en el trabajo* editado por Astrea en 1987; *Contratista de viñas y frutales*, editado por Ediciones Jurídicas Cuyo en 1992; *Código Procesal Laboral de Mendoza comentado* publicado por Ediciones Jurídicas Cuyo en 1992; *Régimen laboral bancario* editado por Ciudad Argentina en 1996 y *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada* editado por Rubinzal-Culzoni en 2003, además de numerosas publicaciones en obras colectivas y artículos en revistas especializadas. Es colaborador permanente en las revistas "Derecho del Trabajo", Ed. La Ley; "Trabajo y Seguridad Social", Ed. El Derecho; "Derecho Laboral", Ed. Rubinzal-Culzoni, y "Derecho laboral y de la seguridad social", Ed. Lexis Nexis, como también en revistas extranjeras. El Dr. Livellara cuenta además en su haber con una copiosa producción bibliográfica que pone de manifiesto su capacidad, erudición y dominio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por todo ello podemos afirmar que es referente obligado de esta especialidad en la provincia de Mendoza.

Son numerosos los libros que ha dado a luz este estudioso jurista y muy variados los temas que han suscitado su atención tanto en el derecho social como en el constitucional.

En definitiva, el profesor titular Dr. Carlos Alberto Livellara exhibe una proficua labor como docente y publicista, por lo que esta Comisión *ACONSEJA AL CUERPO CONFERIRLE EL PREMIO ACADEMIA - AÑO 2007*.

### **Resolución 13/2007**

Córdoba, 22 de agosto de 2007.

VISTO:

Que en sesión académica de fecha diecinueve de junio de dos mil siete esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba resolvió designar una Comisión Especial cuya misión sería la de emitir opinión sobre candidatos para la adjudicación del Premio Academia correspondiente al corriente año 2007.

Y CONSIDERANDO:

Que la mencionada Comisión, integrada por los académicos Dres. Ernesto Rey Caro, Raúl Altamira Gigena y Luis Moisset de Espanés, presentó su dictamen con fecha 7 de agosto, aconsejando por unanimidad al Cuerpo se adjudique el Premio al Doctor Carlos Alberto Livellara, quien acredita títulos suficientes para hacerse acreedor de la distinción.

Que tal dictamen que se agrega como Anexo, ha sido tratado por la Academia en sesión realizada en fecha de ayer, oportunidad en la que fue analizada detenidamente su fundamentación.

Por lo dicho y de acuerdo a la Reglamentación pertinente, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba:

Se RESUELVE:

**Art. 1º.-** Acordar el PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA correspondiente al corriente año dos mil siete al doctor Carlos Alberto Livellara.

**Art. 2º.-** Notificar formalmente al mencionado la presente Resolución.

**Art. 3º.-** Entregar el correspondiente diploma en acto público en fecha que se fijará oportunamente.

**Art. 4º.-** Comuníquese, publíquese, archívese.

*Julio I. Altamira Gigena*  
*Académico Secretario*

*Luis Moisset de Espanés*  
*Académico Presidente*

**PREMIO PUBLICACION TESIS SOBRESALIENTES “DALMACIO VÉLEZ  
SÁRSFIELD” 2007**

*Dictamen del jurado*

En la ciudad de Córdoba a veintitrés días del mes de octubre de 2007 en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, sita en Artigas 74, siendo las once horas se reunieron en definitiva, luego de una serie de reuniones preliminares, los señores académicos integrantes del jurado Dres. Luis Moisset de Espanés (presidente), Jorge De la Rúa (tesorero y penalista), Armando Andruet (h) (director de Publicaciones) y los señores académicos de número Dres. Juan Manuel Aparicio (civilista), Horacio Roitman (comercialista), y Héctor Villegas (tributarista). El Dr. Antonio María Hernández (constitucionalista) se encuentra ausente con licencia.

Se evaluaron para una decisión final las cinco tesis presentadas, a saber:

1) *“Raíces romanas del derecho anglo americano”*, de Dr. Néstor Vicente Gripo (Universidad Nacional de La Plata).

2) *“Contratos agrarios nos Países do Mercosul: arrendamentos e parcerias”*, del Dr. Alentar Mello Proenca. (Universidad de Buenos Aires).

3) *“El contenido patrimonial del derecho de obtentor”*, del Dr. Andrés Sánchez Herrero (Universidad Católica Argentina, Rosario).

4) *“El contrato de transporte: propuesta de unificación legislativa”*, del Dr. Emilio Elías Romualdi (Universidad J. F. Kennedy, Buenos Aires).

5) *“Una nueva generación de derechos humanos: los derechos biológicos”*, de la Dra. Liliana Angela Matozzo (Universidad Católica Argentina, Buenos Aires).

Los integrantes del jurado destacan la importancia de este premio, con el cual se galardona y se difunde a través de su publicación, aquellas producciones que alcanzaron el máximo reconocimiento por los tribunales que evaluaron los trabajos de los doctorandos.

Que dicho premio brinda una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Luego de analizados los trabajos de tesis presentados, el jurado académico resolvió por unanimidad de los presentes:

1º) Aconsejar se adjudique el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” a la tesis *“El contenido patrimonial del derecho de obtentor”*, del Dr. Andrés Sánchez Herrero.

2º) Elevar este dictamen al pleno de la Academia para su consideración.

**Resolución 24/2007**

Córdoba, 24 de octubre de 2007

Y VISTO:

Que en Sesión Ordinaria del día 23 de octubre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el jurado del premio publicación “*Tesis Sobresalientes Dalmacio Vélez Sársfield*”, Edición 2007.

Y CONSIDERANDO:

Que los integrantes del jurado han analizado las cinco tesis presentadas por los postulantes a saber:

1) “*Raíces romanas del derecho anglo americano*”, del Dr. Néstor Vicente Gripo. (Universidad Nacional de la Plata).

2) “*Contratos agrarios nos países do Mercosul: arrendamentos e parcerias*”, del Dr. Alentar Mello Proenca (Universidad de Buenos Aires).

3) “*El contenido patrimonial del derecho de obtentor*”, del Dr. Andrés Sánchez Herrero (Universidad Católica Argentina, Rosario).

4) “*El contrato de transporte: propuesta de unificación legislativa*”, del Dr. Emilio Elías Romualdi (Universidad J. F. Kennedy, Buenos Aires).

5) “*Una nueva generación de derechos humanos: los derechos biológicos*”, de la Dra. Liliana Angela Matozzo (Universidad Católica Argentina, Buenos Aires).

Que los integrantes del jurado destacan la importancia de este premio, con el cual se galardona y se difunde a través de su publicación, aquellas producciones que alcanzaron el máximo reconocimiento por los tribunales que evaluaron los trabajos de los doctorandos.

Que dicho premio brinda una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Que los integrantes del Jurado, aconsejaron que se adjudique el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” a la tesis “*El contenido patrimonial del derecho de obtentor*”, del Dr. Andrés Sánchez Herrero.

Por ello, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,  
Resuelve:

**Art. 1º.-** Adjudicar el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” a la tesis “*El contenido patrimonial del derecho de obtentor*”, del Dr. Andrés Sánchez Herrero.

**Art. 2º.-** Fijar como fecha para el acto académico de entrega de la tesis publicada al premiado el 11 de diciembre de 2007.

**Art. 3º.-** Protocolícese, hágase saber y remítase copia al adjudicado.

*Julio I. Altamira Gigena*  
*Académico Secretario*

*Luis Moisset de Espanés*  
*Académico Presidente*

*Palabras del Sr. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés, con motivo de la entrega del Premio Tesis Sobresalientes*

Comienzo estas palabras recordando la importancia que tiene para la Academia el premio que hoy se otorga.

Los estatutos de nuestra Academia señalan cuáles son sus finalidades y, en su primer artículo nos dicen que tiene la misión de “fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales”, lo que se completa con el estudio de las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales y propender al perfeccionamiento de la legislación del país.

Esos objetivos se cumplen cuando se premia a una tesis que, al mismo tiempo que difunde el conocimiento de las ciencias sociales, culmina con propuestas de legislación tendientes a mejorar las normativas vigentes en nuestra patria.

Cuando en el año 2000, al cumplirse el segundo centenario del nacimiento de Don Dalmacio Vélez Sársfield, se instituyó el premio que hoy otorgamos, se tuvo principalmente en consideración que el prócer, nuestro patrono, se había preocupado desde la Presidencia de la entonces llamada Academia de Jurisprudencia, de difundir obras jurídicas que sirviesen para la enseñanza y mejor conocimiento del derecho; baste recordar que las instituciones del Derecho Real de España, del guatemalteco Álvarez y, sobre todo, el *Prontuario de práctica forense*, de Manuel Antonio de Castro, fueron dos de las obras que hizo imprimir y difundir para que los jóvenes abogados pudiesen profundizar sus estudios del derecho. Señalo, sobre todo, el *Prontuario de práctica forense*, de Manuel Antonio de Castro, un salteño radicado en Buenos Aires que fue el primer profesor de derecho procesal de la Universidad de Buenos Aires; al fallecer en 1832 había dejado los borradores inéditos, que su viuda entregó a Dn. Dalmacio Vélez, quien los ordenó, compiló, corrigió e hizo imprimir para facilitar la tarea de quienes estudiaban derecho; esa obra es el primer tratado de derecho procesal argentino.

La preocupación de Vélez por la difusión de obras jurídicas de jerarquía es la que ha inspirado a esta Academia a instituir el premio a las “tesis sobresalientes inéditas”. Hemos tenido especialmente en consideración que muchas veces el aspecto casi diría mercantilista que inspira a las editoriales lleva a que se publiquen obras aun de nivel inferior, que tienen mayor atractivo comercial para las empresas privadas, mientras se mantienen archivados sin publicarse trabajos que aportarían mucho para el mejor conocimiento de las ciencias jurídicas.

Hace pocas horas me llamó por teléfono desde Madrid el secretario técnico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, para comentarme algunas de las tareas que están realizando y en la conversación surgió que la tesis sobre derecho de daños de Pantaleón, uno de los más destacados civilistas jóvenes, discípulo de Luis Diez Picazo, que fue calificada con sobresaliente *cum laude*, no había sido impresa por ninguna editorial y que constantemente había quienes lo consultaban preguntando si había forma de acceder a esa fuente de conocimiento, porque la mencionada tesis es uno de los estudios más completos sobre el tema de derecho de daños que se ha realizado en España. Sin embargo por esos avatares del destino ha quedado en carpetas, sin difundirse públicamente, más que de manera muy reducida a quienes logran tener acceso a los originales del trabajo. Al escuchar ese comentario pensaba: ¡Qué bueno sería que la Real Academia Española adoptase un criterio semejante al nuestro, distinguiendo a las tesis sobresalientes que por una u otra causa han quedado inéditas!

Pues bien, la difusión de importantes trabajos de investigación es una de las razones que impulsaron la institución del premio publicación “Dalmacio Vélez Sársfield”.

En el caso concreto de este año me he de detener en otra cosa ya que me tocó integrar el jurado; sin duda, el Dr. Andruet está esbozando una sonrisa porque algo le anticipó al nuevo doctor. Cuando llegaron a mis manos, para ser estudiadas, las cinco tesis que se postulaban al premio, me produjo una primera sensación de rechazo el título de este trabajo: “*El contenido patrimonial del derecho del obtentor*”.

¿Quién es el obtentor? Cuando llegué a mi casa lo primero que hice, como suelo hacer siempre cuando desconozco el significado de un vocablo, fue acudir al Diccionario de la Real Academia. Tenía a mano la última edición del siglo pasado, la vigésima primera, y al leer la definición de “obtentor” en ese diccionario que data de 1992 quedé un poco sorprendido, porque hasta ese momento la Academia expresaba: “Dícese del que obtiene o ha obtenido una cosa y especialmente del que posee un beneficio eclesiástico”. ¿Qué relación tienen los “beneficios eclesiásticos” con el tema que analiza Sánchez Herrero? Absolutamente nada; entonces, al

encontrar en el título de la tesis un vocablo cuyo significado no parecía correcto en nuestro idioma, de acuerdo a lo que nos enseña la Casa madre de la lengua, me sentí predispuesto a rechazar un trabajo cuyo autor empleaba un vocablo que no caracterizaba fielmente el tema en estudio y se apartaba de la definición de la Academia.

Sin embargo no olvidé que la lengua es algo vivo, y mis reparos se fundaban en la información que obtenía en un diccionario que podía estar superado porque la Academia en el año 2001, después del Congreso de Valladolid publicó su vigésima segunda edición y al consultarla pude ver que en ella ya aparece el vocablo “obtentor” con el significado preciso que tiene la figura que estudia Sánchez Herrero en su tesis: “El que ha obtenido una nueva especie vegetal”.

Era, pues, correcto ocuparse del “obtentor” y del derecho patrimonial que surge de la tarea de haber obtenido nuevas especies vegetales, que no es una tarea de descubrimiento, ni es tampoco una invención, razón por la cual no encuadra exactamente en la protección que brindan las patentes; por esa razón el autor profundiza e investiga la forma de proteger el esfuerzo realizado por quien ha aportado a nuestra sociedad una nueva especie vegetal cuyo aprovechamiento resultará útil para todos, en especial, en un país como el nuestro que tiene como uno de los pilares de su economía la explotación agraria.

Superado ese primer obstáculo debí reconocer que la tesis de Sánchez Herrero ya me había enseñado algo: me había obligado a profundizar en el significado de su título. Me dediqué entonces con más detenimiento a la lectura de un trabajo que es profundo, completo, que demuestra los sólidos conocimientos jurídicos del autor. Pero, no me corresponde a mí hacer el elogio de la tesis, que debió hacerlo más detalladamente el propio tribunal que lo calificó. Y -permítanme una digresión- lamentablemente, en la actualidad, muchas veces, los tribunales de tesis no realizan el estudio pormenorizado, o al menos no ponen por escrito en sus votos la conclusión del estudio pormenorizado del trabajo que califican; lamentablemente es muy frecuente que en varias universidades los votos de los jurados de tesis se limiten a expresar que recomiendan por unanimidad la aprobación y que se califique el trabajo con tal nota y dan por concluida su tarea, sin expresar las razones que fundamentan esa decisión.

Sería de desear que los jurados de tesis aporten a quienes luego van a leer esos trabajos un análisis de su contenido e indiquen el por qué de la calificación, en especial, cuando se recomienda un sobresaliente o, incluso, un sobresaliente *cum laude* como suele hacerse en España, es decir cuando estiman que debe concederse una distinción especial, como sería entre nosotros la calificación de sobresaliente con la recomendación de publicar, que mereció otro trabajo de tesis del propio Dr. Sánchez Herrero, ya no realizado en la Universidad Católica de Rosario sino en Buenos Aires para la culminación de un master y obtuvo un sobresaliente con recomendación de publicación. Esta acotación viene al caso porque es posible que en modificaciones que nuestra Academia introduzca en el futuro a la Reglamentación para el otorgamiento de este premio exija que, dentro de lo posible, se acompañen votos fundados, y se ha de recomendar a las facultades de Derecho que si desean que sus doctorandos sean premiados, soliciten a sus jurados que realicen el esfuerzo de fundar los votos cuando califican el trabajo con una nota que otorga una distinción.

Creo que estas palabras previas son suficientes; no voy a quitarle el tema de exposición a su autor; no me voy a detener en el contenido de la tesis, pero sí agregaré algo: hemos escuchado la lectura de resoluciones que demuestran que este joven practica la docencia. Está profesando en cátedras de derecho comercial con el doctor Araya, pero he advertido en su currícula una cosa curiosa; no solamente se dedica a la enseñanza del derecho comercial, sino que lo primero que figura como ejercicio de la docencia por Sánchez Herrero es su desempeño como profesor de derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; parecen cosas distantes y no lo son. El derecho romano continúa siendo el sustento de todo nuestro derecho occidental; quien desee tener una sólida formación en cualquiera de las ramas del derecho -y me refiero tanto al derecho privado como al público- debe cimentarla en su conocimiento del derecho



romano. Esa afición especializada por el derecho romano es, sin duda, una de las razones que ha contribuido a la sólida formación del doctor Sánchez Herrero, que se va a reflejar en el trabajo de tesis y también, sin duda, nuestro académico de número hoy presente, el Dr. Humberto Vázquez, se congratulará al ver que hay este tipo de inclinaciones en la gente joven que sigue comprendiendo como una formación humanista completa en el derecho resulta indispensable para después desarrollar con suficiencia cualquier tema. Señores, creo que me he excedido algo en la presentación; por ello no me detendré en enumerar cargos que ha desempeñado Sánchez Herrero; lo que me interesa es que aquí estamos para recibir y distinguir a alguien que ha realizado un esfuerzo ponderable, porque concretar sus estudios en un trabajo de tesis es una tarea que, por sí sola, al margen de la nota que se obtenga, es digna de alabanza, y cuando ese esfuerzo ha culminado con la calificación de sobresaliente, indica que se han alcanzado los niveles más altos en el estudio y en la reflexión, lo que merece un doble reconocimiento de quienes admiramos a quienes diariamente sacrifican sus horas, y las de su vida familiar, para aportar algo por el progreso de las ciencias jurídicas. Esto es lo que la Academia desea estimular con este tipo de premios.

\*\*\*

#### *Palabras del Dr. Andrés Sánchez Herrero*

Miembros de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, profesores, familia y amigos presentes:

En mi nombre, y en el de mi directora, Dra. Noemí L. Nicolau, agradezco a los miembros de la Academia y, en particular, al presidente de su Mesa Directiva, Dr. Luis Moisset de Espanés, el premio que me han conferido.

A continuación, expondré, brevemente, los puntos salientes de mi tesis doctoral, titulada: "El contenido patrimonial del derecho de obtentor".

#### **Consideraciones generales**

En la tesis nos hemos propuesto estudiar la adecuación del contenido del derecho de obtentor, tal como se encuentra regulado en la legislación argentina, en orden al logro de los fines del régimen jurídico que lo reconoce. Partimos de la hipótesis de que la configuración actual del contenido del derecho presenta deficiencias formales y sustanciales, que parcialmente conspiran contra la consecución de los fines que el mismo legislador se ha impuesto al reconocerlo.

Argentina es un país tradicionalmente dedicado a la actividad agrícola, como se evidencia en el valor de su mercado de semillas. Siendo que el derecho de obtentor es el derecho intelectual aplicable por excelencia a los desarrollos tecnológicos en la actividad fitomejoradora, resulta llamativa la casi nula atención que ha despertado entre los estudiosos del derecho. La semilla -o, más genéricamente, el material de producción o reproducción de una variedad vegetal- es un insumo básico de la empresa agraria. Asimismo, es el producto final de aquellas empresas que tienen por objeto la actividad fitomejoradora. Tanto los productores como los consumidores de esta tecnología necesitan conocer los derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico les adjudica. A difundir este régimen, reflexionar sobre el mismo, y profundizar algunas de sus problemáticas más actuales se destinó el presente trabajo.

La finalidad principal del régimen del derecho de obtentor es incentivar el desarrollo de la actividad fitomejoradora, mediante la concesión de un derecho que le permita al creador de una nueva variedad vegetal la producción y comercialización exclusiva de su material de reproducción o propagación, durante un período limitado de tiempo. La idoneidad del régimen

del derecho de obtentor para alcanzar este fin depende de numerosos factores (v.gr., protección civil y penal, requisitos de concesión, criterios de delimitación del objeto protegido, duración, existencia de un régimen de protección provisional, organización y funcionamiento de la oficina nacional competente, agilidad de los obtentores en la adopción de medidas protectoras de su derecho, capacidad de los obtentores de nuclearse en organismos de gestión colectiva, eficiencia del sistema judicial, situación económica, carga tributaria, medidas cautelares disponibles, etc.). Entre esos factores, ocupa un lugar relevante la configuración del contenido del derecho intelectual, es decir, la delimitación de las facultades del titular del derecho, y de las restricciones que se le impongan, lo que evidencia la importancia de su estudio.

## **Estructura de la tesis**

La tesis consta de tres partes. En la primera parte se efectúa una breve introducción al régimen del derecho de obtentor, haciéndose referencia a la dimensión sociológica del tema (origen, evolución y situación actual de la actividad fitomejoradora), la normativa aplicable, la historia y evolución del derecho, sus caracteres y sus elementos.

En la segunda parte se analizan los fundamentos del régimen del derecho de obtentor. En este tramo del trabajo se buscó perfilar con la mayor precisión el criterio en función del cual se habría de analizar, más adelante, la eficiencia del régimen legal al configurar el contenido del derecho intelectual. Como se ha señalado, el objeto de esta tesis reside en esclarecer si el contenido actual del derecho de obtentor es el adecuado, *en función de los fines que el mismo legislador se ha propuesto*. Esta segunda parte se divide, a su vez, en dos secciones. En la primera sección (integrada por el capítulo 2) se explora y esclarece cuál es la teleología immanente al régimen vigente del derecho de obtentor. La segunda sección (abarcativa de los capítulos 3 a 6) analiza la cuestión desde una perspectiva crítica, ya que, tratándose de una materia tan controvertida, pareció oportuno no limitar su estudio a una mera exégesis de la teleología legal, sino también poner en cuestión la política legislativa emanada del derecho vigente.

En la tercera parte se analiza, en concreto, el contenido del derecho de obtentor, y se subdivide en tres secciones. La primera sección (capítulo 7), de tinte introductorio, explicita la metodología de análisis y determinación del contenido del derecho que se ha de seguir. La segunda (capítulo 8) analiza la determinación positiva del derecho de obtentor, explorando el alcance de las facultades reconocidas al titular. En la tercera sección (capítulos 9 a 11) se aborda la determinación negativa del derecho intelectual, es decir, el estudio del agotamiento del derecho (capítulo 9), de la excepción del agricultor (capítulo 10) y de la excepción del fitomejorador (capítulo 11).

## **Conclusiones**

Destacamos, como conclusiones más relevantes de la tesis, las siguientes:

- Del conjunto de normas que, en forma directa o indirecta, conforman el régimen del derecho de obtentor, surgen explícitamente los dos fines principales del sistema: a) reconocer al obtentor una justa participación en relación con su aporte tecnológico; y b) incentivar el desarrollo de la tecnología en el sector del mejoramiento vegetal.

- Si Argentina no cumple con los estándares mínimos de protección en materia de propiedad intelectual que le exige la comunidad internacional, puede verse expuesta a sanciones y represalias de importancia. Si bien esta circunstancia no puede ser ignorada al analizar la conveniencia de adoptar un determinado régimen de propiedad intelectual, esto no implica que deba asumirse una postura resignada. Es importante reconocer que existe un margen de libertad para cada país en la implementación de esos estándares mínimos, por lo que Argentina debe

aprovechar al máximo esos espacios, adoptando aquellas soluciones que mejor se concilien con la defensa de sus intereses locales. En particular, el campo de opciones es bastante amplio en lo que tiene que ver con la protección de las obtenciones vegetales.

- Frente a la pretensión de lograr una armonización del sistema mundial de propiedad intelectual, debe advertirse que difícilmente un mismo sistema legal pueda resultar idóneo para todos los países, dada la diversidad de contextos existente. En consecuencia, el modelo de sistema de propiedad intelectual que los países centrales están exportando al resto del mundo debe flexibilizarse, cuando esto sea necesario para proteger los intereses de los países en desarrollo.

- Ante la crisis ambiental y alimentaria que la población mundial enfrenta en la actualidad, resulta aconsejable no escatimar medios que propicien su superación con el menor costo y con la mayor rapidez posible. Puede que el diseño de un régimen de propiedad intelectual como incentivo de la innovación tecnológica forme parte de la estrategia de adaptación exitosa que la humanidad puede pergeñar frente a este nuevo desafío alimentario.

- La privatización de las plantas y los animales no es una consecuencia inexorable de la revolución biotecnológica, ya que existen otras alternativas jurídicas igualmente compatibles con este modo de producción.

- Desde la perspectiva de muchas culturas, resulta intolerable una apropiación privada al estilo que implican los actuales regímenes de propiedad intelectual. En consecuencia, la imposición, a nivel mundial, de un régimen uniformado de propiedad intelectual supone un atropello sobre un valor fundamental, como es el respeto por la diversidad cultural.

- La cuestión relativa a la propiedad intelectual sobre vegetales no es sólo una materia en la que resultan involucrados intereses puramente particulares, sino también un problema de política y de justicia distributiva entre las naciones desarrolladas y las subdesarrolladas. A través del régimen de la propiedad intelectual, tal como está configurado en la actualidad, se refuerza la tendencia a una división internacional del trabajo entre los países periféricos, como proveedores de material genético gratuito, y los países industrializados, como creadores de nuevas variedades vegetales. En esta distribución de funciones, las corporaciones internacionales sólo retribuyen con una mínima porción de sus ganancias a las comunidades de las que procede el germoplasma.

- Si bien es cierto que el régimen vigente de propiedad intelectual refuerza esta pauta de división internacional de funciones, parece una exageración considerar que esta estructura económica es la resultante exclusiva de un determinado régimen jurídico. En definitiva, lo que mejor explica la distinta participación en las ganancias de uno y otro grupo de países es su diversa capacidad tecnológica para valorizar los recursos genéticos. Si un país no desarrolla capacidades tecnológicas propias, no le resultará posible obtener reglas jurídicas internacionales favorables a sus intereses.

- La mayor parte de los derechos intelectuales concedidos por el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares recaen sobre variedades desarrolladas a nivel local. Este dato no puede ser ignorado a la hora de diseñar un régimen de propiedad intelectual sobre la materia: desproteger la tecnología fitomejoradora implica, en Argentina, desproteger tecnología local.

- El titular del derecho de obtentor se encuentra facultado para reproducir o multiplicar, comercializar y entregar a cualquier título, en forma exclusiva, el material de reproducción perteneciente a la variedad protegida.

- El derecho de explotación exclusiva del obtentor comprende la entrega traslativa de la posesión y del dominio del material protegido, pero no la traslativa de la tenencia, sin que tenga relevancia si se trata de un acto efectuado a título gratuito u oneroso.

- La regulación de la excepción del agricultor en la legislación argentina es sumamente laxa, ya que el derecho es reconocido en forma gratuita a todo agricultor, sin fijación de límites en cuanto a las especies vegetales a las que resulta aplicable, ni con relación a la cantidad de material que se puede reservar, ni en el aspecto temporal. Aunque no necesariamente, esta versión hipertrofiada de la excepción del agricultor puede prestarse a todo tipo de abusos, por lo

que resulta fundamental establecer un marco que garantice el ejercicio regular del derecho. En líneas generales, existe abuso cuando mediante el ejercicio del derecho del agricultor se erosiona injustificadamente el derecho de obtentor que recae sobre la variedad a la que pertenece el material reservado. Sin embargo, de lo expuesto no debe inferirse que, so pretexto de proteger el desarrollo tecnológico, se pueda desfigurar el derecho del agricultor, tal como ha sido regulado por el legislador argentino.

- Como conclusión general, afirmamos que la regulación actual del contenido patrimonial del derecho de obtentor resulta aceptable, con las siguientes salvedades: a) las facultades del titular debieran ser reconocidas explícitamente; y b) la excepción del agricultor debiera contemplarse con un criterio más restringido, de modo que resulte compatible con los fines del régimen del derecho de obtentor.

### **Agradecimientos y dedicatoria**

Finalizo esta presentación agradeciendo a quienes hicieron posible la finalización exitosa de este trabajo de investigación. En particular:

A la doctora Noemí L. Nicolau, maestra, por su ejemplo, guía y generosidad desbordante.

A las doctoras Sandra Frustagli y Adriana Krasnow, por su apoyo cotidiano.

A la licenciada Beatriz Tavano, por su excelencia.

Al doctor Miguel Angel Ciuro Caldani, por mostrar caminos.

A la ingeniera Marta Gutiérrez, por su generosidad.

Al doctor Miguel Araya, por abrirme las puertas de su cátedra y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Al doctor Luis Andorno, por su consejo y asesoramiento desinteresado.

Al querido Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, a sus autoridades e integrantes.

A la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, a sus autoridades e integrantes.

Al CONICET.

Por último, dedico este trabajo, y el premio que se me ha conferido, a mi esposa, María Celina; a mis hijos, Pedro, María Sol y Agustín; y a mis padres, Martha y Emilio.

## **RECENSIONES**

*BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS,*

Armando S. ANDRUET (compilador),

Córdoba, Universidad Católica, Advocatus, 2007, 240 págs.

La Universidad Católica se prestigia con esta obra que es indispensable, porque aun los que queremos vivir conforme a la ética, sabemos muy poco de bioética. Y más aún se prestigia por la calidad de las colaboraciones que el Dr. Andruet debe haber seleccionado con su reconocido criterio.

La presentación del rector de la Católica, P. Rafael Velasco, advierte que a medida que crece el desarrollo tecnológico, también otros intereses entran en juego y cada vez se hace más difícil al ser humano manejar lo que ha creado. *“En el campo de la medicina y las ciencias biológicas, la experimentación con embriones, las células madre, la clonación humana y otros avances, han generado euforia y perplejidad por partes iguales”*.

Los autores, Alessio, Andruet, Cárdenas Krenz, Ghirardi, Heinzmann, Hiruela de Fernández, Toledo, Velasco y Vidal, abordan bajo diversos ángulos la “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” de la UNESCO. No Declaración Internacional sino Universal, aunque la Declaración pone más énfasis en los problemas de los países desarrollados que en los del Tercer Mundo.

La dignidad humana vinculada con la condición de criatura en relación con Dios, recibe muchos interesantes aportes en la colaboración del Dr. Andruet, reconocido filósofo del derecho, actualmente, presidente del Superior Tribunal de Justicia.

El Pbro. José Alessio recuerda las palabras de Juan Pablo II: *“La ciencia es un bien universal que todo pueblo debe tener la posibilidad de cultivar con libertad, respecto a toda forma de servidumbre internacional o de colonialismo intelectual”*.

El Dr. Olsen Ghirardi, presidente honorario de la Academia de Derecho de Córdoba, nos esclarece sobre la idea de cambio y de persona. Es una reflexión muy útil.

Lamento no poder sintetizar a cada autor, porque valdría la pena. Sólo diré que me ha parecido una notable contribución a la Declaración de la UNESCO e indispensable para los argentinos que no renuncian a la posibilidad de vivir moralmente.

*Pedro J. Frías*

\*\*\*

*LECCIONES DE DERECHO POLÍTICO,*

Porfirio AQUINO, con la colaboración de Alvaro Monzón,

Corrientes, Moglia, 464 págs..

El autor es una personalidad correntina que ha contribuido mucho al desarrollo institucional de su provincia, desde la cátedra y la función pública. El excelente prólogo de Jorge Barbará, especialista en derecho político, nos anticipa el contenido de las lecciones cívicas del libro. Es más, me recuerda, mis lecciones en la Cátedra de Derecho Político, que ejercí interinamente en la Universidad Nacional de Córdoba.

Lo que integra la materia prima de la ciencia política son las manifestaciones electorales, la división de la opinión pública, la formación de partidos, los principios de legitimidad, de obediencia y mando, la relación íntima que traba el control social.

Los catorce capítulos van agotando tan rica temática: Sociedad y Estado, los fines del individuo y la comunidad, la sociedad política en la historia, el Estado y el poder, la soberanía,

la dinámica política, la representación, los partidos, la democracia y las elites, teorías y sistemas políticos, resistencia y opresión, el pensamiento político, los fines del Estado. Concluye con una bibliografía apropiada.

En la imposibilidad de inquirir todos estos temas, me limito a afirmar que son bastantes como para hacer un diagnóstico de la crisis institucional argentina. Con un sistema de partidos destruido, hay en algunos distritos deseos de compartir el poder. Por ejemplo: en Tucumán hay 5.500 candidatos municipales aunque ya no está la ley de lemas que los multiplicaba. La concentración de poder en el Ejecutivo Nacional es impresionante, por la sumisión del Congreso y la billetera presidencial con superávit, que subordina a gobernadores e intendentes de cualquier partido.

Como dice Aquino: *“El Estado moderno, con concentración del poder, representa lo contrario de la soberanía del pueblo”*.

Sigo meditando esta obra tan valiosa y tan práctica, que como dice Barbará en su prólogo, trae nuevos aportes.

*Pedro J. Frías*

\*\*\*

### *CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA,*

Guillermo BARRERA BUTELER,

Córdoba, Advocatus, 2007, 426 págs.

La esclarecida trayectoria profesional y docente de Barrera Buteler lo ha llevado a esta obra con la colaboración de Andrea Marín y Candelaria González del Pino, que ayuda a sus colegas a la completa comprensión de la Constitución.

El lector tiene a su disposición las concordancias, las principales leyes dictadas para desarrollar los principios constitucionales y la interpretación de los tribunales.

El prólogo del autor dice más: la dimensión normativa no se agota en el texto, sino que se prolonga en la dimensión antropológica, sociológica, cultural y en la ética jurídica.

La obra se abre con los antecedentes históricos, más numerosos de lo que uno pensaría. La Constitución de 2001 merece un mayor desarrollo y concluye satisfactoriamente.

A continuación, cada artículo constitucional es presentado con su bibliografía, concordancias, jurisprudencia y notas que orientan al estudioso. Por ejemplo, el artículo sobre la religión católica es comentado así: *“Asume las raíces católicas de la cultura de Córdoba... y establece como claves para regir las relaciones entre la Iglesia y el Estado los principios de autonomía y cooperación de acuerdo con el Concordato celebrado entre la República Argentina y la Santa Sede (1966)”*.

La obra tiene 426 páginas, porque hay secciones de la Constitución que tienen más dimensión normativa y requieren un gran desarrollo. Y lo logran. La Legislatura lleva 55 páginas, el Ejecutivo 22 y el Judicial 58.

Como anexo se transcriben los instrumentos constitutivos de la Región Centro.

No imagino qué podríamos agregar. Baste decir que el abogado de Córdoba es un privilegiado, porque esta guía le será necesaria y útil. Córdoba prosigue así estos testimonios de originalidad que la hicieron la Docta.

*Marcelo A. Barberán*

\*\*\*

*PLURALISMO Y DERECHOS HUMANOS. CONMEMORACIÓN DE LOS 70 AÑOS DE LA VISITA DEL FILÓSOFO FRANCÉS A CÓRDOBA,*

Gonzalo FERNÁNDEZ - Jorge H. GENTILE (compiladores),  
Córdoba, Alveroni, 2007, 408 págs.

Estoy feliz de poder elogiar este libro por constituir el homenaje de Córdoba, por el Instituto Maritain que lo organizó y lo edita, por la calidad de los autores y por la perennidad del gran filósofo, cuyas convicciones compartimos.

En la imposibilidad de seguir a cada uno de los treinta y un autores, me conformo con subrayar la profundidad de sus reflexiones, a la altura del pensamiento de Maritain.

Por mi parte, cuento que integré el grupo que lo llevó a la estancia jesuítica de Santa Catalina (patrimonio de la humanidad), y lo saludé, pero me excluí del grupo de la fotografía que tengo a la vista, por ser demasiado joven.

Mi deseo es sumarme a los que resaltan la contribución del filósofo al pluralismo, que asegura nuestras libertades y los derechos humanos que nos permiten una convivencia mejor. Hoy están de moda, pero eso no asegura que los comportamientos individuales y colectivos sean mejores. Porque la violencia en distintas formas es regresiva y los viola constantemente. Nuestra sociedad más que pluralista es individualista y relativista, disuelve los vínculos sociales en los egoísmos individuales y atiende lo mismo a los valores que a los antivalores.

El Instituto Maritain de Córdoba pertenece como sección al Instituto Internacional Jacques Maritain con sede en Rosario y tiene entre sus objetivos -escribe Gonzalo Fernández- "*promover estudios e investigaciones sobre los problemas de la persona humana, la cultura, la religión la política y la sociedad, a la luz del pensamiento de Jacques Maritain y de otros pensadores personalistas*". No puedo callar que estos actos tuvieron la gran resonancia que esperábamos, porque el gobierno local y la Universidad Nacional de Córdoba colaboraron decididamente.

Como señaló en su libro, Fernando Martínez Paz, "*ofrecía al hombre moderno la posibilidad de salvar los valores de la inteligencia en el orden especulativo, condición para salvar los valores humanos en el orden práctico*".

De eso se trata. Al repasar las reflexiones de cada autor siento gratitud a quienes hicieron posible este homenaje.

*Pedro J. Frías*

\*\*\*

*LAS ISLAS MALVINAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL,*

de Enrique FERRER VIEYRA,  
Córdoba, Lerner, 2007, 460 págs.

Esta segunda edición ampliada a los 90 años de vida útil por el autor, es una suerte de enciclopedia sobre las islas de la discordia. Ferrer Vieyra es la personalidad más destacada del mundo jurídico cordobés en relaciones internacionales. Fundador y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, su dilatada experiencia diplomática y docente se enriqueció con iniciativas creativas de instituciones y formación de expertos en lo internacional.

En una introducción, Ferrer Vieyra describe la literatura sobre las Malvinas en su carácter geográfico e histórico, pero su libro se refiere exclusivamente a los derechos de nuestro país. Y como no puede ser menos, confía en que, alguna vez ese territorio nuestro irredento, quede bajo la soberanía argentina. En las 460 páginas, el autor estudia los títulos argentinos y británicos, la prescripción adquisitiva, la libre determinación de los pueblos, las Malvinas y la Antártida Argentina, la jurisprudencia internacional sobre reclamación de soberanía, la bibliografía



política inglesa sobre las islas, antecedentes sobre el arbitraje, la “fecha crítica” y aún más. Es completísimo para formar opinión sobre el actual diferendo.

Creo interesante este párrafo hacia el final del libro y lo transcribo: *“En el caso de Malvinas los gastos de defensa de Gran Bretaña se hacen cada día menos justificables. Es necesario, entonces, que las islas se autofinancien. De allí la necesidad de acuerdos con Argentina, sobre facilidades de pesca y explotación conjunta de hidrocarburos. Empero, eso sólo puede hacerse, jurídicamente, en base a una renuncia de nuestros derechos de soberanía. Una solución tipo “Gibraltar” por razones de hecho y de derecho es imposible. Pensamos que sólo quedan, a Argentina, dos alternativas: en el orden bilateral, discutir con Gran Bretaña distintas soluciones al problema de fondo, entre las que la posibilidad de un “arriendo” no debe ser desechada; en caso de fracaso, debemos considerar seriamente recurrir a los procedimientos que ha creado la comunidad internacional para la solución de este tipo de controversias. No creo que debamos oponernos a que, siguiendo una tradición ilustre respetuosa del derecho, Argentina acepte u ofrezca recurrir al arbitraje, así como recurrir a la Corte Internacional de Justicia si fuera necesario. Debemos tener presente que tiempo que pasa es tiempo que deteriora nuestros derechos”. Hay una fuerte presión por parte de Gran Bretaña para transformar el diferendo en “cuestión política, no jurídica” como hemos visto afirmar en los documentos transcriptos”.*

Me siento reconocido al maestro Ferrer Vieyra por esta notable contribución. Y de su generosidad para servir a la sociedad, no puedo callar el gesto de donar su notable colección de incunables y cuasi incunables -única- a la Universidad de Córdoba.

Las Malvinas seguirán siendo objeto de nuestra atención. El Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) acaba de editar un libro también útil por su información.

Me hace bien tener la oportunidad de destacar la obra del maestro cordobés. Lo es Ferrer Vieyra.

*Pedro J. Frías*

\*\*\*

### *PROBLEMAS POLÍTICOS, ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LATINOAMÉRICA,*

de Mario Rafael KRAUSE,

Córdoba, Universidad Católica, 2007, 275 págs.

Con los más altos títulos en ciencias económicas, el autor es un pensador integral. Lo demuestra la satisfacción con que se leen estas reflexiones que responden al título de la obra.

En el prólogo, Krause quiere que su obra sea un “desatador” de los debates que necesita nuestra región sudamericana, para comprometer más a sus dirigencias y a todos los que aspiramos a ser verdaderos ciudadanos y no simplemente habitantes, para consolidar la región, amenazada de marginación en el mundo global y de pérdida de oportunidades para crecer.

En once capítulos, habla de los fuertes pero frágiles liderazgos políticos, luego del caudillismo y nos reconocemos. Pasa a examinar la estructura económica a partir del capítulo 4. Señala las carencias en energía y medios de comunicación. Subraya que la combinación entre medios de transporte es indispensable para lograr mayor eficiencia en economía, garantizar la seguridad de los pasajeros y la automatización de los controles en tiempo real. Por mi parte, lo he verificado cuando durante años he recorrido todo el país. *“En materia energética -escribe- el desarrollo de la infraestructura se ha caracterizado por un permanente despilfarro de recursos, ya que el aprovechamiento de las fuentes renovables no alcanza ni al 20% del potencial de la región”.* Hacia el 2001 habrá que importar... Los casos brasileño y venezolano se estudian con la misma solvencia que el caso argentino.

El capítulo 6 estudia la producción agropecuaria, tan decisiva, pero ¿faltará agua? Es un problema universal. Los precios no los decidimos nosotros. La información del libro es notable

y yo, que he sido productor agropecuario, la vivo al momento pero hay que pensar en el porvenir. La injusticia en la distribución de la renta mundial nos ilustra, nos duele y nos compromete a insertarnos en el sistema global para tener alguna capacidad para superarla.

El potencial minero es el tema del capítulo 7. Sigo muy interesado en la historia de estos temas, que el autor domina.

El capítulo 8 nos presenta el desarrollo histórico de los cuatro países del noroeste sudamericano, sobre el Pacífico, que nos dice están ansiosos por mejorar su capacidad de aprovechar sus ventajas naturales. Lo que hace a Estados Unidos es exportar su déficit “de llanto”, que le permite “*dar sin perder, prestar sin endeudarse y comprar sin pagar*”. El estudio sobre los Estados Unidos es imprescindible y para mí original, porque ignoramos bastante. Y como participante de congresos del CLADEA -Consejo Latinoamericano de Escuelas de Administración- el autor ofrece una información excepcional.

El sumario presenta mejor los temas que mi nota. Y las reflexiones finales, que son las de un estadista, señalan la necesidad de coordinación, de recuperar la seguridad jurídica para que haya inversiones y otras tan importantes que omito para invitar a leer el libro. Si nuestros gobernantes lo ignoran seguiremos sin futuro. El futuro está en esta sexta obra de Krause.

*Pedro J. Frías*

\*\*\*

### *CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA,*

de Mario MARTÍNEZ CRESPO,

Córdoba, Advocatus, 2007, 842 págs.

A quien conozca los trece libros del autor en temática jurídica y cultural, no le extrañará el valor excepcional de éste, de 842 páginas. Titular de un estudio jurídico tan destacado, formador de jóvenes profesionales, no desconoce lo que necesitan sus colegas para dominar alguna norma constitucional. Por eso se ocupa de concordancias, bibliografía especializada, anotada con doctrina nacional y jurisprudencia nacional y extranjera. Es una enciclopedia.

Pongo un ejemplo: el conocido art. 14 sobre los derechos de los habitantes. Después de marcar las concordancias, la bibliografía especializada abarca seis temas: la doctrina tiene once páginas de bibliografía; treinta y cinco páginas de jurisprudencia extranjera. Es un trabajo excepcional. Sobre libertad de culto, por ejemplo, pocas veces he visto un itinerario tan completo.

Me sorprende también el acierto con que divide los temas de cada artículo, lo que facilita la búsqueda. Es que, como he dicho, su notable experiencia en la profesión, ha refinado su instinto para el derecho, en este caso, el derecho constitucional.

También subrayo el art. 41 sobre el ambiente, tema decisivo ahora cuando el cambio climático se muestra en los excesos. Las catorce páginas de doctrina, jurisprudencia nacional y extranjera y bibliografía constituyen por sí solas un estudio actualizado como pocos.

Creo que más ejemplos no son necesarios para subrayar el interés práctico de este libro, al que el autor ha dedicado seguramente mucho tiempo, porque una ordenación como la suya y yo jamás hubiera tenido la paciencia y la tenacidad más la información que representa esta obra.

El derecho público argentino reconoce en ella la mayor contribución de nuestro tiempo. También el Estado de derecho porque sin conocimiento genuino de la Constitución no hay, como creo que no lo hay ahora en la medida que la Constitución lo requiere. Confío en que sea un elemento valioso para que todos nos comprometamos para que los gobiernos próximos abandonen la hegemonía como secreto proyecto de perduración.

*Pedro J. Frías*

\*\*\*

*ETICA Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL,*

de Rodolfo L. VIGO,

Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, 312 páginas.

I. A finales del año pasado, la prestigiosa editorial Rubinzal-Culzoni publicó un nuevo libro del Dr. Rodolfo Vigo, quien desde mucho tiempo atrás es un colaborador de dicha casa editorial en temas específicos y que habitualmente conocemos como propios de la filosofía del derecho en general. El libro lleva por título *Etica y responsabilidad judicial* y seguramente que se habrá de instalar en el tiempo venidero, como un auténtico hito de la bibliografía básica en dicha materia.

De todas maneras y como es de alguna forma previsible en una sociedad de profuso consumo jurídico, a veces más urgida por las necesidades de índole práctica resolutive inmediata y no por aquellas otras que buscan profundizar en los problemas de la realización personal y profesional nada menos, de quien es la figura central de todo el derecho judicial como es el propio juez; el libro para no pocos, habrá de ser considerado como una nueva teorización de los tópicos que hacen a la ética y por lo cual, temas -se dirá rápidamente- que pueden aguardar en su lectura y aplicación.

En realidad, para gran parte de la comunidad judicial de la República Argentina -y como lo hemos afirmado en varias ocasiones-, las cuestiones de la ética judicial son más de índole individual que social y por ello, nada corresponde decir acerca de ella; por lo cual, los temas abordados por caso ahora en este libro, serán algo así como *flatus voci*.

Desgraciadamente, dicha ingrata creencia en ciertos operadores judiciales, hace que tanto esfuerzo se vea abrazado sólo por un pequeño número de lectores y efectores judiciales; pero sin embargo a lo largo del tiempo han logrado establecer en modo silencioso pero constante, junto a otros *opus* -no necesariamente bibliográficos- una auténtica avanzada en los temas de la ética y la responsabilidad de los jueces.

Desde este punto de vista no se puede desconocer que Vigo ha venido pregonando, conferenciando y escribiendo en manera incansable sobre estas cuestiones, habiendo movilizado buenos movimientos legislativos en la República Argentina en la materia y finalmente generando conciencia de la importancia de la ética judicial en Iberoamérica igualmente.

La importancia del presente volumen está dada en que los trabajos anteriores del Dr. Vigo en la materia, estaban registrados en manera muy dispersa en diversas revistas jurídicas o en otras de ámbitos académicos a las que quizás no existía un acceso fácil al menos para el lector corriente y además de ello, la obvia falta de sistematización de tales artículos que como tal, no estuvieron escritos en miras como producciones científicas dispuestas a ser comprendidas como un todo, por todo ello es que saludamos con entusiasmo el libro finalmente aparecido.

De tal guisa corresponde decir, que la obra que ahora es comentada, recoge toda la experiencia del producido intelectual de Rodolfo Vigo en la materia de la ética judicial y que incuestionablemente hay que señalar, que se trata el nombrado de la palabra más autorizada en la República y quizás fuera también, para hablar de ella; pero ahora, escritos -al menos la mayoría- los capítulos, especialmente para ser incorporados a un solo universo bibliográfico por lo cual, la unidad de concepto, de discurso y de profundidad en el análisis de los temas tiene la textura gradual y natural que todo buen libro de texto -diríamos entre pedagógico y divulgativo- tiene que tener.

El autor quiere que la ética judicial sea conocida, que sean reconocidos los diferentes modelos que existen a propósito de la codificación en ética judicial y todo eso debe ser dicho, de la manera mas sencilla posible, pero sin perder la precisión que permite luego diferenciar

diversos comportamientos de jueces en tanto que ellos, comprometan o no su misma eticidad profesional y por lo tanto, resulten generativos de responsabilidad judicial o no.

No dudamos que en el corto plazo la magistratura argentina -que integramos- promoverá un auténtico giro copernicano y abrazará de la misma manera que alguna vez lo hizo con el normativismo como forma natural de encontrar el camino de resolución de los problemas judiciales a la ética judicial, entendiendo a ella como el único camino digno de transitar en aras de lograr un reconocimiento de la confianza pública que en lo institucional judicial debe existir en cualquier sociedad que se sienta propiamente republicana. Los jueces no son hombres que sólo dicen el derecho y lo aplican sobre el resto de los ciudadanos, sino que deben tener la verdadera autoridad moral -privada y pública- para que el efecto jurisdiccional de la resolución tenga también el peso ético de quien la dicta; el presente libro de Vigo es un ariete en dicho sentido y tan pronto los poderes judiciales concluyan por reconocer que su fortaleza está, no en las resoluciones que dictan, sino en la autoridad ética de quienes las dictan, la obra del Dr. Vigo tendrá una necesidad y utilidad que sobrepasará los meros intereses curiosos de ávidos lectores de buenas cosas.

II. El libro a lo largo de sus 304 páginas desarrolla sus cuestiones en 18 capítulos a los cuales se agrega un anexo de instrumentos que se vinculan con la materia de la ética y la responsabilidad judicial. Intentaremos mostrar en manera rápida los núcleos primarios de la obra, mas no siendo nuestro objetivo hacer una exégesis de los capítulos ni mucho menos, pues a esta altura de las circunstancias y siendo el tema considerado el de la ética judicial, la verdadera fortaleza es que de ello se ocupen los propios lectores.

En dicha operatoria y quitando el anexo del que se ha dado noticia más arriba, el libro tiene cuatro grandes secciones -reiteramos no indicadas por el autor y por ello bajo nuestro riesgo la taxonomía- y que serían las siguientes:

1) *Ética (y responsabilidad) judicial fundamental*, ello se estudia a lo largo de los capítulos 1, 2, 5, 8, 9 y 10; en ellos, el autor explica la consistencia epistemológica y disciplinar de la ética judicial y por lo tanto, la necesidad de superar el marco meramente individual y personal de la ética cuando quien será sujeto pasivo de ella, ocupa una función pública y por lo tanto, cuando se le reclama por la sociedad un plus ético. Se describen los caminos a veces tortuosos de la realización de la ética judicial en nuestro país, hasta la enumeración de los llamados principios de ética judicial, al paso de explicar el autor con sobrado detalle, las diferencias que existen entre la responsabilidad ética de las que habitualmente conocemos de los magistrados: penal, civil y administrativa. Finalmente se detiene en recordar la forma de actualizar la ética judicial en ciertas materias o áreas de por sí, siempre sensibles para la magistratura como es lo vinculado con la justicia de menores y la manera de establecer una relación genuina y ética con los medios de comunicación social.

2) *Hermenéutica de la ética judicial desde los derechos humanos*, dicho apartado se construye a partir de la síntesis de los capítulos 3, 4, 11 y 14; el denominador común que en los mismos existe es que se otorgan elementos de análisis interpretativo, para que la gama de principios que han sido desarrollados teóricamente puedan ser puestos operativamente en práctica. Y ello como es de imaginar, exige de una cierta *techné* que debe ser enseñada y en gran medida ella está asentada, en que el magistrado se desligue de ciertos modos mecanicistas de la aplicación del derecho, asuma los compromisos consecuenciales de sus propias resoluciones y se advierta como indiscutible agente de cambio social para lo cual, la sociedad le reclama de exigencias éticas judiciales. A la luz de dicha dinámica operativa, la presencia de los derechos humanos en la actividad jurisdiccional pierde todo marco de ideologización y aparece como lo que es, un *prius* de referencia inmovible en la realización judicial. A los efectos de mejor concretizar dichos aportes, el autor se encarga de señalar cuales serían los más óptimos caminos para una capacitación adecuada para los poderes judiciales. En tal ocasión nos vuelve a mostrar Vigo, ciertos anquilosamientos que han existido en dicha materia y porque no decirlo, pérdidas irremediables de tiempo en donde no se ha ido por la senda adecuada en dicha materia.

3) *Cuestiones de ética judicial comparada*; a lo largo de los capítulos 6, 7 y 12 el autor hace una referencia ilustrada acerca de otros países latinoamericanos en donde los códigos de ética judicial comienzan a tener un funcionamiento deseable como es el caso de Paraguay y México; como también dedica un breve capítulo a otorgar una serie de fundamentos que avalarían desde la ética la generación de un Tribunal del Mercosur. Huelga señalar que la lectura del derecho comparado es siempre importante, porque permite rectificar los inadecuados caminos que en determinada materia judicial se puedan estar llevando adelante. En los temas de la ética judicial el aporte en el libro del Dr. Vigo es muy valioso, porque con independencia de la propia idiosincrasia que jueces mexicanos y paraguayos puedan tener, lo cierto es, que son países que vienen de sistemas político-democráticos cuestionados y que gran parte del esfuerzo de superación de ello pasa también, por la reforma judicial que con base en la ética judicial se está ejecutando, y ello los capítulos del libro lo reflejan con claro interés discursivo.

4) *Prólogos -del autor- a obras de ética judicial*; ello se contiene en los capítulos 15, 16, 17 y 18 del libro y si bien, puede parecer un tanto heterodoxa la incorporación no existe petulancia alguna en dicha inserción. Nos explicamos, pues cuando es tan escaso el mundo bibliográfico que existe sobre una determinada materia, es parte de una generosidad intelectual el otorgar la adecuada difusión de lo existente. En el caso concreto, por la autoridad intelectual incuestionada que Rodolfo Vigo tiene en la materia de la ética judicial ha intervenido como prologuista en la mayoría de las pocas obras que se han escrito directa o indirectamente sobre el tema, y en cada una de esas oportunidades, ha ido sumando un nuevo ladrillo al muro de conocimiento y formación de dicha materia, por lo cual, el prólogo es también un pequeño pero sustantivo aporte al libro que resulta prologado y por lo tanto, aprovechable integralmente para los lectores.

III. En síntesis entonces, no se puede dejar de reconocer que el Dr. Rodolfo Luis Vigo ha puesto a la mano de la totalidad de la comunidad de jueces, juristas y litigantes una obra que traspassa los intereses académicos, para instalarse en el corazón de la realización judicial diaria; y que deja fuera de toda duda que ella podrá seguir siendo cumplida como lo es hasta hoy o puede ser mejorada activamente desde la iluminación de la ética judicial y la existencia o no de los diferentes instrumentos deontológicos que a ella la animan.

Mas resulta parte de la responsabilidad actual de los magistrados el definirse de qué manera quieren continuar siendo magistrados y por lo tanto también, cuál es la manera en que están colaborando actualmente para las generaciones futuras de jueces de una República auténtica, donde los tratos confiables y decentes sea una regla común de la magistratura y por ello, la sociedad vuelva a depositar plena confianza en ella y pueda con tranquilidad de espíritu acudir al juez como quien acude a la justicia viviente, para decirlo con palabras del Estagirita.

*Armando S. Andruet (h)* <sup>1</sup>

Notas:

<sup>1</sup> Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Rep. Argentina). Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

**COMPILACIÓN DE DOCTRINA  
PUBLICADA EN LOS ANALES  
1997-2007**

## ANALES 1997

Miguel A ESPECHE GIL, *Deuda externa*.

Mario MARTÍNEZ CRESPO, *La probidad y la buena fe en el proceso*.

Horacio ROITMAN, *El derecho comercial al finalizar el siglo*.

Antonio Manuel MORALES, *Voluntad y causa en la teoría del negocio jurídico de Federico de Castro*.

Ramón D. PIZARRO, *El principio de reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva*.

Luis E. MARTÍNEZ GOLLETTI, *Presente y futuro de la unidad económica en la Argentina*.

Pedro J. FRÍAS, *Las relaciones federales y sus nuevos escenarios*.

Juan Manuel APARICIO, *La reforma constitucional de 1994 y el derecho privado*.

Jorge DE LA RÚA, *La reforma de 1994 y su influencia en las ciencias penales*.

Efraín H. RICHARD, *Las comunidades indígenas (el art. 75 inc. 17 C.N. y efectos de su personalidad jurídica)*.

Olsen A. GHIRARDI, *La constitución de los atenienses*.

Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *El servicio público en el derecho administrativo actual*.

Daniel P. CARRERA, *Garantías del proceso penal con arreglo a la Constitución de Córdoba*.

Joaquín M. LÓPEZ, *¿Debe modificarse el Código de Aguas?*

Pedro J. FRÍAS, *Diez tesis sobre la función internacional de la Santa Sede*.

## ANALES 1998

Pedro J. FRÍAS, *Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica*.

Héctor GROSS ESPIELL, *Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y el art. 29 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

José MASSAGUER, *La propiedad industrial en el umbral del siglo XXI: los retos de la globalización de la economía y de la integración transnacional de los mercados*.

Víctor H. MARTÍNEZ, *Desarrollo versus naturaleza*.

Efrén BORRAJO DACRUZ, *El sistema político de seguridad social: presente inquieto y futuro abierto*.

José M. EMBID IRUJO, *Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital*.

Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Cesación del daño*.

José Severo CABALLERO, *Los actos suspensivos e interruptivos de la prescripción de la acción en el proceso penal*.

Víctor H. MARTÍNEZ, *Modelo económico y minería*.

Víctor H. MARTÍNEZ, *El dominio eminente*.

## ANALES 1999

Pedro J. FRÍAS, *Condición de la minorías*.

Pedro J. FRÍAS, *Política, economía y desarrollo*.

Eusebio GONZÁLEZ GARCÍA, *Interpretación de las normas tributarias*.

Santiago BENADAVA, *Estabilidad y cambio en derecho internacional*.

Ariel ALVAREZ GARDIOL, *El pensamiento iusfilosófico de Sebastián Soler*.

Humberto VÁZQUEZ, *Filosofía de la pervivencia del derecho romano*.

Antonio María HERNÁNDEZ, *Regiones, provincias y municipios en el proceso de integración.*  
Eduardo I. FANZOLATO, *Prestaciones económicas posconyugales.*  
Luis O. ANDORNO, *Las modalidades de vecindad (art. 2671 del Código Civil).*  
Manuel A. FERRER, *El espíritu del Convenio de Varsovia de 1929.*  
Ramón P. YANZI FERREIRA, *La enseñanza del derecho en la Universidad Hispano-Indiana. La Universitas Cordubensis Tucumanae.*  
Efraín H. RICHARD, *Las relaciones de organización y la unidad del derecho privado.*  
Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *La intervención del Estado.*  
Olsen GHIRARDI, *El pensamiento de Alfredo Fraguero.*  
Justo LAJE ANAYA, *La persona por nacer y la legítima defensa.*  
Víctor H. MARTÍNEZ, *Córdoba y el canal Federal.*  
Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Calendario Gregoriano y fin del segundo milenio.*

## **ANALES 2000**

Domingo GARCÍA BELAÚNDE, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional.*  
Francisco E. CERRO, *El principio de subsidiaridad en el siglo XXI.*  
Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, *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).*  
Sergio ZAVALA LEIVA, *Teoría general de los títulos valores en la legislación mercantil de Honduras.*  
Efraín H. RICHARD, *La conveniencia del registro del cheque de pago diferido.*  
Oscar H. VENICA, *Los argentinos frente a la ley.*  
Pedro J. FRÍAS, *Las ideas políticas de Bolívar: transición y futuro.*  
Pedro J. FRÍAS, *La empresa rural en un país hecho a caballo.*  
Humberto VÁZQUEZ, *Vélez Sársfield y su monumento emplazado en esta ciudad.*  
Héctor B. VILLEGAS, *La cuestión municipal en la Argentina.*  
Antonio M. HERNÁNDEZ, *El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales.*  
Justo LAJE ANAYA, *Robo con armas.*  
Efraín H. RICHARD, *Ineficacia de la ley concursal.*  
Juan Carlos PALMERO, *Proyecto de Código Civil.*  
Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Proyecto de Código Civil.*  
Eduardo I. FANZOLATO, *El concepto de familia en el derecho latino.*

## **ANALES 2001**

Hernán N. RACCIATTI, *Aspectos del régimen de propiedad horizontal vigente y su perfectibilidad.*  
Fernando VIDAL RAMÍREZ, *Del ius romano a los derechos humanos de la Convención Americana.*  
Ricardo Luis LORENZETTI, *Problemas actuales de la teoría contractual.*  
Zlata DRNAS DE CLÉMENT, *La organización de la comunidad internacional a inicios del tercer milenio.*  
Juan José CASIELLO, *El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible.*  
Nelson C. DELLAFERRERA, *La acción espiritual y civilizadora de la justicia eclesiástica en el antiguo Tucumán.*



Ricardo HARO, *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad.*  
Armando S. ANDRUET, *La sentencia judicial. Diversas conceptualizaciones de ella.*  
Miguel C. ARAYA, *Las transformaciones en el derecho societario.*  
Pedro F. SILVA-RUIZ, *Compraventa internacional de mercaderías.*  
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley.*  
Efraín Hugo RICHARD, *Derecho y economía, el desafío del siglo XXI.*  
Efraín Hugo RICHARD, *La crisis financiera argentina.*

## **ANALES 2002**

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI.*  
Sergio MARTÍNEZ BAEZA, *Escuela Chilena de Historia del Derecho: aportes y desarrollo.*  
Jaime LLUIS y NAVAS, *El sistema jurídico de la Unión Europea.*  
Pedro J. FRÍAS, *La crisis argentina.*  
Justo LAJE ANAYA, *¿Existe una culpabilidad civil y una culpabilidad penal?*  
Fernando P. BREBBIA, *Extrativismo y actividad agraria.*  
Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *La función administrativa.*  
Antonio María HERNÁNDEZ, *La inconstitucionalidad del “corralito” financiero y bancario.*  
Ernesto REY CARO, *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur.*  
Olsen A. GHIRARDI, *¿La americanización del derecho?*  
Efraín Hugo RICHARD, *Situación del sistema bancario argentino.*  
Pedro J. FRÍAS, *La “media palabra” presidencial para la gobernación de Córdoba.*  
Humberto VÁZQUEZ, *El Dr. Dalmacio Vélez Sársfield en su profesión de abogado. Una defensa penal.*  
Alberto Pascual MAIZTEGUI, *Acuerdo Argentina-Australia sobre usos pacíficos de la energía nuclear.*  
Efraín Hugo RICHARD, *Asistematicidad de la reforma concursal.*

## **ANALES 2003**

Ulises PITTÍ, *Efectos del convenio arbitral pactado por la autoridad del Canal de Panamá.*  
Diego VALADÉS, *El gobierno de gabinete y el sistema presidencial.*  
Allan R. BREWER CARÍAS, *El amparo en América Latina: la universalización del régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales.*  
Ricardo ALONSO GARCÍA, *El proceso de constitucionalización de la integración europea.*  
Jorge GIAMMATTEI AVILÉS, *La comunidad centroamericana. Su sistema jurídico institucional.*  
Pascual E. ALFERILLO, *Reflexiones sobre la “mala fe”.*  
Jorge Walter PEYRANO, *La acción preventiva.*  
Olsen A. GHIRARDI, *L'influenza degli italiani nella generazione argentina de 1837.*  
Luis E. MARTÍNEZ GOLLETTI, *Agricultura y derecho agrario.*  
Víctor H. MARTÍNEZ, *Esquel y un proyecto minero.*  
Ramón Pedro YANZI FERREIRA, *Los delitos de robo y hurto en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán.*  
Olsen A. GHIRARDI, *La generación del '37 y la revista La Moda.*

Antonio María HERNÁNDEZ (h), *El fallo de la Corte Suprema en “Provincia de San Luis” y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica.*

#### **ANALES 2004**

Marcelo J. LÓPEZ MESA, *La responsabilidad profesional: aspectos relevantes en la doctrina y jurisprudencia europea actual*

Rolando Oscar GUADAGNA, *El juez civil de primera instancia en una democracia compleja.*

Antonio Juan RINESSI, *La capacidad de los menores.*

Roberto G. LOUTAYF RANEA, *Abuso procesal.*

Ricardo Alberto MUÑOZ, *El poder constituyente y los tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente.*

Ernesto Clemente WAYAR, *La teoría del incumplimiento.*

Alberto M. SÁNCHEZ, *Globalización y derecho interno.*

Juan Carlos VEIGA, *Responsabilidad en la sociedad comercial.*

Pedro J. FRÍAS, *Un protagonista del Estado de derecho en el siglo XIX: Félix María Olmedo.*

Pedro J. FRÍAS, *Momentos de la cultura política latinoamericana.*

Víctor H. MARTÍNEZ, *Comunicación sobre proyectos mineros en San Juan.*

Luis E. MARTÍNEZ GOLLETTI, *Acerca de un derecho hereditario agrario.*

Ricardo HARO, *Reflexiones sobre la normatividad y experiencia funcional del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. (Las atribuciones de selección, remoción y disciplinarias respecto de los magistrados).*

Humberto VÁZQUEZ, *Palabrerío, pero con fundamento.*

Zlata DRNAS DE CLÉMENT, *La invasión de Estados Unidos en Iraq. Legalidad-legitimidad vs. pragmatismo globalizante.*

Ernesto J. REY CARO, *La reforma de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad.*

#### **ANALES 2005**

Manuel CORNET, *Responsabilidad civil del cirujano plástico.*

Hilda Eva CHAMORRO GRECA DE PRADO, *El concepto de anomia, una visión en nuestro país.*

Michel ROSENFELD, *A pluralist of political rights in time of stress.*

Mario MIDÓN, *Una respuesta que nos debemos: ¿por qué vivimos en el reino de la emergentocracia?*

Paolo COMANDUCCI, *Constitucionalización y teoría del derecho.*

Francesco GALGANO, *Empresa transnacional y mercado global.*

Luis E. MARTÍNEZ GOLLETTI, *Marcas y señales, propiedad del ganado y Constitución Nacional.*

Pedro J. FRÍAS, *La cultura federal.*

Pedro J. FRÍAS, *La justicia.*

Pedro J. FRÍAS, *A 25 Años de la propuesta pontificia en la mediación.*

Juan Carlos PALMERO, *Derecho a la intimidad y genoma humano.*

Armando S. ANDRUET, *Testamento vital: un análisis provisorio.*

Víctor MARTÍNEZ, *Economía y ambiente.*

Efraín Hugo RICHARD, *Sociedad de hecho o accidental.*

Efraín Hugo RICHARD, *Pluralidad de socios y cuestiones conexas.*

- Efraín Hugo RICHARD, *Propuestas abusivas en concursos: una visión diferente*
- Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *Actos administrativos que emanan de personas jurídicas públicas no estatales y de personas jurídicas privadas.*
- Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, *Las erratas en la publicación de las normas legales.*
- Antonio María HERNÁNDEZ, *Valoración de la reforma constitucional en su undécimo aniversario.*
- Ramón Daniel PIZARRO, *Modernas fronteras a la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde una perspectiva constitucional.*

## **ANALES 2006**

- Domingo J. SESIN, *El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica.*
- Raúl ALTAMIRA GIGENA, *Hacia un nuevo ámbito personal del derecho del trabajo.*
- Alejandro PÉREZ HUALDE, *El sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades.*
- Carlos E. PETTORUTI, *Aportes para una filosofía de la interpretación del derecho.*
- Daniel ZOVATTO GARETTO, *La regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina.*
- Florentino V. IZQUIERDO, *Aborto y Constitución Nacional. Necesidad de modificar el Código Penal argentino.*
- Jaime VIDAL PERDOMO, *Algunas observaciones sobre el control constitucional en Colombia.*
- Paulo BONAVIDES, *O constitucionalismo brasileiro na época do Império.*
- Pedro J. FRÍAS, *La democracia y sus interrogantes.*
- Luis E. MARTÍNEZ GOLLETTI, *El pensamiento religioso en la Asociación de Mayo.*
- Pedro J. FRÍAS, *La redención de las provincias.*
- Víctor H. MARTÍNEZ, *El conflicto sobre las papeleras.*
- Hilda E. CHAMORRO GRECA DE PRADO, *La relación de Ortega con la sociología.*
- Efraín H. RICHARD, *Ensayo sobre el acuerdo concursal.*
- Ernesto REY CARO, *El conflicto argentino-uruguayo sobre las “pasteras” (papeleras) ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya.*
- Zlata DRNAS DE CLÉMENT, *La ordenanza de la Corte Internacional de Justicia sobre la aplicación de medidas provisionales en el caso de las pasteras uruguayas. ¿Constituye un revés para Argentina?*
- Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *Algunas consideraciones acerca de la actividad estatal para promover el bienestar general.*
- Manuel CORNET, *La enseñanza del derecho.*
- Ramón P. YANZI FERREIRA, *La enseñanza de la economía política en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.*

# **MEMORIA**

*Palabras pronunciadas el 24 de abril de 2007, por el Dr. Olsen A. Ghirardi, en el acto de la asunción de las nuevas autoridades de la Academia electas en la sesión del 13 de marzo del año 2007.*

Señores Académicos:

Por primera vez esta Corporación realiza un acto público con el objeto de que las nuevas autoridades asuman sus respectivos cargos. Hemos estimado que la importancia del ente, su dimensión intelectual en el orden nacional y más allá de nuestras fronteras, merecía un acto de relieve en el seno de nuestra sociedad.

Dada la respuesta pública, reflejada en la asistencia de las personalidades y del público que nos acompaña, extremo que agradecemos con nuestro reconocimiento cordial, en esta circunstancia nos sentimos muy felices.

Hace seis años, tal día como hoy del año dos mil uno, la Comisión Directiva, que he presidido hasta el día de hoy, emprendía un camino a lo largo del cual veíamos reflejada la ruta fijada por nuestros antecesores, que nos iluminaban los pasos a seguir. Una serie de brillantes presidentes y no menos brillantes colaboradores -para referirnos tan sólo a quienes ocuparon cargos prominentes en el último cuarto de siglo sin mengua de los anteriores- señalaban los principios y valores que nos propusimos cultivar y conservar. Así, los académicos presidentes, doctores Poviña, Frías y Moisset de Espanés fueron nuestros guías.

A través de la experiencia recogida ninguna tarea de esta naturaleza se muestra demasiado fácil. Se hace preciso dedicarle el tiempo necesario que ella requiere, con constancia, perseverancia y prudencia. Creemos haberlo hecho en la medida de nuestras fuerzas con la permanente conciencia de que realizábamos una tarea institucional. Más allá de la natural y legítima ambición de cada individuo, teníamos absolutamente en claro que nuestra Corporación, a la manera del árbol ya plantado, necesitaba del abono y del riego, que su especial naturaleza exigía para que su desarrollo fuese óptimo. El objetivo fundamental no estaba sólo en nuestros corazones sino en el darse para la institución.

No haremos una relación de logros obtenidos. Sabemos muy bien que ellos son conocidos por todos los miembros de la Corporación y pareciera una vanidad recordarlo. Una cuota de humildad nos hace ser prudentes en este juicio, ya que en toda obra no sólo hay aciertos sino también errores, frutos del costado humano del hombre.

Jamás hemos olvidado que nos debíamos a un ente, obra del hombre, fundado, instituido, para hacer que la sociedad a la que pertenecemos pueda ser mejor, más sabia, más honesta y, especialmente, si es posible, más justa. Más allá de los valores humanos cultivados y destacables, hemos deseado cumplir una suerte de decálogo, cuyo primer principio fuera el de la humildad. Sabemos que no siempre es posible ser cabal intérprete de tal actitud porque la subjetividad y la ambición obran, a veces, como un velo que distorsiona la visión intelectual.

Humildad y trabajo, dando de sí todo lo que naturalmente se ubica en la dimensión humana, han sido un norte que nos ha preocupado de manera permanente.

Ya, en forma personal, debo agradecer la colaboración que he recibido de todos los miembros de la Comisión Directiva: del señor vicepresidente, Dr. Ricardo Haro; del señor secretario, Dr. Ernesto Rey Caro; del señor tesorero, Dr. Hugo Efraín Richard; del señor director de publicaciones, Dr. Humberto Vázquez; del señor director de publicaciones adjunto, Dr. Armando Andruet; del señor revisor de cuentas, Dr. Julio Altamira Gigena, y del señor revisor de cuentas adjunto, Dr. Horacio Roitman. Nuevamente, a todos ellos muchas gracias.

Igualmente, me siento obligado a reconocer y agradecer el apoyo que he tenido de todas las señoras y señores académicos de número y miembros conspicuos de esta Corporación. A quienes por razones de salud y de edad no pudieron llegar en esta hora, va también mi reconocimiento y saludo cordial: Dres Alfredo Acuña, Fernando Martínez Paz, Daniel Carrera, Humberto Vázquez y Enrique Ferrer Vieyra.

Quiero recordar el aporte significativo de nuestros miembros correspondientes argentinos que, en número de cuarenta y ocho, residen desde Salta hasta la Patagonia. De la misma manera

debe ser calificada la colaboración de nuestros miembros correspondientes extranjeros que, en número de ochenta y tres, nos representan en casi todos los países de América y en un apreciable circuito europeo.

Es una obligación nuestra calificar con beneplácito la labor del personal, base viva de la institución: la abogada Mirta Bellotti, la licenciada Matilde Tagle de Cuenca y los empleados Juan Carlos Maldonado y Miguel Arrieta.

No olvido que el estudio del contador Alejandro César Maraschio y sus empleados ha aportado también su tarea profesional de manera satisfactoria y cuidada.

Todos ellos contribuyeron a hacer más fácil la tarea, que, según hemos advertido, ha sido cada vez más ardua. Hoy, todo se hace complejo. Las circunstancias de estos tiempos tornan de rigor pasar, a veces, *las duras y las maduras*.

Por otra parte, esta Corporación integra, desde su fundación el Consejo de la Magistratura, en cuya circunstancia hemos participado. No puedo olvidar el desvelo, a este respecto, manifestado por Humberto Vázquez, Daniel Carrera, y, más recientemente, Florentino Izquierdo y Ricardo Muñoz.

Hemos realizado nuestros encuentros bianuales con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, como así igualmente con otras academias de la Capital Federal, en un marco de estrecha solidaridad intelectual e institucional.

A las instituciones editoras de libros y a la prensa que nos han apoyado, agradecemos su aporte y su suficiencia para la publicidad del conocimiento científico y social.

Y, para ir concluyendo, debo confesar que mucho me ha alentado el marco de colaboración -vale la pena repetirlo- que manifestó cada miembro de la Comisión Directiva, en la que, a través de, aproximadamente, ciento veinte sesiones, mostró su contracción a las labores, y su sentido de cuerpo, sin fisuras en las decisiones, conservando permanentemente cada cual su independencia de criterio y sus razones motivadoras.

Agradezco también a Dios que me haya permitido cumplir el segundo período de mi gestión, cosa que, en algunos momentos, al flaquear mi salud, temí que fuera superior a mis fuerzas. Pero, como me gusta repetir, creo que *el espíritu puede más que la materia*.

Siento ya la añoranza del futuro, lo que conmociona mi ser todo. Y por esa razón, he escrito estas palabras, tratando de no olvidar a nadie en la hora de mi partida como presidente, de un cuerpo que me ha honrado y al cual me deberé mientras mi espíritu aliente en mí.

Llegamos, finalmente, al objetivo de este acto: asume en esta circunstancia la Comisión Directiva, para el período de tres años (2007-2010), que fuera electa:

Presidente, Dr. Luis Moisset de Espanés.

Vicepresidente, Dr. Juan Carlos Palmero.

Secretario, Dr. Julio Altamira Gigena.

Tesorero, Dr. Jorge de la Rúa.

Director de publicaciones, Dr. Armando S. Andruet.

Revisor de cuentas, Dr. Héctor Belisario Villegas.

Revisor de cuentas suplente, Dr. Horacio Roitman.

En consecuencia, al concluir mi mandato entrego, en señal simbólica de autoridad, la medalla de la Corporación a su nuevo presidente, Dr. Luis Moisset de Espanés.

MEMORIA DE LA PRESIDENCIA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

EJERCICIO 2007

Honorables Miembros de la Academia:

De conformidad a lo dispuesto por los Estatutos de la Corporación, la Presidencia cumple con su deber de presentar la Memoria de las actividades cumplidas en el período que concluye, elevando la misma a consideración del pleno.

**I. Iniciación del año académico. Memoria y balance. Elección de nuevos integrantes de la mesa directiva para el periodo 2007-2010**

Las actividades se iniciaron con la Asamblea anual realizada el 13 de marzo, oportunidad en la que se leyeron, trataron y aprobaron la Memoria y Balance de Rendición de Cuentas del ejercicio 2006. Dichos instrumentos, conformados por la Academia, fueron remitidos a la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas, a la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), y también al Ministerio de Educación de la Nación.

Luego de la aprobación de la Memoria y el Balance del año transcurrido, los miembros de la Academia procedieron a la elección de las nuevas autoridades de la Mesa Directiva de la Institución para el período 2007-2010. De la misma surgieron las siguientes autoridades:

Académico Presidente: Luis Moisset de Espanés

Académico Vicepresidente: Juan Carlos Palmero

Académico Secretario: Julio I. Altamira Gigena

Académico Tesorero: Jorge de la Rúa

Académico Director de Publicaciones: Armando Andruet (h)

Académico Revisor de Cuentas: Héctor Belisario Villegas

Académico Revisor de Cuentas suplente: Horacio Roitman

Dichos miembros tomaron posesión de sus cargos en sesión ordinaria del día 24 de abril de 2007, a la cual asistieron numerosos miembros correspondientes nacionales y extranjeros, al igual de instituciones locales y del exterior.

En la aludida sesión, se hizo entrega al Sr. Presidente saliente, Dr. Olsen Ghirardi, de la medalla y diploma de la institución por el cual se lo designara Presidente Honorario de la misma. Acto seguido se hizo alusión a las actividades futuras a desarrollarse por esta Presidencia.

**II. Exposiciones de académicos de número**

En el Curso del año académico 2007, como parte de la actividad de estudio de la Academia, durante sus sesiones ordinarias, sus miembros de número realizaron en Aula las siguientes exposiciones:

1) Sesión ordinaria del 27 de marzo: “Consensos en el año electoral”, por Pedro J, Frías.

2) Sesión ordinaria del 8 de mayo: “Contrato de Franquicia. Ley Modelo de Unidroit”, por Horacio Roitman.

3) Sesión ordinaria del 5 de junio: “La buena fe en la contratación administrativa”, por Julio I. Altamira Gigena.

4) Sesión ordinaria del 19 de junio: “Insolvencia societaria”, por Efraín H. Richard.

5) Sesión ordinaria del 24 de julio: “La ley de riesgos del trabajo (Nº 24.577)”, por Raúl Altamira Gigena.

6) Sesión ordinaria del 7 de agosto: “Cuestiones de política criminal en Argentina”, por Jorge de la Rúa.

7) Sesión ordinaria del 21 de agosto: “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su autonomía plena”, por Antonio M. Hernández.

8) Sesión ordinaria del 11 de septiembre: “Aproximación al pensamiento jurídico de Enrique Martínez Paz”, por Juan Carlos Palmero.

9) Sesión ordinaria del 25 de septiembre: “El impacto y la importancia de la asesoría letrada en la justicia penal de Córdoba del Tucumán en el período tardo colonial”, por Ramón P. Yanzi Ferreira.

10) Sesión ordinaria del 9 de octubre: “Reflexiones sobre actualidad política”, por Pedro J. Frías.

11) Sesión ordinaria del 23 de octubre: “Responsabilidad médica. La historia clínica”, por Manuel Cornet.

12) Sesión ordinaria del 7 de noviembre: “El pensamiento de Carlos Luis de Secondat, Barón de la Bréde y Montesquieu”, por Olsen Ghirardi.

Las exposiciones culminaron siempre en fructuosos diálogos, con la participación y comentario del tema por parte de los miembros presentes.

La Presidencia se congratula por esta actividad de sus integrantes, que ha sido mantenida en los últimos períodos, y expresa su esperanza de que pueda incluso acentuarse, tomando parte de ella cada año la mayoría de los miembros de número.

### **III. Designación de nuevos académicos**

#### *a. Académicos correspondientes nacionales:*

En sesión ordinaria del 19 de junio, se designó con el carácter de académica correspondiente en la ciudad de Rosario a la Dra. Noemí Lidia Nicolau.

En sesión ordinaria del 24 de julio se designó con el carácter de académico correspondiente en Rosario al Dr. Juan María Farina.

Posteriormente, en sesión ordinaria del 21 de agosto se designó con el carácter de académico correspondiente en Tucumán al Dr. Ignacio Colombres Garmendía, como así también a la académica correspondiente en Chaco, Dra. María Laura Estigarribia Bieber y en la provincia de Corrientes a la Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau.

#### *b. Académicos correspondientes extranjeros:*

En sesión ordinaria del 19 de junio, se designó con el carácter de académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay al Dr. Arturo Caumont.

Por su parte, en sesión del 24 de julio se designó con el carácter de académico correspondiente en la República de Colombia al Dr. Alejandro Venegas Franco. Por último, en sesión ordinaria de fecha 23 de octubre fue designado como académico correspondiente el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, también en la República de Colombia.

### **IV. Recepción de nuevos académicos**

#### *a. Académicos correspondientes nacionales*



En sesión especial del 3 de julio se recibió al académico correspondiente en Neuquén, Dr. José Daniel Cesano, corriendo la presentación de la trayectoria del académico por cuenta del Presidente Honorario Dr. Pedro J. Frías. El nuevo miembro disertó sobre “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”.

Por su parte, en sesión especial del 18 de septiembre se recibió a la académica correspondiente en Rosario, Dra. Noemí Lidia Nicolau, corriendo la salutación por cuenta del académico de número Dr. Ramón D. Pizarro. La académica disertó sobre “El contrato entre la eficacia, la flexibilidad y la justicia”.

#### *b. Académicos correspondientes extranjeros*

En sesión especial del 10 de abril se recibió al académico correspondiente en Alemania, Dr. Peter Häberle, especialista en Derecho Constitucional, quien fue presentado por el académico de número Dr. Antonio M. Hernández. El Dr. Häberle disertó *a posteriori* sobre el tema “Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo”.

Con fecha 2 de octubre y en sesión especial, se recibió al académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay, Dr. Arturo Caumont, corriendo la salutación por cuenta del Presidente Dr. Luis Moisset de Espanés. El nuevo miembro disertó sobre “El derecho civil y la técnica del lenguaje”.

Por último, y también de la República Oriental del Uruguay, se recibió en sesión especial de fecha 27 de noviembre, al Dr. Gustavo Ordoquí Castilla. En dicha oportunidad fue presentado por el académico de número Dr. Ramón D. Pizarro. El nuevo académico disertó *a posteriori* sobre “Reflexiones sobre la buena fe contractual”.

### **V. Homenajes**

Con fecha 22 de mayo la Academia rindió homenaje a la memoria del extinto profesor y filósofo Alfredo Fragueiro. Adhirieron a la ceremonia, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Universidad Católica de Córdoba, Colegio Nacional de Monserrat, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba y Sociedad Argentina de Filosofía. El Señor Presidente Honorario Dr. Olsen A. Ghirardi se refirió al tema: “El pensamiento de Alfredo Fragueiro”. Por su parte, el Prof. Gustavo E. Funes, designado en la resolución de adhesión del Colegio Nacional de Monserrat, recordó al homenajeado. En representación del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, hizo uso de la palabra el señor académico de número Dr. Armando S. Andruet. El señor académico de número Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira expuso en su condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

### **VI. Creación de nuevo instituto**

Como parte de las gestiones de fortalecimiento y expansión de las actividades de la Academia, que se plasmaran en el plan de actividades aludido en el acto de asunción de la nueva Mesa Directiva, se llevó adelante la creación del Instituto del Nordeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que tendrá su ámbito de trabajo en las provincias de Chaco, Corrientes, Formosa y Misiones y sedes de trabajo en las ciudades de Resistencia y Corrientes. La creación de dicho Instituto y su reglamento respectivo fueron aprobados en sesión ordinaria de fecha 11 de septiembre. A su vez, tal como obra en resolución de la presidencia N° 25, se decidió designar como director del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Región Nordeste, al miembro correspondiente en Chaco, Dr. Antonio Juan

Rinesi y designar como vicedirector del Instituto al miembro correspondiente en Corrientes, Dr. Mario Midón. Por su parte, se designó como secretaria de la sede Resistencia, a la académica correspondiente, Dra. María Laura Estigarribia Bieber y como secretaria de la sede Corrientes, a la académica correspondiente Dra. Mirta G. Sotelo de Andreau.

Cabe agregar también que con igual sintonía se está trabajando para una futura apertura de un Instituto en la Región Noroeste que comprendería las provincias de Santiago del Estero, Tucumán, Salta y Jujuy.

## **VII. Premios, concursos, distinciones**

### *a. Premio Academia*

Nuestra institución hizo entrega nuevamente de este prestigioso premio que reconoce la trayectoria de destacados juristas del país. En la última oportunidad, el jurado del concurso estuvo integrado por los Dres. Ernesto Rey Caro, Raúl Altamira Gigena y Luis Moisset de Espanés. El ámbito del derecho seleccionado para la edición 2007, estuvo especificado en el derecho laboral. La Comisión analizó los antecedentes del único nombre propuesto, Carlos Alberto Livellara, argentino, casado, de 64 años de edad, abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, título otorgado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, y por unanimidad estimó que el nombre propuesto acredita poseer títulos suficientes para hacerse acreedor a esta distinción. Exhibe una larga y fecunda trayectoria de dedicación al estudio, la investigación y la enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por tal criterio el jurado decidió entregar el premio al mencionado jurista, acto que se efectuó en sesión especial el día 2 de octubre, en la cual se le hizo entrega del respectivo diploma, medalla correspondiente y resolución de la presidencia que así lo acredita.

### *b. Premio Joven Jurista*

En la edición 2007 de dicho premio se presentó un considerable número de postulantes (27), habiendo entre los mencionados, graduados de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Universidad Nacional de Cuyo, de la Universidad Católica Argentina, Universidad Católica de Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Universidad de Mendoza, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad del Comahue, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de La Plata. De esta manera, aparece de indiscutible entidad, que el mencionado certamen, cumplió con una buena oferta de expectativa para los jóvenes profesionales de todo el país. De todos ellos, el jurado encargado de seleccionar el mismo, que en dicha oportunidad estuvo integrado por los Dres. Juan Manuel Aparicio, Efraín Hugo Richard y Armando S. Andruet (h), consideraron que sólo tres jóvenes estaban en condiciones de recibir tan alentador premio. Por tal motivo fueron premiados la Dra. Marisa Herrera, al Dr. Alejandro Perotti, y al Ab. Mauricio Boretto. El acto de entrega de los respectivos diplomas se realizó en sesión especial, el día 30 de octubre, con una concurrida presencia de colegas de los premiados y público en general.

### *c. Premio Publicación "Tesis Sobresalientes Dalmacio Vélez Sársfield"*

Retomando la tradición de esta institución, por la cual se llama a concurso para que los recientes doctores que hayan obtenido la más alta nota en sus tesis, pudieran presentarlas a fin de ser publicadas por esta Academia; se presentaron 5 postulantes, de los cuales el jurado integrado por los Dres. Luis Moisset de Espanés (presidente), Jorge de la Rúa (tesorero y penalista), Armando Andruet (h) (director de Publicaciones) y los señores académicos de

número Dres. Juan Manuel Aparicio (civilista), Horacio Roitman (comercialista), Héctor Villegas (tributarista) y el Dr. Antonio María Hernández (constitucionalista), decidieron por unanimidad hacer entrega de la distinción en la edición 2007, a la tesis “El contenido patrimonial del derecho de obtentor”, del Dr. Andrés Sánchez Herrero (Universidad Católica Argentina, Rosario).

Los integrantes del jurado destacan la importancia de este premio, con el cual se galardona y se difunde a través de su publicación, aquellas producciones que alcanzaron el máximo reconocimiento por los tribunales que evaluaron los trabajos de los doctorandos.

Dicho premio brinda una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

El acto de entrega de la certificación que así lo acredita y de ejemplares para el galardonado, se realizó el día 11 de diciembre en la sede de esta institución, previas palabras del Sr. Presidente. A dicho acto, asistieron juristas de la ciudad de Córdoba, anteriores galardonados con el premio y en representación del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el Dr. Miguel Araya, académico correspondiente de esta corporación.

### **VIII. Reunión Conjunta de Academias de Educación, Ciencias y Derecho: “La tutela jurídica del medio ambiente”**

Los días 18 y 19 de octubre se celebró en nuestra sede, la Décimosexta Reunión conjunta entre nuestra Academia y nuestros pares de Buenos Aires. En dicha oportunidad el tema que se desarrolló en el evento, fue “la protección jurídica del medio ambiente”. Estuvo presidida en forma conjunta por la Presidencia de esta Academia y por el Sr. vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Dr. Julio Otaegui. Con una nutrida participación y exposiciones de académicos de ambas instituciones, se desarrollaron entre otros los siguientes temas:

El Sr. académico Dr. Víctor Martínez, expuso sobre “Temas ambientales: el aumento de conflicto. Jurisprudencia ambiental. La competencia”. Acto seguido hizo lo propio el Sr. académico de Buenos Aires, Dr. Juan Carlos Cassagne, quien disertó sobre la temática “Daño ambiental colectivo”. Luego de una breve pausa, se retomaron las exposiciones con la presentación del Dr. Efraín H. Richard sobre el tema “Daño ambiental y seguro”. Luego, el Sr. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Julio C. Otaegui, disertó sobre “Responsabilidad directorial y daño ambiental”. El Dr. Pedro J. Frías expuso sobre “Humanismo ambiental”. Acto seguido la Sra. académica de Buenos Aires, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, presentó su exposición sobre “Ambiente y derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Como cierre de las disertaciones, el Sr. académico de Córdoba, Dr. Ramón Daniel Pizarro, disertó sobre el tema “Responsabilidad por daño ambiental - Aspectos generales”. Esta presidencia fue la encargada de realizar el acto de clausura de la XVI Reunión Conjunta de Academias, la cual quedará plasmada en una próxima impresión en separata que se realizará.

### **IX. Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho y Ciencias Sociales**

En el mes de noviembre se realizó en la Ciudad de Bogotá (Colombia), el VI Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho y Ciencias Sociales. A tal prestigioso evento asistieron en representación de la Academia, el suscrito, como presidente de la institución, como también el Sr. vicepresidente, Dr. Juan Carlos Palmero, el académico secretario Dr. Julio Altamira Gigena y los Sres. académicos de número, Dres. Antonio M. Hernández y Raúl Altamira

Gigena. También asistió el Sr. académico correspondiente, Dr. Florentino Izquierdo. En dicho acontecimiento, se realizó la elección de nuevas autoridades para la Mesa Directiva del Secretariado Permanente de la Conferencia Académica Iberoamericana de Derecho y Ciencias Sociales para el período 2007-2010. De ésta, resultó elegido el suscripto como presidente de la Mesa Directiva del Secretariado Permanente de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Derecho y Ciencias Sociales. Asimismo se ha designado a los siguientes académicos como vicepresidentes:

Dr. Rafael Navarro Valls (Real Academia de Jurisprudencia, Madrid).

Dr. Josep Guardia Canela (Academia de Catalunya, España).

Dr. Antonio García Caridad (Academia de Galicia, España).

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra (Academia de Colombia).

Dr. Fernando Serrano Migallón (Academia de México).

Por su parte, el Sr. presidente de la nueva Mesa Permanente designó para que se desempeñen como secretarios, al Dr. Rafael Forero Contreras (Academia de Colombia) y al académico de número de esta institución, Dr. Antonio M. Hernández.

## **X. Publicaciones**

Durante el período 2007, la Academia ha publicado las siguientes obras:

- Ghirardi, Olsen (Director), *Alfredo Fragueiro (in memoriam)*. Instituto de Filosofía del Derecho. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, t. 9, Córdoba, 2007.

- Anales 2006, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2007.

- Cuadernos de Historia, Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas “Roberto I. Peña”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, N° 16, Córdoba, 2007.

- Cuaderno de Federalismo, Instituto de Federalismo. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. XX, Córdoba, 2007.

- Richard, Efraín H., *Relaciones de organización. Sistema societario*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2007.

- Richard, Efraín H., *Relaciones de organización. Sistema de contratos de colaboración* Córdoba, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2007.

- Sánchez Herrero, Andrés, *El contenido patrimonial del obtentor*. Premio Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield”. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2007.

## **XI. Actividades de los Institutos**

Las actividades propias de los Institutos se publicarán en forma de separata y constan en el sitio web de la Academia.

## **XII. Biblioteca “Alfredo Poviña”**

La Biblioteca de nuestra institución, ha recibido importante bibliografía, la que puede ser consultada en la página web de la Academia. ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar))

## **XIII. Personal de la Academia**

A partir del mes de octubre se ha efectuado la incorporación de un nuevo secretario técnico, el Ab. Christian Sommer, en reemplazo de la Ab. Mirta Bellotti, quien renunciara a su cargo.

Siguieron desempeñándose en sus respectivas tareas habituales, la bibliotecaria licenciada Matilde Tagle de Cuenca, y los auxiliares Sres. Juan Carlos Maldonado y Miguel Hugo Arrieta.

Todos ellos han cumplido satisfactoriamente las tareas que les competen, por lo que esta Presidencia agradece su colaboración.

Se menciona que el personal de la institución realiza la actualización constante del contenido del sitio web; que confecciona las tarjetas de invitación a los actos y programas a fin de evitar gastos de imprenta; que presta colaboración en la confección de balances parciales al contador, en las gestiones bancarias, en los concursos de precios realizados en el año 2007; etc.

#### **XIV. Cambio del sistema de correo electrónico y página web**

Durante el primer año de la actual gestión, se llevó adelante el cambio del sistema de comunicación de correo electrónico. Además, se modificó la página web de la Academia la cual fue refuncionalizada y actualizada a fin de brindar una búsqueda de información más ágil.

En concordancia con lo mocionado *ut supra*, se ha cambiado el sistema de mensaje electrónico del sistema Outlook de Microsoft por un sistema de webmail de tipo universal de software libre al que se puede acceder y administrar mucho más eficientemente.

Por otra parte, se ha cambiado la dirección de la página web de la institución de la existente anteriormente [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar) por la actual [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

#### **XV. Situación económica de la Academia**

Respecto de este ítem, da cuenta el Balance, que se acompaña adjunto, suscripto por la contadora Iris Rodríguez que es la nueva profesional que desde este año se encarga del asesoramiento contable de la Academia.

#### **XVI. Duelo de la Corporación**

El 3 de enero se produjo el deceso del académico de número Dr. Fernando Martínez Paz, hecho lamentable del que se informó al cuerpo por diversas vías de comunicación, dado el receso de actividades de la institución. Se dictó decreto de honras fúnebres y se cursó nota de pésame a los familiares. Por su parte, se designó al académico de número Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira para que dirigiera unas palabras en el sepelio, en representación de la Institución.

#### **XVII. Cierre de las actividades**

A fin de dar por finalizadas las actividades de la Institución, se realizó el 18 de diciembre el acto cierre de los trabajos de Academia del año 2007. En ese acto, el Sr. vicepresidente de la institución realizó un breve racconto de las actividades ejecutadas y de la participación de la Academia en el reciente Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho.

#### **XVIII. Corolario**

Señores académicos: he procurado cumplir de esta manera con el deber que me impone el art. 15 de nuestros Estatutos y solicito la aprobación de la Memoria, como también del Balance que se acompaña.

*Córdoba, 6 de febrero de 2008*

*Julio I. Altamira Gigena  
Académico Secretario*

*Luis Moisset de Espanés*  
*Académico Presidente*